

FÆLLES MATERIALESAMLING**BIND I – LOVGIVNING**

I sagen for

Østre Landsret, 16. afdeling

BS-36799/2018-OLR

Foreningen imod Ulovlig Logning
Birkegade 15, 5. tv.
2200 København N
advokat Julie Bak-Larsen i henhold til proceduretilladelse
("Sagsøger")

mod

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

Sagen hovedforhandles den 5. maj 2021, kl. 9.30-15, og den 6. maj 2021, kl. 9.30-12.

INDHOLDSFORTEGNELSE - BIND I

Lovgivning	Side
Dansk ret	
LBK nr 1445 af 29/09/2020 Bekendtgørelse af lov om rettens pleje	4
LBK nr 1650 af 17/11/2020 Bekendtgørelse af straffeloven	19
LBK nr 836 af 07/08/2019 Bekendtgørelse af lov om Center for Cybersikkerhed	24
Bekendtgørelse 2006-09-28 nr. 998 om udbydere af elektroniske kommunikationsnets og elektroniske kommunikationstjenesters registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik (Logningsbekendtgørelsen)	32
BEK nr. 660 af 19/06/2014 Bekendtgørelse om ændring af bekendtgørelse om udbydere af elektroniske kommunikationsnets og elektroniske kommunikationstjenesters registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik (logningsbekendtgørelsen)	33
Bekendtgørelse om persondatasikkerhed i forbindelse med udbud af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og nummeruafhængige interpersonelle kommunikationstjenester	35
Bekendtgørelse 2006-11-20 nr. 1144 om telenet- og teletjenesteudbyderes praktiske bistand til politiet i forbindelse med indgreb i meddelelseshemmeligheden	39
EU-ret	
Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) - Artikel 6	40
Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (2012/C 326/02)	41
Direktiv 2006/24/EF af 15. marts 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	58
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)	68

Forordning 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse)	79
---	----

EMRK

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - Artikel 8	85
Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - Artikel 10	86
Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - Artikel 18	87

Udskriftsdato: 23. april 2021

LBK nr 1445 af 29/09/2020 (Gældende)

Bekendtgørelse af lov om rettens pleje

Ministerium: Justitsministeriet

Journalnummer: Justitsmin., j.nr. 2020-4000-0179

Senere ændringer til forskriften

LOV nr 1832 af 08/12/2020 § 5 - LOV nr 1942 af 15/12/2020 § 2 - LOV nr 124 af 30/01/2021 § 1 -

LOV nr 160 af 03/02/2021 § 4 - LOV nr 285 af 27/02/2021 § 71 - LOV nr 425 af 16/03/2021 § 52 -

LOV nr 671 af 19/04/2021 § 2



Lovtidende A

2020

Udgivet den 7. oktober 2020

29. september 2020.

Nr. 1445.

Bekendtgørelse af lov om rettens pleje

Herved bekendtgøres lov om rettens pleje, jf. lovbekendtgørelse nr. 938 af 10. september 2019, med de ændringer, der følger af § 2 i lov nr. 349 af 2. april 2020, lov nr. 803 af 9. juni 2020, § 10 i lov nr. 962 af 26. juni 2020 og lov nr. 967 af 26. juni 2020.

Den bekendtgjorte lovtekst vedrørende § 186, stk. 2, 3. pkt., og stk. 3-6, træder i kraft efter justitsministerens nærmere bestemmelse, jf. § 106, stk. 3, i lov nr. 538 af 8. juni 2006 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love (Politi- og domstolsreform).

Den bekendtgjorte lovtekst vedrørende § 130 a og § 143, stk. 11, træder i kraft efter justitsministerens nærmere bestemmelse, jf. § 8, stk. 2, i lov nr. 505 af 12. juni 2009 om ændring af lov for Færøerne om rettens pleje og forskellige andre love (Behandling af værgemålssager, ajourføring af regler om advokaters virksomhed, digital-, tele- og videokommunikation, afskaffelse af hæftestraffen m.v.).

Den bekendtgjorte lovtekst vedrørende § 116 b træder i kraft på det tidspunkt, justitsministeren fastsætter, jf. § 5 i lov nr. 715 af 25. juni 2010 om ændring af lov om Det Centrale Dna-profil-register, retsplejeloven og lov om registrering af køretøjer (Udveksling af oplysninger om dna-profiler, fingeraftryk og køretøjer med stater uden for Den Europæiske Union).

Den bekendtgjorte lovtekst vedrørende § 8, stk. 6, § 13, stk. 5, § 27 b og § 79, stk. 4, træder i kraft på det tidspunkt, justitsministeren fastsætter, jf. § 2 i lov nr. 1621 af 26. december 2013 om ændring af retsplejeloven (Sikkerhed i retssale).

Den bekendtgjorte lovtekst vedrørende § 225, stk. 2, § 225 a, § 254 a, stk. 2, og § 411, stk. 5, træder i kraft på det tidspunkt, erhvervsministeren fastsætter, jf. § 3, stk. 1, i lov nr. 551 af 2. juni 2014 om en fælles patentdomstol m.v.

Første bog.

Domsmagten m.m.

Første afsnit.

Domstolenes ordning

Kapitel 1

Retterne

§ 1. De almindelige domstole er Højesteret, landsretterne og byretterne samt Sø- og Handelsretten og Tinglysningsretten.

Stk. 2. Denne lovs regler finder alene anvendelse på rettens pleje ved de almindelige domstole, medmindre andet er bestemt i denne eller anden lov.

Stk. 3. Militære straffesager behandles efter militær retsplejelov.

§ 1 a. Den Særlige Klageret behandler og påkender

1) begæring om genoptagelse af en straffesag, jf. kapitel 86,

- 2) kæremål vedrørende udelukkelse af en forsvarer, jf. § 737,
- 3) klager, der henvises efter § 48,
- 4) klager over advarsler meddelt efter § 48,
- 5) sager om suspension, disciplinærfølgning og afsked på grund af sygdom i de i §§ 49, 49 a, 50 og 55 nævnte tilfælde,
- 6) sager efter § 51 f om afsked før tilkaldeperiodens udløb,
- 7) sager efter § 54 a om afsked og ændring af tjenestested og
- 8) sager om afsættelse af medlemmer af Domstolsstyrelsens bestyrelse, jf. § 6, stk. 3, i lov om Domstolsstyrelsen.

Stk. 2. Klageretten består af 5 medlemmer, der efter indstilling af justitsministeren beskikkes af kongen for en periode på 10 år. Rettens medlemmer kan kun afsættes ved dom. Et medlem udtræder, når betingelserne for medlemmets beskikkelse bortfalder. Beskikkelsen ophører senest ved udgangen af den måned, hvori den pågældende fylder 70 år. Genbeskikkelse kan ikke finde sted.

Stk. 5. Anmodning om sagsanlæg har opsættende virkning, men retten kan, hvis justitsministeren har frataget rettergangsfuldmægtigen retten til at udføre sager for andre ved domstolene, ved kendelse udelukke den pågældende fra at udføre sager for andre ved domstolene, indtil sagen er endeligt afgjort. Det kan ved dommen bestemmes, at anke ikke har opsættende virkning.

§ 267 d. Justitsministeren kan til enhver tid ophæve en fratagelse efter § 267 c, stk. 1.

Stk. 2. Er fratagelsen sket indtil videre, og afslår justitsministeren en ansøgning om ophævelse af fratagelsen, kan den pågældende forlange spørgsmålet indbragt for retten, hvis der er forløbet 5 år efter fratagelsen. Sagen anlægges af justitsministeren i den borgerlige retsplejes former.

Stk. 3. Godkender retten justitsministerens afgørelse, kan spørgsmålet først på ny indbringes for retten, når der er forløbet 2 år efter rettens afgørelse.

Kapitel 26

Forligsmægling

§ 268. I alle borgerlige domssager i første instans mægler retten forlig.

Stk. 2. Forligsmægling kan dog undlades, såfremt det på grund af sagens beskaffenhed, parternes forhold eller lignende omstændigheder på forhånd må antages, at mægling vil være forgæves.

Stk. 3. Mægling kan også foretages, når sagen er indbragt for højere instans.

Stk. 4. Undladelse af mægling kan ikke medføre hjemvisning af sagen.

§ 269. Med parternes tiltræden kan det besluttes at lukke dørene under mæglingen i retten, såfremt dette må antages at fremme muligheden for opnåelse af forlig.

§ 270. Indgåede forlig indføres i retsbogen.

Stk. 2. Spørgsmålet om gyldigheden af indgåede forlig henhører under afgørelse ved retterne i første instans, jf. herved § 501, stk. 2. Dog må indsigelser, der støttes på fejl ved rettens handlinger, gøres gældende ved kære.

Kapitel 27

Retsmægling

§ 271. Bestemmelserne i dette kapitel finder anvendelse på sager, der verserer ved byret, landsret eller Sø- og Handelsretten.

§ 272. Retten kan efter anmodning fra parterne udpege en retsmægler til at bistå parterne med selv at nå frem til en aftalt løsning på en tvist, som parterne har rådighed over (retsmægling).

§ 273. Som retsmægler kan udpeges

- 1) en dommer eller fuldmægtig ved det pågældende embede, som af vedkommende retspræsident er udpeget til at fungere som retsmægler, eller

- 2) en advokat, som er antaget af Domstolsstyrelsen til at fungere som retsmægler i den pågældende landsretskreds.

Stk. 2. Dommere eller fuldmægtige, som er udpeget til at fungere som retsmægler, jf. stk. 1, nr. 1, kan efter aftale mellem retspræsidenterne fungere som retsmægler ved andre embeder end deres eget.

Stk. 3. Domstolsstyrelsen fastsætter nærmere regler om antagelse af advokater som retsmæglere.

§ 274. §§ 60 og 61 finder tilsvarende anvendelse for retsmæglere.

§ 275. Retsmægleren fastlægger forløbet af retsmæglingen i samråd med parterne. Med parternes samtykke kan retsmægleren holde møder med parterne hver for sig.

§ 276. En retsmægling afsluttes, hvis

- 1) parterne når frem til en aftalt løsning på tvisten,
- 2) retsmægleren bestemmer det eller
- 3) en af parterne anmoder om det.

Stk. 2. Retsmægleren afslutter en retsmægling, hvis det er nødvendigt for at hindre, at parterne under retsmæglingen indgår en aftale, der indebærer strafbare forhold eller i øvrigt strider mod ufravigelig lovgivning.

§ 277. Oplysninger, der fremkommer under en retsmægling, er fortrolige, medmindre parterne aftaler andet eller oplysningerne i øvrigt er offentligt tilgængelige.

Stk. 2. Uanset stk. 1 kan en part videregive oplysninger fra en retsmægling, hvis

- 1) oplysningen hidrører fra parten selv eller
- 2) det følger af lov eller bestemmelser fastsat i henhold til lov, at oplysningen skal videregives.

Stk. 3. Stk. 2 finder tilsvarende anvendelse for andre deltagere i retsmæglingen end parterne og retsmægleren.

Stk. 4. Hvis sagen fortsætter ved retten efter endt retsmægling, kan en part uanset stk. 1 om nødvendigt anvende oplysninger modtaget under retsmæglingen til at begrunde en anmodning til retten om at pålægge modparten eller andre at udlevere dokumenter, jf. kapitel 28.

§ 278. Hver part bærer egne omkostninger i forbindelse med en retsmægling, medmindre parterne aftaler andet.

§ 279. Efter en retsmægling afslutning må retsmægleren ikke virke som dommer eller advokat under sagens fortsatte behandling.

Stk. 2. Uanset stk. 1 kan en dommer, der har fungeret som retsmægler, efter anmodning indføre en aftalt løsning som retsforlig i retsbogen og træffe beslutning om at hæve sagen.

§§ 280-296. (Ophævet)

Kapitel 28

Om parternes og tredjemands forpligtelse til at fremlægge synbare bevismidler

§ 297. Retten kan tillade, at der indhentes en skriftlig erklæring fra en part eller fra en person, der ville kunne afhøres som vidne under sagen, hvis det findes ubetænkeligt. Før

retten træffer afgørelse efter 1. pkt., skal modparten have adgang til at udtale sig om spørgsmålet.

Stk. 2. Retten kan henstille til parterne, at der indhentes en skriftlig erklæring fra et vidne, hvis forklaringen uden betænkkeligheder vil kunne afgives skriftligt.

§ 298. Retten kan efter begæring af en part pålægge modparten at fremlægge dokumenter, der er undergivet hans rådighed, og som parten vil påberåbe sig under sagen, medmindre der derved vil fremkomme oplysning om forhold, som han ville være udelukket fra eller fritaget for at afgive forklaring om som vidne, jf. §§ 169-172.

Stk. 2. Undlader modparten uden lovlig grund at efterkomme pålægget, finder bestemmelsen i § 344, stk. 2, tilsvarende anvendelse.

§ 299. Retten kan efter begæring af en part pålægge tredjemand at forevise eller udlevere dokumenter, der er undergivet hans rådighed, og som har betydning for sagen, medmindre der derved vil fremkomme oplysning om forhold, som han ville være udelukket fra eller fritaget for at afgive forklaring om som vidne, jf. §§ 169-172.

Stk. 2. Undlader tredjemand uden lovlig grund at efterkomme pålægget, finder bestemmelsen i § 178 tilsvarende anvendelse.

§ 300. En part, der fremsætter begæring om fremlæggelse af dokumenter i henhold til §§ 298 og 299, må angive de kendsgerninger, der skal bevises ved dokumenterne, samt de grunde, hvorpå han støtter, at modparten eller den opgivne tredjemand er i besiddelse af dokumenterne.

Stk. 2. Bestemmelse om fremlæggelse af dokumenter træffes, efter at den, der har rådighed over dokumenterne, har haft lejlighed til at udtale sig.

Stk. 3. Tredjemand kan kræve sine udgifter ved fremlæggelsen forudbetalt af parten eller kræve stillet sikkerhed for udgifternes betaling.

§ 301. Når en syns- eller skønsforretning skal finde sted, har parterne at give de udmeldte mænd lejlighed til at bese eller gøre sig bekendt med forretningens genstand, for så vidt denne er i deres væрге eller under deres rådighed. Vægger en part sig uden lovlig grund herved, finder bestemmelsen i § 344, stk. 2, tilsvarende anvendelse.

Stk. 2. Er forretningens genstand i tredjemands væрге, og nægter han de udmeldte adgang til at iagttage den, kan vedkommende part derom henvende sig til den ret, hvor afhjemlingen skal ske. Skønner retten, at tredjemands vægring ifølge grundsætningerne i § 299 er ubeføjet, pålægges det ham at tilstede skønsmændene adgang inden en vis frist. De i §§ 299 og 300 givne regler bliver i øvrigt i sådant tilfælde at anvende.

Kapitel 29

Afhøring af parter

§ 302. Retten kan efter modpartens påstand indkalde en part til personligt møde for at besvare spørgsmål sigtende til sagens oplysning.

Stk. 2. Retten kan dog beslutte, at partsforklaring i stedet skal afgives for den byret, hvor det findes mest hensigtsmæssigt.

§ 303. Enhver part kan frivillig fremstille sig og begære personlig at afgive sin forklaring. Den part, der fremstiller sig for at afgive forklaring, er pligtig at besvare de yderligere spørgsmål, som modparten eller retten måtte gøre ham.

§ 304. (Ophævet)

§ 305. I øvrigt finder ved partsafhøring reglerne om vidner i kapitel 18, bortset fra §§ 178, 182 og 188, anvendelse med de fornødne lempelser.

Kapitel 29 a

Oplysningspligt ved krænkelse af immaterialrettigheder m.v.

§ 306. I forbindelse med en sag om en krænkelse eller overtrædelse som nævnt i § 653, stk. 2, kan retten efter anmodning af en part, der er beføjet til at påtale krænkelsen eller overtrædelsen, pålægge en modpart eller tredjemand at give oplysninger, jf. stk. 2, som den pågældende råder over, om varer eller tjenesteydelser, der udgør en sådan krænkelse eller overtrædelse, såfremt

- 1) den pågældende som led i erhvervsvirksomhed er fundet i besiddelse af de pågældende krænkende varer,
- 2) den pågældende som led i erhvervsvirksomhed er fundet i færd med at anvende de pågældende krænkende tjenesteydelser,
- 3) den pågældende som led i erhvervsvirksomhed er fundet i færd med at yde tjenester, der anvendes i de pågældende krænkende aktiviteter, eller
- 4) den pågældende ifølge personer omfattet af nr. 1-3 har medvirket til produktion, fremstilling eller distribution af de pågældende krænkende varer eller levering af de pågældende krænkende tjenesteydelser.

Stk. 2. De i stk. 1 nævnte oplysninger omfatter

- 1) navn og adresse på producenter, fremstillere, distributører, leverandører og andre tidligere indehavere af de pågældende varer og tjenesteydelser samt på grossister og detailhandlere, som de pågældende varer eller de pågældende tjenesteydelser var bestemt for, og
- 2) oplysninger om de producerede, fremstillede, leverede, modtagne eller bestilte mængder og den pris, der er opnået for de pågældende varer eller tjenesteydelser.

Stk. 3. Retten afslår helt eller delvis en anmodning efter stk. 1, hvis det må antages, at udlevering af oplysningerne vil påføre den, anmodningen vedrører, eller andre skade eller ulempe, som står i misforhold til den anmodende parts interesse i oplysningerne.

Stk. 4. Et pålæg efter stk. 1 omfatter ikke oplysninger, som den, anmodningen vedrører, i medfør af §§ 169-172 ikke har pligt til at afgive forklaring om som vidne. § 173 finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 5. Undlader modparten uden lovlig grund at efterkomme pålægget, finder bestemmelserne i § 178 og § 344, stk. 2, tilsvarende anvendelse. Undlader tredjemand uden lovlig grund at efterkomme pålægget, finder bestemmelsen i § 178 tilsvarende anvendelse.

varetægtsarrestant efter de regler, der gælder for personer, der er anbragt dér i henhold til dom, mens den tvangsmæssigt overførte varetægtsarrestant behandles efter reglerne om varetægtsarrestanter, i det omfang hensynet til orden og sikkerhed i institutionen gør det muligt. Arrestanten må dog ikke uden rettens godkendelse forlade institutionen, bortset fra de tilfælde, der er nævnt i § 771, stk. 2.

Stk. 2. Justitsministeren kan fastsætte regler om anvendelse af magt og sikringsmidler over for personer, der er anbragt på et hospital m.v. i medfør af stk. 1, i forbindelse med transport, der forestås af kriminalforsorgens personale. Justitsministeren kan endvidere fastsætte regler om undersøgelse uden retskendelse af personer, der er anbragt på et hospital m.v. i medfør af stk. 1, i forbindelse med transport, der forestås af kriminalforsorgens personale.

§ 778. Varetægtsarrestanters klager over fængselspersonalets adfærd indgives til kriminalforsorgsområdet eller til Direktoratet for Kriminalforsorgen. Har klageren ikke fået medhold, eller er der ikke truffet endelig afgørelse inden 2 uger efter indgivelsen, kan klagen indbringes for retten.

Stk. 2. Retten kan afvise at iværksætte en undersøgelse, hvis klagen findes åbenbart grundløs, hvis den angår forhold af uvæsentlig betydning, eller hvis den indgives mere end 4 uger efter, at det forhold, som klagen angår, har fundet sted. Rettens undersøgelse foretages i overensstemmelse med reglerne i § 1019 e, § 1019 h, stk. 2, § 1019 i og § 1019 j, stk. 1, 3, 4 og 6. Dommeren træffer bestemmelse om afhøring af klageren, indklagede og vidner samt om tilvejebringelse af udtalelser fra sagkyndige og af andre bevismidler.

Stk. 3. Når undersøgelsen er afsluttet, afgiver retten en redegørelse herfor, som sendes til klageren, til den, klagen angår, og til kriminalforsorgsområdet samt til Direktoratet for Kriminalforsorgen.

§ 779. (Ophævet)

Kapitel 71

Indgreb i meddelelshemmeligheden, observation, dataaflysning, forstyrrelse eller afbrydelse af radio- eller telekommunikation, blokering af hjemmesider og overtagelse af tv-overvågning

§ 780. Politiet kan efter reglerne i dette kapitel foretage indgreb i meddelelshemmeligheden ved at

- 1) aflytte telefonsamtaler eller anden tilsvarende telekommunikation (telefonaflytning),
- 2) aflytte andre samtaler eller udtalelser ved hjælp af et apparat (anden aflytning),
- 3) indhente oplysning om, hvilke telefoner eller andre tilsvarende kommunikationsapparater der sættes i forbindelse med en bestemt telefon eller andet kommunikationsapparat, selv om indehaveren af dette ikke har meddelt tilladelse hertil (teleoplysning),
- 4) indhente oplysning om, hvilke telefoner eller andre tilsvarende kommunikationsapparater inden for et nærmere angivet område der sættes i forbindelse med andre telefoner eller kommunikationsapparater (udvidet teleoplysning),

- 5) tilbageholde, åbne og gøre sig bekendt med indholdet af breve, telegrammer og andre forsendelser (brevåbning) og
- 6) standse den videre befordring af forsendelser som nævnt i nr. 5 (brevstandsning).

Stk. 2. Politiet kan foretage optagelser eller tage kopier af de samtaler, udtalelser, forsendelser m.v., som er nævnt i stk. 1, i samme omfang som politiet er berettiget til at gøre sig bekendt med indholdet heraf.

§ 781. Indgreb i meddelelshemmeligheden må kun foretages, såfremt

- 1) der er bestemte grunde til at antage, at der på den pågældende måde gives meddelelser eller foretages forsendelser til eller fra en mistænkt,
- 2) indgrebet må antages at være af afgørende betydning for efterforskningen og
- 3) efterforskningen angår en lovovertrædelse, som efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover, en forsætlig overtrædelse af straffelovens kapitler 12 eller 13 eller en overtrædelse af straffelovens §§ 124, stk. 2, 125, 127, stk. 1, 233, stk. 1, 235, 266, 281 eller en overtrædelse af udlændingelovens § 59, stk. 8, nr. 1-5.

Stk. 2. Er betingelserne i stk. 1, nr. 1 og 2, opfyldt, kan telefonaflytning og teleoplysning endvidere foretages, såfremt mistanken angår fredskrænkelser som omhandlet i straffelovens § 263, stk. 1.

Stk. 3. Er betingelserne i stk. 1, nr. 1 og 2, opfyldt, kan teleoplysning endvidere foretages, såfremt mistanken angår en

- 1) krænkelse som nævnt i § 2, stk. 1, nr. 1, i lov om tilhold, opholdsforbud og bortvisning,
- 2) overtrædelse af straffelovens § 279 a eller § 293, stk. 1, begået ved anvendelse af en telekommunikationstjeneste,
- 3) overtrædelse af artikel 14 eller 15 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 596/2014 af 16. april 2014 om markedsmissbrug (forordningen om markedsmissbrug),
- 4) overtrædelse af artikel 3, stk. 1, eller artikel 5 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1227/2011 af 25. oktober 2011 om integritet og gennemsigtighed på engrosenergimarkedene eller
- 5) overtrædelse af artikel 38, stk. 1, artikel 39, artikel 40, jf. artikel 38, stk. 1, eller artikel 39, eller artikel 41 i Kommissionens forordning (EU) nr. 1031/2010 af 12. november 2010 om det tidsmæssige og administrative forløb af auktioner over kvoter for drivhusgasemissioner og andre aspekter i forbindelse med sådanne auktioner i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet.

Stk. 4. Brevåbning og brevstandsning kan desuden foretages, hvis der foreligger en særligt bestyrket mistanke om, at der i forsendelsen findes genstande, som bør konfiskeres, eller som ved en forbrydelse er fravendt nogen, som kan kræve dem tilbage.

Stk. 5. Aflytning efter § 780, stk. 1, nr. 2, og udvidet te-leoplysning efter § 780, stk. 1, nr. 4, kan kun foretages, når mistanken vedrører en forbrydelse, som har medført eller som kan medføre fare for menneskers liv eller velfærd eller for betydelige samfundsværdier. Udvidet teleoplysning kan foretages, uanset betingelsen i stk. 1, nr. 1, ikke er opfyldt.

§ 782. Et indgreb i meddelelshemmeligheden må ikke foretages, såfremt det efter indgrebets formål, sagens betydning og den krænkelse og ulempe, som indgrebet må antages at forvolde den eller de personer, som det rammer, ville være et uforholdsmæssigt indgreb.

Stk. 2. Telefonaflytning, anden aflytning, brevåbning og brevstandsning må ikke foretages med hensyn til den mistænkte forbindelse med personer, som efter reglerne i § 170 er udelukket fra at afgive forklaring som vidne.

§ 783. Indgreb i meddelelshemmeligheden sker efter rettens kendelse. I kendelsen anføres de telefonnumre, lokaliteter, adressater eller forsendelser, som indgrebet angår, jf. dog stk. 2. Endvidere anføres de konkrete omstændigheder i sagen, hvorpå det støttes, at betingelserne for indgrebet er opfyldt. Kendelsen kan til enhver tid omgøres.

Stk. 2. Angår efterforskningen en overtrædelse af straffelovens kapitel 12 eller 13 eller §§ 123 eller 180, § 183, stk. 2, §§ 191 eller 192 a, § 233, stk. 1, §§ 237 eller 245, § 246, jf. § 245, § 252, stk. 1, § 261, stk. 2, eller §§ 262 a eller 288, kan der i rettens kendelse i medfør af § 780, stk. 1, nr. 1 eller 3, ud over bestemte telefonnumre anføres den person, som indgrebet angår (den mistænkte). I så fald skal politiet snarest muligt efter udløbet af det tidsrum, inden for hvilket indgrebet kan foretages, underrette retten om de telefonnumre, som indgrebet har været rettet imod, og som ikke er anført i kendelsen. Hvis særlige forhold taler for det, skal underretning efter 2. pkt. ske senest 24 timer efter indgrebets iværksættelse. Underretning efter 2. og 3. pkt. skal indeholde en angivelse af de bestemte grunde, der er til at antage, at der fra de pågældende telefonnumre gives meddelelser til eller fra den mistænkte. Retten underretter den beskikkede advokat, jf. § 784, stk. 1, der herefter kan indbringe spørgsmålet om lovligheden af indgrebet for retten. Retten træffer afgørelse ved kendelse. Burde indgrebet efter rettens opfattelse ikke være foretaget, skal retten give meddelelse herom til Justitsministeriet.

Stk. 3. I kendelsen fastsættes det tidsrum, inden for hvilket indgrebet kan foretages. Dette tidsrum skal være så kort som muligt og må ikke overstige 4 uger. Tidsrummet kan forlænges, men højst med 4 uger ad gangen. Forlængelsen sker ved kendelse.

Stk. 4. Såfremt indgrebets øjemed ville forspildes, dersom retskendelse skulle afventes, kan politiet træffe beslutning om at foretage indgrebet. I så fald skal politiet snarest muligt og senest inden 24 timer fra indgrebets iværksættelse forelægge sagen for retten. Retten afgør ved kendelse, om indgrebet kan godkendes, samt om det kan opretholdes, og i bekræftende fald for hvilket tidsrum, jf. stk. 1, 2.-3. pkt., og stk. 3. Burde indgrebet efter rettens opfattelse ikke være foretaget, skal retten give meddelelse herom til Justitsministeriet.

Stk. 5. Ved modtagelse af underretning i medfør af artikel 20 i konventionen af 29. maj 2000 om gensidig retshjælp i straffesager mellem Den Europæiske Unions medlemsstater skal politiet forelægge sagen for retten senest 48 timer fra modtagelsen af underretningen. Retten afgør ved kendelse, om indgreb i meddelelshemmeligheden må finde sted, eller, hvis indgrebet allerede er iværksat, om indgrebet kan godkendes, og om det kan opretholdes. Bestemmelserne i dette kapitel finder tilsvarende anvendelse.

§ 784. Inden retten træffer afgørelse efter § 783, skal der beskikkes en advokat for den, som indgrebet vedrører, og advokaten skal have lejlighed til at udtale sig. Angår efterforskningen en overtrædelse af straffelovens kapitler 12 eller 13, beskikkes advokaten fra den særlige kreds af advokater, som er nævnt i stk. 2. Rettens beslutning om, at advokaten ikke skal beskikkes fra denne særlige kreds, kan påkæres til højere ret.

Stk. 2. Justitsministeren antager for hver landsrets område et antal advokater, der kan beskikkes i de i stk. 1, 2. pkt., nævnte sager. Justitsministeren fastsætter nærmere regler om de pågældende advokater, herunder om vagtordninger, om vederlag for at stå til rådighed og om sikkerhedsmæssige spørgsmål.

§ 785. En advokat, som er beskikket efter § 784, stk. 1, skal underrettes om alle retsmøder i sagen og er berettiget til at overvære disse samt til at gøre sig bekendt med det materiale, som politiet har tilvejebragt. Advokaten er endvidere berettiget til at få udleveret en genpart af materialet. Finder politiet, at materialet er af særlig fortrolig karakter, og at genpart heraf derfor ikke bør udleveres, skal spørgsmålet herom på begæring af advokaten af politiet indbringes for retten til afgørelse. Advokaten må ikke give de modtagne oplysninger videre til andre eller uden politiets samtykke sætte sig i forbindelse med den, over for hvem indgrebet er begæret foretaget. Den beskikkede advokat må ikke give møde ved anden advokat eller ved fuldmægtig.

Stk. 2. Bestemmelserne om beskikkede forsvarere i kapitel 66, § 746, stk. 1, og § 748 a, stk. 2, samt bestemmelserne i kapitel 91 om sagsomkostninger finder tilsvarende anvendelse på den beskikkede advokat. Retten kan bestemme, at den beskikkede advokat ikke senere under sagen kan virke som forsvarer for nogen sigtet.

§ 786. Det påhviler postvirksomheder og udbydere af te-lenet eller teletjenester at bistå politiet ved gennemførelsen af indgreb i meddelelshemmeligheden, herunder ved at etablere aflytning af telefonsamtaler m.v., ved at give de i § 780, stk. 1, nr. 3 og 4, nævnte oplysninger samt ved at tilbageholde og udlevere forsendelser m.v.

Stk. 2. Uden for de i § 780, stk. 1, nr. 3, nævnte tilfælde kan retten efter begæring fra politiet med samtykke fra indehaveren af en telefon eller andet kommunikationsapparat give de i stk. 1 nævnte selskaber m.v. pålæg om at oplyse, hvilke andre apparater der sættes i forbindelse med det pågældende apparat.

Stk. 3. Bestemmelsen i § 178 finder tilsvarende anvendelse på den, som uden lovlig grund undlader at yde den bi-

stand, som er nævnt i stk. 1, eller at efterkomme et pålæg, som er givet efter stk. 2.

Stk. 4. Det påhviler udbydere af telenet eller teletjenester at foretage registrering og opbevaring i 1 år af oplysninger om teletrafik til brug for efterforskning og retsforfølgning af strafbare forhold. Justitsministeren fastsætter efter forhandling med erhvervsministeren nærmere regler om denne registrering og opbevaring.

Stk. 5. Justitsministeren kan efter forhandling med erhvervsministeren fastsætte regler om telenet- og teletjenesteudbyderes praktiske bistand til politiet i forbindelse med indgreb i meddelelshemmeligheden.

Stk. 6. Overtrædelse af stk. 4, 1. pkt., straffes med bøde.

Stk. 7. For overtrædelse af bestemmelser i forskrifter, der er fastsat i medfør af stk. 4, 2. pkt., og stk. 5 kan der fastsættes bestemmelser om bødestraf.

Stk. 8. Justitsministeren kan fastsætte regler om økonomisk godtgørelse til de i stk. 1 nævnte virksomheder for udgifter i forbindelse med bistand til politiet til gennemførelse af indgreb i meddelelshemmeligheden.

§ 786 a. Som led i en efterforskning, hvor elektronisk bevismateriale kan være af betydning, kan politiet meddele udbydere af telenet eller teletjenester pålæg om at foretage hastesikring af elektroniske data, herunder trafikdata.

Stk. 2. Et pålæg om hastesikring i medfør af stk. 1 kan alene omfatte elektroniske data, som opbevares på det tidspunkt, hvor pålægget meddeles. I pålægget anføres, hvilke data der skal sikres, og i hvilket tidsrum de skal sikres (sikringsperioden). Pålægget skal afgrænses til alene at omfatte de data, der skønnes nødvendige for efterforskningen, og sikringsperioden skal være så kort som mulig og kan ikke overstige 90 dage. Et pålæg kan ikke forlænges.

Stk. 3. Det påhviler udbydere af telenet eller teletjenester som led i sikring efter stk. 1 uden ugrundet ophold at videregive trafikdata om andre telenet- eller teletjenesteudbydere, hvis net eller tjenester har været anvendt i forbindelse med den elektroniske kommunikation, som kan være af betydning for efterforskningen.

Stk. 4. Overtrædelse af stk. 1 og 3 straffes med bøde.

§ 787. Den beskikkede advokat kan forlange at overvære åbningen af breve og andre lukkede forsendelser. Dette gælder dog ikke, hvis åbningen ikke kan udsættes.

Stk. 2. Reglen i stk. 1 finder tillige anvendelse på en forsvare.

§ 788. Efter afslutningen af et indgreb i meddelelshemmeligheden skal der gives underretning om indgrebet, jf. dog stk. 4 og 5. Har den person, til hvem underretning efter stk. 2 skal gives, været mistænkt i sagen, skal der tillige gives underretning herom og om, hvilken lovovertrædelse mistanken har angået.

Stk. 2. Underretningen gives

- 1) ved telefonaflytning og teleoplysning til indehaveren af den pågældende telefon,
- 2) ved anden aflytning til den, der har rådighed over det sted eller det lokale, hvor samtalen er afholdt eller udtalelsen fremsat, og

- 3) ved brevåbning og brevstandsning til afsenderen eller modtageren af forsendelsen.

Stk. 3. Underretningen gives af den byret, som har truffet afgørelse efter § 783. Underretningen gives snarest muligt, såfremt politiet ikke senest 14 dage efter udløbet af det tidsrum, for hvilket indgrebet har været tilladt, har fremsat begæring om undladelse af eller udsættelse med underretning, jf. stk. 4. Er der i medfør af § 784, stk. 1, beskikket en advokat, skal genpart af underretningen sendes til denne.

Stk. 4. Vil underretning som nævnt i stk. 1-3 være til skade for efterforskningen eller til skade for efterforskningen i en anden verserende sag om en lovovertrædelse, som efter loven kan danne grundlag for et indgreb i meddelelshemmeligheden, eller taler hensynet til beskyttelse af fortrolige oplysninger om politiets efterforskningsmetoder eller omstændighederne i øvrigt imod underretning, kan retten efter begæring fra politiet beslutte, at underretning skal undlades eller udsættes i et nærmere fastsat tidsrum, der kan forlænges ved senere beslutning. Er der efter § 784, stk. 1, beskikket en advokat, skal denne have lejlighed til at udtale sig, inden retten træffer beslutning om undladelse af eller udsættelse med underretningen.

Stk. 5. Efter afslutningen af et indgreb i meddelelshemmeligheden i form af udvidet teleoplysning efter § 780, stk. 1, nr. 4, skal der ikke gives underretning om indgrebet til indehaverne af de pågældende telefoner.

§ 789. Får politiet ved et indgreb i meddelelshemmeligheden oplysning om en lovovertrædelse, der ikke har dannet og efter § 781, stk. 1, nr. 3, eller § 781, stk. 5, heller ikke kunne danne grundlag for indgrebet, kan politiet anvende denne oplysning som led i efterforskningen af den pågældende lovovertrædelse.

Stk. 2. Oplysninger, der er tilvejebragt ved et indgreb i meddelelshemmeligheden, må ikke anvendes som bevis i retten vedrørende en lovovertrædelse, der ikke har dannet og efter § 781, stk. 1, nr. 3, eller § 781, stk. 5, heller ikke kunne danne grundlag for indgrebet.

Stk. 3. Retten kan bestemme, at stk. 2 ikke finder anvendelse, såfremt

- 1) andre efterforskningsskridt ikke vil være egnede til at sikre bevis i sagen,
- 2) sagen angår en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængsel i 1 år og 6 måneder eller derover, og
- 3) retten i øvrigt finder det ubetænkeligt.

Stk. 4. Stk. 2 er ikke til hinder for, at oplysninger, der er tilvejebragt ved et indgreb i meddelelshemmeligheden, anvendes som bevis i retten i en sag om opløsning af en forening.

§ 790. Forsendelser, der har været tilbageholdt med henblik på brevåbning, skal snarest muligt befordres videre efter deres bestemmelse. Ønsker politiet at standse den videre befording, skal begæring om brevstandsning indgives til retten inden 48 timer efter tilbageholdelsens iværksættelse.

§ 791. Båndoptagelser, fotokopier eller anden gengivelse af det, der ved indgrebet er kommet til politiets kendskab, skal tilintetgøres, hvis der ikke rejses sigtelse mod nogen for

den lovovertrædelse, der dannede grundlag for indgrebet, eller hvis påtale senere opgives. Politiet underretter en i medfør af § 784, stk. 1, beskikket advokat, når tiltetgørelse har fundet sted.

Stk. 2. Er materialet fortsat af efterforskningsmæssig betydning, kan tiltetgørelse undlades eller udsættes i et nærmere fastsat tidsrum. Politiet indbringer spørgsmålet herom for retten, der, inden der træffes afgørelse, skal give den beskikkede advokat lejlighed til at udtale sig. Bestemmelserne i 2. pkt. finder ikke anvendelse på materiale, der er tilvejebragt som led i efterforskning af overtrædelser af straffelovens kapitel 12, §§ 111-115 og 118.

Stk. 3. Er der i forbindelse med telefonaflytning, anden aflytning eller brevåbning foretaget indgreb i den mistænkte forbindelse med personer, som efter reglerne i § 170 er udelukket fra at afgive forklaring som vidne, skal materiale om dette indgreb straks tiltetgøres. Dette gælder dog ikke, hvis materialet giver anledning til, at der rejses sigtelse for strafbart forhold mod den omhandlede person, eller at hvervet som forsvarer bliver frataget den pågældende, jf. §§ 730, stk. 3, og 736.

Stk. 4. I øvrigt skal politiet tiltetgøre materiale, som tilvejebringes ved indgreb i meddelelseshemmeligheden, og som viser sig ikke at have efterforskningsmæssig betydning.

§ 791 a. Politiet kan foretage fotografering eller iagttagelse ved hjælp af kikkert eller andet apparat af personer, der befinder sig på et ikke frit tilgængeligt sted (observation), såfremt

- 1) indgrebet må antages at være af væsentlig betydning for efterforskningen, og
- 2) efterforskningen vedrører en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængselsstraf.

Stk. 2. Observation som nævnt i stk. 1 ved hjælp af fjernbetjent eller automatisk virkende tv-kamera, fotografiapparat eller lignende apparat må dog kun foretages, såfremt efterforskningen vedrører en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængsel i 1 år og 6 måneder eller derover.

Stk. 3. Observation af personer, der befinder sig i en bolig eller andre husrum, ved hjælp af fjernbetjent eller automatisk virkende tv-kamera, fotografiapparat eller lignende apparat eller ved hjælp af apparat, der anvendes i boligen eller husrummet, må dog kun foretages, såfremt

- 1) der er bestemte grunde til at antage, at bevis i sagen kan opnås ved indgrebet,
- 2) indgrebet må antages at være af afgørende betydning for efterforskningen,
- 3) efterforskningen angår en lovovertrædelse, der efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover, en forsætlig overtrædelse af straffelovens kapitler 12 eller 13 eller en overtrædelse af straffelovens §§ 124, stk. 2, 125, 127, stk. 1, 193, stk. 1, 266 eller 281 eller en overtrædelse af udlændingelovens § 59, stk. 8, nr. 1-5, og
- 4) efterforskningen vedrører en lovovertrædelse, som har medført eller som kan medføre fare for menneskers liv eller velfærd eller for betydelige samfundsværdier.

Stk. 4. Observation af et ikke frit tilgængeligt sted som nævnt i stk. 1-3, som den, der angiver at være forurettet ved

lovovertrædelsen, har rådighed over, er ikke omfattet af reglerne i denne bestemmelse, såfremt den pågældende meddeler skriftligt samtykke til observationen.

Stk. 5. Må indgrebet antages at være af væsentlig betydning for efterforskningen, og vedrører efterforskningen en lovovertrædelse, der kan medføre fængsel i 1 år og 6 måneder eller derover, kan politiet foretage teleobservation ved

- 1) at indhente oplysninger fra udbydere af telenet eller teletjenester vedrørende lokaliseringen af en mobiltelefon, der antages benyttet af en mistænkt, eller
- 2) på anden måde ved hjælp af en gps eller et andet lignende apparat at registrere
 - a) en mistænks færden eller
 - b) en anden persons færden, hvis den pågældende har tilknytning til en mistænkt eller til samme køretøj eller ejendom som en mistænkt el.lign.

Stk. 6. Det påhviler udbydere af telenet eller teletjenester at bistå politiet ved gennemførelse af teleobservation, herunder ved at give de i stk. 5, nr. 1, nævnte oplysninger.

Stk. 7. Observation må ikke foretages, såfremt det efter indgrebets formål, sagens betydning og den krænkelse og ulempe, som indgrebet må antages at forvolde den eller de personer, som det rammer, ville være et uforholdsmæssigt indgreb.

Stk. 8. Reglerne i § 782, stk. 2, §§ 783-785, § 788, stk. 1, § 788, stk. 2, nr. 2, og § 788, stk. 3 og 4, § 789 samt § 791 finder tilsvarende anvendelse på de i stk. 2 og 3 omhandlede tilfælde. Reglerne i §§ 783-785, § 788, stk. 1, § 788, stk. 2, nr. 1, § 788, stk. 3 og 4, samt § 791 finder tilsvarende anvendelse på de i stk. 5 omhandlede tilfælde.

§ 791 b. Aflæsning af ikke offentligt tilgængelige oplysninger i et informationssystem ved hjælp af programmer eller andet udstyr (dataaflæsning) kan foretages, såfremt

- 1) der er bestemte grunde til at antage, at informationssystemet anvendes af en mistænkt i forbindelse med planlagt eller begået kriminalitet som nævnt i nr. 3,
- 2) indgrebet må antages at være af afgørende betydning for efterforskningen, og
- 3) efterforskningen angår en lovovertrædelse, som efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover eller en forsætlig overtrædelse af straffelovens kapitel 12 eller 13.

Stk. 2. Indgreb som nævnt i stk. 1 må ikke foretages, såfremt det efter indgrebets formål, sagens betydning og den krænkelse og ulempe, som indgrebet må antages at forvolde den eller de personer, som det rammer, ville være et uforholdsmæssigt indgreb.

Stk. 3. Afgørelse om dataaflæsning træffes af retten ved kendelse. I kendelsen angives det informationssystem, som indgrebet angår. I øvrigt finder reglerne i § 783, stk. 1, 3, og 4. pkt., samt stk. 3 og 4, tilsvarende anvendelse.

Stk. 4. Efterfølgende underretning om et foretaget indgreb sker efter reglerne i § 788, stk. 1, 3 og 4. Underretningen gives til den, der har rådigheden over det informationssystem, der har været aflæst efter stk. 1. I øvrigt finder reglerne i § 782, stk. 2, §§ 784, 785, 789 samt 791 tilsvarende anvendelse.

§ 791 c. Politiet kan forstyrre eller afbryde radio- eller telekommunikation i et område, hvis der er afgørende grunde til det med henblik på at forebygge, at der i det pågældende område vil blive begået en lovovertrædelse, der efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover, eller en forsætlig overtrædelse af straffelovens kapitel 12 eller 13, og som kan medføre fare for menneskers liv eller velfærd eller for betydelige samfundsværdier.

Stk. 2. Indgreb som nævnt i stk. 1 må ikke foretages, såfremt det efter indgrebets formål, sagens betydning og den krænkelse og ulempe, som indgrebet må antages af forvolde den eller de personer, som indgrebet rammer, ville være et uforholdsmæssigt indgreb.

Stk. 3. Indgreb efter stk. 1 sker efter rettens kendelse. I kendelsen anføres det område, som indgrebet angår, og de konkrete omstændigheder i sagen, hvorpå det støttes, at betingelserne for indgrebet er opfyldt. Kendelsen kan til enhver tid omgøres. Endvidere fastsættes det tidsrum, inden for hvilket indgrebet kan foretages. Tidsrummet kan forlænges. Forlængelsen sker ved kendelse.

Stk. 4. Såfremt indgrebets øjemed ville forspildes, dersom retskendelse skulle afventes, kan politiet træffe beslutning om at foretage indgrebet. I så fald skal politiet snarest muligt og senest inden 24 timer fra indgrebets iværksættelse forelægge sagen for retten. Retten afgør ved kendelse, om indgrebet kan godkendes, og om det kan opretholdes, samt i bekræftende fald for hvilket tidsrum, jf. stk. 3, 2. og 4.-6. pkt. Burde indgrebet efter rettens opfattelse ikke have været foretaget, skal retten give meddelelse herom til Justitsministeriet.

Stk. 5. I øvrigt finder reglerne i §§ 784 og 785 tilsvarende anvendelse.

§ 791 d. Der kan ske blokering af en hjemmeside, hvis der er grund til at antage, at der fra hjemmesiden begås en overtrædelse af straffelovens §§ 114-114 i, 119 eller 119 a. Blokering kan endvidere ske, hvis der er grund til at antage, at der fra hjemmesiden begås en overtrædelse af straffelovens §§ 161, 163, 171 eller 189, § 263, stk. 1, eller §§ 263 a, 276, 278-283, 289-290 a, 300 a, 301 eller 303, som har baggrund i eller sammenhæng med covid-19-epidemien i Danmark.¹⁰⁾

Stk. 2. Afgørelse om blokering af en hjemmeside træffes af retten ved kendelse efter politiets begæring. I kendelsen anføres de konkrete omstændigheder i sagen, hvorpå det støttes, at betingelserne for indgrebet er opfyldt. Kendelsen kan til enhver tid omgøres.

Stk. 3. Blokering må ikke foretages, såfremt indgrebet står i misforhold til sagens betydning og den ulempe, som indgrebet må antages at medføre.

Stk. 4. Det påhviler udbydere af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester og administratorer af internetdomæner at bistå politiet ved gennemførelsen af kendelser efter stk. 2. Afviser udbyderen eller administratoren uden lovlig grund at bistå politiet, finder bestemmelsen i § 178 tilsvarende anvendelse.

Stk. 5. Fremsætter den, mod hvem indgrebet retter sig, anmodning herom, skal politiet snarest muligt forelægge sagen

for retten. Retten afgør ved kendelse, om indgrebet skal opretholdes.

Stk. 6. Såfremt indgrebets øjemed i medfør af stk. 1, 2. pkt., ville forspildes, hvis retskendelse skulle afventes, kan politiet træffe beslutning om blokering. I så fald skal politiet snarest muligt og senest inden 24 timer fra indgrebets iværksættelse forelægge sagen for retten. Retten afgør ved kendelse, om indgrebet kan godkendes, og om det kan opretholdes. Burde indgrebet efter rettens opfattelse ikke have været foretaget, skal retten give meddelelse herom til Justitsministeriet.¹¹⁾

§ 791 e. Politiet kan fra andre myndigheder eller private overtage tv-overvågning i et område, hvis der er afgørende grunde til det med henblik på at forebygge eller efterforske en lovovertrædelse, der efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover eller udgør en forsætlig overtrædelse af straffelovens kapitel 12 eller 13, og som kan medføre eller har medført fare for menneskers liv eller velfærd eller for betydelige samfundsværdier. Det gælder dog ikke tv-overvågning i private hjem.

Stk. 2. Indgreb som nævnt i stk. 1 må ikke foretages, hvis det efter indgrebets formål, sagens betydning og den krænkelse og ulempe, som indgrebet må antages at forvolde den eller de personer, som indgrebet rammer, ville være et uforholdsmæssigt indgreb.

Stk. 3. Indgreb efter stk. 1 sker efter rettens kendelse. I kendelsen anføres det område, som indgrebet angår, og de konkrete omstændigheder i sagen, hvorpå det støttes, at betingelserne for indgrebet er opfyldt. Kendelsen kan til enhver tid omgøres. Endvidere fastsættes det tidsrum, inden for hvilket indgrebet kan foretages. Tidsrummet kan forlænges. Forlængelsen sker ved kendelse.

Stk. 4. Hvis indgrebets øjemed ville forspildes, dersom retskendelse skulle afventes, kan politiet træffe beslutning om at foretage indgrebet. I så fald skal politiet snarest muligt og senest inden 24 timer fra indgrebets iværksættelse forelægge sagen for retten. Retten afgør ved kendelse, om indgrebet kan godkendes, og om det kan opretholdes, og i bekræftende fald for hvilket tidsrum, jf. stk. 3, 2. og 4.-6. pkt. Burde indgrebet efter rettens opfattelse ikke have været foretaget, skal retten give meddelelse herom til Justitsministeriet.

Stk. 5. Det påhviler den, der har rådighed over tv-overvågning, at bistå politiet med at overtage tv-overvågning. § 178 finder tilsvarende anvendelse på den, som uden lovlig grund undlader at yde bistand efter 1. pkt.

Stk. 6. § 189 finder tilsvarende anvendelse. Når pålæg meddeles en erhvervsvirksomhed, finder § 189 tilsvarende anvendelse for andre, der i kraft af deres tilknytning til virksomheden har fået kendskab til sagen.

Stk. 7. Politiet kan overtage tv-overvågning med magt, herunder skaffe sig adgang til lokaler, hvorfra tv-overvågningen kan overtages.

Stk. 8. Reglerne i §§ 784, 785 og 791 finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 9. Efterfølgende underretning om et foretaget indgreb sker efter reglerne i § 788, stk. 1, 3 og 4. Underretningen gi-

ves til den, der har rådighed over den tv-overvågning, der har været overtaget.

Kapitel 72

Legemsindgreb

§ 792. Som led i efterforskningen kan der efter reglerne i dette kapitel foretages legemsindgreb mod sigtede og andre ved

- 1) besigtigelse af legemets ydre, optagelse af fotografier, aftryk og lignende af legemets ydre samt visitation af det tøj, som den pågældende er iført (legemsbesigtigelse), og
- 2) nærmere undersøgelse af legemet, herunder af dets hulrum, udtagelse af spyt- eller blodprøver eller andre tilsvarende prøver, røntgenundersøgelse og lignende (legemsundersøgelse).

Stk. 2. Legemsindgreb mod anholdte personer kan tillige foretages efter § 758, stk. 1.

§ 792 a. Legemsbesigtigelse af en sigtet må kun foretages, såfremt

- 1) den pågældende med rimelig grund er mistænkt for en lovovertrædelse, der er undergivet offentlig påtale, og
- 2) indgrebet må antages at være af væsentlig betydning for efterforskningen.

Stk. 2. Legemsundersøgelse af en sigtet må kun foretages, såfremt

- 1) der er begrundet mistanke om, at den pågældende har gjort sig skyldig i en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængsel i 1 år og 6 måneder eller derover, eller i en overtrædelse af straffelovens § 124, stk. 5, eller § 249, 1. led, og
- 2) indgrebet må antages at være af afgørende betydning for efterforskningen.

§ 792 b. Uden for de tilfælde, der er nævnt i § 792 a, stk. 1, nr. 2, og stk. 2, kan optagelse af fingeraftryk og personfotografi samt udtagelse af spyt- eller blodprøve med henblik på senere identifikation endvidere foretages, hvis den pågældende med rimelig grund er mistænkt for en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængsel i 1 år og 6 måneder eller derover, eller for en overtrædelse af straffelovens § 235, stk. 2.

Stk. 2. Uden for de tilfælde, der er nævnt i § 792 a, stk. 2, nr. 1, kan udtagelse af blodprøver foretages, såfremt der er begrundet mistanke om, at den pågældende har gjort sig skyldig i en lovovertrædelse, i hvis gerningsindhold indtagelse af spiritus eller euforiserende stoffer er et led.

§ 792 c. Afgørelse om legemsbesigtigelse af en sigtet og legemsundersøgelse af en sigtet i form af nærmere undersøgelse af legemets ydre, sikring af prøver herfra og udtagelse af spyt- eller blodprøver træffes af politiet.

Stk. 2. Afgørelse om andre legemsundersøgelser af en sigtet træffes af retten ved kendelse, jf. dog stk. 5. I kendelsen anføres de konkrete omstændigheder i sagen, hvorpå det støttes, at betingelserne for indgrebet er opfyldt. Kendelsen kan til enhver tid omgøres.

Stk. 3. Såfremt indgrebets øjemed ville forspildes, hvis retskendelse skulle afventes, kan politiet træffe beslutning om at foretage indgrebet. I så fald skal politiet snarest muligt og senest inden 24 timer forelægge sagen for retten, der ved kendelse afgør, om indgrebet kan godkendes. Dette gælder dog ikke, såfremt der efter indgrebet meddeles skriftligt samtykke hertil.

Stk. 4. Inden retten træffer afgørelse efter stk. 2 eller stk. 3, 2. pkt., skal der være givet den, mod hvem indgrebet retter sig, adgang til at udtale sig. Offentlig forsvarer beskikkes, når sigtede begærer det. Sigtede skal vejledes om adgangen til forsvarerbeskikkelse.

Stk. 5. Såfremt den sigtede meddeler skriftligt samtykke til, at indgrebet foretages, kan beslutning om de former for legemsundersøgelse, der er nævnt i stk. 2, også træffes af politiet. Er der beskikket en forsvarer for sigtede, kræves tillige samtykke fra forsvareren.

§ 792 d. Legemsindgreb over for en person, der ikke er sigtet, er ikke omfattet af reglerne i dette kapitel, såfremt den pågældende meddeler samtykke til indgrebet. Samtykket skal så vidt muligt være skriftligt. I øvrigt må legemsindgreb over for en person, der ikke er sigtet, kun foretages efter reglerne i stk. 2 og 4.

Stk. 2. Legemsbesigtigelse, der ikke kræver afklædning, herunder optagelse af fotografier, aftryk og lignende af legemet og visitation af tøj, kan foretages over for en person, der ikke er sigtet, såfremt

- 1) efterforskningen vedrører en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængsel i 1 år og 6 måneder eller derover, og
- 2) indgrebet må antages at være af afgørende betydning for efterforskningen.

Stk. 3. Afgørelse om legemsbesigtigelse efter stk. 2 træffes af retten ved kendelse. Bestemmelserne i § 792 c, stk. 2, 2. og 3. pkt., samt stk. 3 og stk. 4, 1. pkt., finder tilsvarende anvendelse. I stedet for direkte gennemtvungelse kan de i § 178 nævnte tvangsmidler anvendes til gennemførelse af legemsbesigtigelsen.

Stk. 4. Under efterforskning på gerningsstedet i umiddelbar tilknytning til udøvelsen af en alvorlig voldsforbrydelse eller fremsættelse af trussel herom samt i andre efterforskningssituationer, hvor der er begrundet mistanke om, at nogen tilstedeværende på sin person skjuler våben, kan politiet foretage visitation af tøjet hos alle personer, der træffes på stedet, med henblik på at finde våben.

§ 792 e. Legemsindgreb må ikke foretages, såfremt det efter indgrebets formål, sagens betydning og den krænkelse og det ubehag, som indgrebet må antages at forvolde, ville være et uforholdsmæssigt indgreb.

Stk. 2. Legemsindgreb skal foretages så skånsomt, som omstændighederne tillader. Det skal herved bl.a. så vidt muligt iagttages, at et indgreb, der ellers kan føles krænkende for blufærdigheden, kun foretages af personer af samme køn som den undersøgte eller af sundhedspersonale. Kræver et sådant indgreb afklædning, må det så vidt muligt kun overværes af personer af samme køn som den undersøgte eller af sundhedspersonale.

Stk. 3. Legemsundersøgelse, jf. § 792, stk. 1, nr. 2, må kun foretages under medvirken af en læge. Lægen tager stilling til, om indgrebs gennemførelse under hensyn til den hermed forbundne smerte og risiko samt den undersøgte persons tilstand er lægeligt forsvarlig. Lægen kan delegere udtagelse af blodprøve til en medhjælp. Spytprøve i medfør af § 792 b, stk. 1, kan udtages uden medvirken af en læge.

§ 792 f. Politiet må ikke opbevare personfotografier med henblik på senere identifikation af personer, der ikke har været sigtet, eller som er frifundet, eller mod hvem påtale er opgivet.

Stk. 2. Politiet må ikke opbevare andet materiale og andre oplysninger, der er tilvejebragt ved legemsindgreb, og som vedrører personer, der ikke har været sigtet.

Stk. 3. Oplysninger og materiale, der er tilvejebragt ved indgreb, som retten nægter at godkende i medfør af § 792 c, stk. 3, 2. pkt., eller som retten i medfør af § 746, stk. 1, finder uhjemlede, skal straks tilintetgøres.

Kapitel 73

Ransagning

§ 793. Politiet kan efter reglerne i dette kapitel foretage ransagning af

- 1) boliger og andre husrum, dokumenter, papirer og lignende samt indholdet af aflåste genstande og
- 2) andre genstande samt lokaliteter uden for husrum.

Stk. 2. Undersøgelser af lokaliteter eller genstande, som er frit tilgængelige for politiet, er ikke omfattet af reglerne i dette kapitel.

Stk. 3. Ransagning for at eftersøge en mistænkt, der skal anholdes, eller en person, der skal pågribes med henblik på fuldbyrdelse af en straffedom eller forvandlingsstraffen for bøde, kan tillige finde sted efter §§ 759 og 761. Om undersøgelse af en persons legeme og visitation af det tøj, som den pågældende er iført, gælder reglerne i kapitel 72. Om undersøgelse af breve, telegrammer og lignende under forsendelse gælder reglerne i kapitel 71.

§ 794. Ransagning af husrum, andre lokaliteter eller genstande, som en mistænkt har rådighed over, må kun foretages, såfremt

- 1) den pågældende med rimelig grund er mistænkt for en lovovertrædelse, der er undergivet offentlig påtale, og
- 2) ransagningen må antages at være af væsentlig betydning for efterforskningen.

Stk. 2. Ved ransagning af de i § 793, stk. 1, nr. 1, nævnte arter kræves tillige, enten at sagen angår en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængselsstraf, eller at der er bestemte grunde til at antage, at bevis i sagen eller genstande, der kan beslaglægges, kan findes ved ransagningen.

Stk. 3. Findes der under ransagningen hos en mistænkt skriftlige meddelelser eller lignende, som hidrører fra en person, der efter reglerne i § 170 er udelukket fra at afgive forklaring som vidne i sagen, må der ikke foretages ransagning heraf. Det samme gælder materiale, som hidrører fra en person, der er omfattet af § 172, når materialet indeholder

oplysninger, som den pågældende efter § 172 er fritaget for at afgive forklaring om som vidne i sagen.

§ 795. Ransagning af husrum, andre lokaliteter eller genstande, som en person, der ikke er mistænkt, har rådighed over, er ikke omfattet af reglerne i dette kapitel, såfremt den pågældende meddeler skriftligt samtykke til ransagningen eller der i tilslutning til opdagelsen eller anmeldelsen af en forbrydelse gives samtykke af den pågældende. I øvrigt må ransagning hos en person, der ikke er mistænkt, kun ske, såfremt

- 1) efterforskningen vedrører en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængselsstraf, og
- 2) der er bestemte grunde til at antage, at bevis i sagen eller genstande, der kan beslaglægges, kan findes ved ransagningen.

Stk. 2. Hos personer, som efter reglerne i § 170 er udelukket fra at afgive forklaring som vidne i sagen, er skriftlige meddelelser og lignende mellem den mistænkte og den pågældende person samt dennes notater og lignende vedrørende den mistænkte ikke genstand for ransagning. Hos personer, som er omfattet af § 172, er materiale, der indeholder oplysninger om forhold, som de pågældende efter § 172 er fritaget for at afgive forklaring om som vidne i sagen, ikke genstand for ransagning.

Stk. 3. § 189 finder tilsvarende anvendelse. Når ransagningen foretages hos en erhvervsvirksomhed, gælder dette også for andre, der i kraft af deres tilknytning til virksomheden har fået kendskab til sagen.

§ 796. Afgørelse om ransagning vedrørende de i § 793, stk. 1, nr. 2, nævnte genstande eller lokaliteter, som en mistænkt har rådighed over, træffes af politiet.

Stk. 2. Afgørelse om ransagning i andre tilfælde træffes ved rettens kendelse, jf. dog stk. 5 og 6. I kendelsen anføres de konkrete omstændigheder i sagen, hvorpå det støttes, at betingelserne for indgrebet er opfyldt. Kendelsen kan til enhver tid omgøres.

Stk. 3. Såfremt undersøgelsens øjemed ville forspildes, dersom retskendelse skulle afventes, kan politiet træffe beslutning om at foretage ransagningen. Fremsætter den, mod hvis husrum, lokaliteter eller genstande ransagningen retter sig, anmodning herom, skal politiet snarest muligt og senest inden 24 timer forelægge sagen for retten, der ved kendelse afgør, om indgrebet kan godkendes.

Stk. 4. Inden retten træffer afgørelse efter stk. 3, 2. pkt., skal der være givet den, mod hvis husrum, lokaliteter eller genstande ransagningen retter sig, adgang til at udtale sig. § 748, stk. 5 og 6, finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 5. Såfremt ransagningen er rettet imod husrum, lokaliteter eller genstande, som en mistænkt har rådighed over, og denne meddeler skriftligt samtykke til, at ransagningen foretages, kan beslutning om ransagning også træffes af politiet.

Stk. 6. Bestemmelse om, at der i tilslutning til opdagelsen eller anmeldelsen af en forbrydelse skal ske ransagning af gerningsstedet, kan uanset bestemmelsen i stk. 2 også træffes af politiet, såfremt den person, der har rådighed over vedkommende husrum, lokalitet eller genstand, ikke er mis-

tænkt og det ikke er muligt straks at komme i kontakt med den pågældende. Der skal i så fald snarest muligt gives den pågældende underretning om ransagningen.

§ 797. Ransagning må ikke foretages, såfremt det efter undersøgelsens formål, sagens betydning og den krænkelse og ulempe, som undersøgelsen må antages at forvolde, ville være et uforholdsmæssigt indgreb.

Stk. 2. Ved afgørelsen efter stk. 1 skal tillige lægges vægt på, om ransagningen er forbundet med ødelæggelse eller beskadigelse af ting.

§ 798. Ransagning skal foretages så skånsomt, som omstændighederne tillader, herunder så vidt muligt uden at forårsage ødelæggelse eller beskadigelse, og uden at indgrebet på grund af tidspunktet for foretagelsen eller den måde, hvorunder det foretages, giver anledning til unødigt opsigt.

Stk. 2. Såfremt den person, der har rådighed over husrummet, lokaliteten eller genstanden, eller i dennes fravær andre personer træffes til stede, skal de pågældende gøres bekendt med ransagningens foretagelse og grundlaget herfor samt opfordres til at overvære ransagningen. Foretages ransagningen på grundlag af en retskendelse, skal denne på begæring forevises. Foretages ransagningen efter reglen i § 796, stk. 3, skal politiet vejlede den pågældende om adgangen til at få spørgsmålet indbragt for retten. Den person, der har rådighed over husrummet, lokaliteten eller genstanden, kan kræve, at et af den pågældende udpeget vidne er til stede under ransagningen, medmindre tidsmæssige eller efterforskningsmæssige grunde taler herimod. Såfremt ransagningens øjemed gør det påkrævet, herunder hvis der lægges hindringer i vejen for ransagningens gennemførelse, kan politiet bestemme, at de personer, der træffes til stede, fjernes, mens ransagningen foregår.

Stk. 3. Træffes der ingen til stede, når en ransagning som omhandlet i § 793, stk. 1, nr. 1, skal foretages, tilkaldes så vidt muligt to husfæller eller andre vidner til at overvære ransagningen. Efter foretagelsen af en ransagning som omhandlet i § 793, stk. 1, nr. 1, underrettes den person, der har rådighed over husrummet eller genstanden, herom og, hvis ransagningen er foretaget efter reglen i § 796, stk. 3, om adgangen til at få spørgsmålet indbragt for retten, eventuelt ved at politiet efterlader en skriftlig meddelelse på stedet.

§ 799. Såfremt det er af afgørende betydning for efterforskningen, at ransagningen foretages, uden at den mistænkte eller andre gøres bekendt hermed, kan retten, hvis efterforskningen angår en forsætlig overtrædelse af straffelovens kapitel 12 eller 13 eller en overtrædelse af straffelovens § 125 a, § 180, § 183, stk. 1 og 2, § 183 a, § 186, stk. 1, § 187, stk. 1, § 191, § 192 a, § 192 b, stk. 1-3, § 237, § 262 a, § 286, stk. 1, jf. § 276, § 286, stk. 1, jf. § 276 a, § 288 eller 289, ved kendelse træffe bestemmelse herom og om, at reglerne i § 798, stk. 2, 1.-4. pkt., og stk. 3, fraviges. Dette gælder dog ikke med hensyn til ransagning af husrum, andre lokaliteter eller genstande, som nogen, der efter reglerne i § 170 er udelukket fra eller efter reglerne i § 172 er fritaget for at afgive forklaring som vidne i sagen, har rådighed over.

Stk. 2. Reglerne i § 783, stk. 3 og 4, § 784, § 785 og § 788 finder anvendelse på de i stk. 1, 1. pkt., omhandlede tilfælde.

Stk. 3. Retten kan bestemme, at der inden for det tidsrum, der efter stk. 2 fastsættes i medfør af § 783, stk. 3, kan foretages gentagne ransagninger. Retten skal i den forbindelse fastsætte antallet af ransagninger. Hvis særlige grunde taler derfor, kan retten bestemme, at der kan foretages et ubestemt antal ransagninger.

§ 800. Får politiet ved en ransagning oplysning om en lovovertrædelse, der ikke har dannet og efter reglerne i henholdsvis § 794, stk. 1, nr. 1, og stk. 2, § 795, stk. 1, nr. 1, eller § 799, stk. 1, heller ikke kunne danne grundlag for indgrebet, kan politiet anvende denne oplysning som led i efterforskningen af den pågældende lovovertrædelse, men ikke som bevis i retten vedrørende lovovertrædelsen.

Stk. 2. Retten kan bestemme, at stk. 1 ikke finder anvendelse for oplysninger, som politiet har fået ved en ransagning foretaget i medfør af § 799, stk. 1, såfremt

- 1) andre efterforskningskridt ikke vil være egnede til at sikre bevis i sagen,
- 2) sagen angår en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængsel i 6 år eller derover, og
- 3) retten i øvrigt finder det ubetænkeligt.

Stk. 3. Stk. 1 er ikke til hinder for, at oplysninger, som politiet har fået ved en ransagning, anvendes som bevis i retten i en sag om opløsning af en forening.

Kapitel 74

Beslaglæggelse og edition

§ 801. Efter reglerne i dette kapitel kan der foretages beslaglæggelse

- 1) til sikring af bevismidler,
- 2) til sikring af det offentliges krav på sagsomkostninger, konfiskation og bøde,
- 3) til sikring af forurettedes krav på tilbagelevering eller erstatning, og
- 4) når tiltalte har unddraget sig sagens videre forfølgning.

Stk. 2. Genstande, som politiet tager i bevaring, som ingen har eller vedkender sig rådighed over, og hvorover ingen gør en ret gældende, er ikke omfattet af reglerne i dette kapitel.

Stk. 3. Om udlevering af breve, telegrammer og lignende under forsendelse samt om oplysning om forbindelse mellem telefoner m.v. gælder reglerne i kapitel 71. Om fratagelse af genstande og penge i forbindelse med anholdelse gælder endvidere bestemmelsen i § 758, stk. 1.

§ 802. Genstande, som en mistænkt har rådighed over, kan beslaglægges, såfremt

- 1) den pågældende med rimelig grund er mistænkt for en lovovertrædelse, der er undergivet offentlig påtale, og
- 2) der er grund til at antage, at genstanden kan tjene som bevis eller bør konfiskeres, jf. dog stk. 2, eller ved lovovertrædelsen er fravendt nogen, som kan kræve den tilbage.

Stk. 2. Gods, som en mistænkt ejer, kan beslaglægges, såfremt

- 1) den pågældende med rimelig grund er mistænkt for en lovovertrædelse, der er undergivet offentlig påtale, og
- 2) beslaglæggelse anses for nødvendig for at sikre det offentliges krav på sagsomkostninger, krav på konfiskation efter straffelovens § 75, stk. 1, 1. pkt., 2. led, og 2. pkt., og stk. 3, § 76 a, stk. 5, og § 77 a, 2. pkt., bødekrav eller forurettedes krav på erstatning i sagen.

Stk. 3. Beslaglæggelse af en mistænks hele formue eller en del af denne, herunder formue, som den mistænkte senere måtte erhverve, kan foretages, såfremt

- 1) tiltale er rejst for en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængsel i 1 år og 6 måneder eller derover, og
- 2) tiltalte har unddraget sig videre forfølgning i sagen.

Stk. 4. Skriftlige meddelelser eller lignende, som hidrører fra en person, der efter reglerne i § 170 er udelukket fra at afgive forklaring som vidne i sagen, kan ikke beslaglægges hos en mistænkt. Det samme gælder materiale, som hidrører fra en person, der er omfattet af § 172, når materialet indeholder oplysninger, som den pågældende efter § 172 er fritaget for at afgive forklaring om som vidne i sagen.

§ 803. Genstande, som en person, der ikke er mistænkt, har rådighed over, kan beslaglægges som led i efterforskningen af en lovovertrædelse, der er undergivet offentlig påtale, hvis der er grund til at antage, at genstanden kan tjene som bevis, bør konfiskeres eller ved lovovertrædelsen er fravendt nogen, som kan kræve den tilbage. Andre formuegoder, herunder penge, som en person, der ikke er mistænkt, har rådighed over, kan beslaglægges som led i efterforskningen af en lovovertrædelse, der er undergivet offentlig påtale, hvis der er grund til at antage, at disse formuegoder bør konfiskeres. § 189 finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 2. Hos personer, som efter reglerne i § 170 er udelukket fra at afgive forklaring som vidne i sagen, er skriftlige meddelelser mellem den mistænkte og den pågældende person samt dennes notater og lignende vedrørende den mistænkte ikke genstand for beslaglæggelse. Hos personer, som er omfattet af § 172, er materiale, der indeholder oplysning om forhold, som de pågældende efter § 172 er fritaget for at afgive forklaring om som vidne i sagen, ikke genstand for beslaglæggelse.

§ 803 a. En forenings formue og øvrige ejendele kan beslaglægges, hvis foreningen foreløbig forbydes af regeringen.

§ 804. Som led i efterforskningen af en lovovertrædelse, der er undergivet offentlig påtale, eller krænkelse som nævnt i § 2, stk. 1, nr. 1, i lov om tilhold, opholdsforbud og bortvisning kan der meddeles en person, der ikke er mistænkt, pålæg om at forevise eller udlevere genstande (edition), hvis der er grund til at antage, at en genstand, som den pågældende har rådighed over, kan tjene som bevis, bør konfiskeres eller ved lovovertrædelsen er fravendt nogen, som kan kræve den tilbage. Når pålæg meddeles en erhvervsvirksomhed, finder § 189 tilsvarende anvendelse for

andre, der i kraft af deres tilknytning til virksomheden har fået kendskab til sagen.

Stk. 2. Er en genstand udleveret til politiet efter pålæg om edition, finder reglerne om beslaglæggelse efter § 803, stk. 1, tilsvarende anvendelse.

Stk. 3. Er en genstand uden pålæg herom afleveret til politiet af de i stk. 1 nævnte grunde, finder § 807, stk. 5, anvendelse. Fremsættes der begæring om udlevering, og imødekommer politiet ikke begæringen, skal politiet snarest muligt og inden 24 timer forelægge sagen for retten med anmodning om beslaglæggelse. § 806, stk. 4, 2. pkt., og stk. 7, 1. pkt., finder i så fald anvendelse.

Stk. 4. Der kan ikke meddeles pålæg om edition, såfremt der derved vil fremkomme oplysning om forhold, som den pågældende ville være udelukket fra eller fritaget for at afgive forklaring om som vidne, jf. §§ 169-172.

Stk. 5. Justitsministeren kan fastsætte regler om økonomisk godtgørelse i særlige tilfælde for udgifter i forbindelse med opfyldelse af pålæg om edition.

§ 805. Beslaglæggelse må ikke foretages, og pålæg om edition må ikke meddeles, såfremt indgrebet står i misforhold til sagens betydning og det tab eller den ulempe, som indgrebet kan antages at medføre.

Stk. 2. Kan indgrebets øjemed opnås ved mindre indgribende foranstaltninger, herunder sikkerhedsstillelse, kan der med den, mod hvem indgrebet retter sig, træffes skriftlig aftale herom.

Stk. 3. Ved beslaglæggelse til sikkerhed for det offentliges krav på sagsomkostninger, krav på konfiskation efter straffelovens § 75, stk. 1, 1. pkt., 2. led, og 2. pkt., og stk. 3, § 76 a, stk. 5, og § 77 a, 2. pkt., bødekrav eller forurettedes krav på erstatning finder reglerne i §§ 509-516 tilsvarende anvendelse.

§ 806. Afgørelse om beslaglæggelse og om pålæg om edition træffes efter politiets begæring. Begæring om beslaglæggelse til sikring af erstatningskrav kan tillige fremsættes af forurettede.

Stk. 2. Afgørelsen træffes af retten ved kendelse, jf. dog stk. 9. I kendelsen anføres de konkrete omstændigheder i sagen, hvorpå det støttes, at betingelserne for indgrebet er opfyldt. Kendelsen kan til enhver tid omgøres.

Stk. 3. Retten kan efter politiets begæring i en kendelse om edition bestemme, at politiet fra virksomheder og personer, der er omfattet af § 1 i lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme, kan indhente oplysninger, som de pågældende har rådighed over, om transaktioner på en konto, hvortil der er overført midler ved en transaktion, som er omfattet af kendelsen om edition, eller ved en transaktion, der udspringer af en transaktion, som er omfattet af kendelsen om edition. I kendelsen fastsættes det tidsrum, inden for hvilket indhentelse af oplysninger kan ske. Dette tidsrum skal være så kort som muligt og må ikke overstige 4 uger. Tidsrummet kan forlænges, men højst med 4 uger ad gangen. Forlængelsen sker ved kendelse. Politiet skal snarest muligt efter udløbet af det tidsrum, inden for hvilket indhentelse af oplysninger kan ske, underrette retten om de transaktioner, som politiet

har indhentet oplysninger om. Underretningen skal indeholde en angivelse af de bestemte grunde, der er til at antage, at transaktionerne udspringer af en transaktion, som er omfattet af kendelsen om edition.

Stk. 4. Såfremt indgrebets øjemed ville forspildes, hvis retskendelse skulle afventes, kan politiet træffe beslutning om beslaglæggelse og om edition, jf. dog stk. 6. Fremsætter den, mod hvem indgrebet retter sig, anmodning herom, skal politiet snarest muligt og senest inden 24 timer forelægge sagen for retten, der ved kendelse afgør, om indgrebet kan godkendes.

Stk. 5. Politiet kan træffe beslutning om beslaglæggelse efter § 803 a. Stk. 4, 2. pkt., finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 6. Beslaglæggelse efter § 802, stk. 3, kan kun ske efter retskendelse. Det samme gælder beslaglæggelse af trykte skrifter eller lyd- eller billedprogrammer omfattet af medieansvarsloven, i anledning af hvis indhold ansvar skal gøres gældende.

Stk. 7. Inden retten træffer afgørelse efter stk. 4, 2. pkt., skal der være givet den, mod hvem indgrebet retter sig, adgang til at udtale sig. § 748, stk. 5 og 6, finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 8. Inden retten træffer afgørelse om pålæg om edition efter § 804, skal der være givet den, der har rådighed over genstanden, adgang til at udtale sig. § 748, stk. 5 og 6, finder tilsvarende anvendelse. Bestemmelsen i 1. pkt. finder ikke anvendelse, hvis rettens afgørelse skal danne grundlag for en international retsanmodning om edition.

Stk. 9. Afgørelse om beslaglæggelse træffes af politiet, såfremt den, som indgrebet retter sig imod, meddeler skriftligt samtykke til indgrebet.

§ 807. Politiet iværksætter beslaglæggelse. Foretages beslaglæggelse på grundlag af en retskendelse, skal denne på begæring forevises for den, som indgrebet retter sig imod. Foretages beslaglæggelsen efter reglen i § 806, stk. 4 eller 5, skal politiet vejlede den pågældende om adgangen til at få spørgsmålet indbragt for retten.

Stk. 2. Politiet foranlediger ved henvendelse til den, som indgrebet retter sig imod, at en kendelse om edition opfyldes. Rettens kendelse skal på begæring forevises for den pågældende. Afviser den pågældende uden lovlig grund at efterkomme pålægget, finder bestemmelsen i § 178 tilsvarende anvendelse.

Stk. 3. Beslaglægges materiale hos personer, der er omfattet af § 172, kan den pågældende kræve, at det første gennemsyn af materialet skal foretages af retten. § 806, stk. 7, 1. pkt., finder tilsvarende anvendelse ved rettens gennemsyn. Indtil det første gennemsyn kan ske, opbevares materialet af politiet.

Stk. 4. Har retten afsagt kendelse om beslaglæggelse af en formue eller en del af en formue, jf. § 802, stk. 3, skal politiet sørge for, at der beskikkes en værge til at bestyre den beslaglagte formue. Politiet lader kendelsen om beslaglæggelse tinglyse efter reglerne i tinglysningslovens § 48. Kendelsen forkyndes for tiltalte efter reglerne i § 159.

Stk. 5. Genstande, som kommer i politiets besiddelse som følge af beslaglæggelse eller pålæg om udlevering, skal sna-

rest muligt optegnes og mærkes. Politiet skal på begæring udstede kvittering for modtagelsen.

§ 807 a. Samme beføjelser til beslaglæggelse som politiet, jf. § 806, stk. 4, har enhver, der træffer nogen under eller i umiddelbar tilknytning til udøvelsen af et strafbart forhold. Det beslaglagte skal snarest muligt overgives til politiet med oplysning om tidspunktet og grundlaget for beslaglæggelsen. Politiet forelægger sagen for retten i overensstemmelse med § 806, stk. 4, 2. pkt., medmindre det beslaglagte inden udløbet af 24 timer udleveres til den, mod hvem indgrebet er foretaget, eller denne meddeler skriftligt samtykke til beslaglæggelse i overensstemmelse med § 806, stk. 9.

§ 807 b. Beslaglæggelse efter § 802, stk. 1, og § 803, stk. 1, 1. pkt., medfører, at der hverken ved aftale eller kreditorforfølgning kan foretages dispositioner over det beslaglagte, som er i strid med indgrebets formål.

Stk. 2. Beslaglæggelse efter § 802, stk. 2, og § 803, stk. 1, 2. pkt., har, indtil der træffes afgørelse efter § 807 d, stk. 2 og 3, samme retsvirkning som arrest, jf. kapitel 56.

Stk. 3. Beslaglæggelse efter § 802, stk. 3, medfører, at tiltalte er uberettiget til at råde over formuen. Kreditorforfølgning kan alene foretages med hensyn til krav mod tiltalte, som bestod, før kendelsen om beslaglæggelse blev afsagt. 1. og 2. pkt. gælder også ved beslaglæggelse efter § 803 a.

§ 807 c. Indtil sagens afgørelse kan begæring om hel eller delvis ophævelse af beslaglæggelse fremsættes over for retten af den, der har interesse heri. Rettens afgørelse træffes ved kendelse, efter at de, som har interesse i afgørelsen, har haft adgang til at udtale sig.

§ 807 d. Rådighedsberøvelse som følge af beslaglæggelse efter § 802, stk. 1, § 803, stk. 1, 1. pkt., og § 803 a bortfalder senest, når sagen er endeligt sluttet ved dom, påtaleopgivelse eller tiltalefrafald, medmindre det beslaglagte konfiskeres. Er der tvist om, til hvem tilbagelevering skal ske, kan retten efter begæring træffe bestemmelse om, til hvem beslaglagte genstande skal udleveres. Afgørelsen træffes ved kendelse.

Stk. 2. Gods, der er beslaglagt efter § 802, stk. 2, og § 803, stk. 1, 2. pkt., eller sikkerhed, der er stillet efter § 805, stk. 2, anvendes først til fyldestgørelse af forurettedes krav på erstatning, dernæst det offentliges krav på sagsomkostninger, dernæst krav på konfiskation efter straffelovens § 75, stk. 1, 1. pkt., 2. led, og 2. pkt., og stk. 3, § 76 a, stk. 5, og § 77 a, 2. pkt., og dernæst bødekraft. Retten kan undtagelsesvis træffe bestemmelse om en afvigende rækkefølge for fyldestgørelse.

Stk. 3. Afgørelse om anvendelse af beslaglagt gods til fyldestgørelse af de i stk. 2 nævnte krav træffes efter begæring ved kendelse. Det samme gælder, hvis der efterfølgende opstår spørgsmål med hensyn til kendelsens fortolkning. Afgørelsen har retsvirkning som udlæg, jf. § 526, stk. 2. Sluttes sagen ved påtaleopgivelse eller frifindelse, bortfalder beslaglæggelsen.

Stk. 4. Nægter retten forfølgning af et erstatningskrav under straffesagen, jf. § 991, stk. 4, og § 992, stk. 1, kan retten i forbindelse hermed bestemme, at en beslaglæggelse til

sikring af dette krav bevarer sin gyldighed, jf. § 807 b, stk. 2, indtil erstatningsspørgsmålet er afgjort, forudsat at der inden 4 uger anlægges sag i den borgerlige retsplejes former eller indgives ansøgning i henhold til lov om erstatning fra staten til ofre for forbrydelser. Fastsættes der herefter et erstatningskrav, kan den ret, der har afsagt dom i straffesagen, efter begæring af forurettede bestemme, at erstatningskravet helt eller delvis skal fyldestgøres af provenuet fra det beslaglagte gods, herunder at fyldestgørelse skal ske forud for det offentliges krav på sagsomkostninger, krav på konfiskation og bødekra. Denne afgørelse har retsvirkning som udlæg, jf. § 526, stk. 2. Sagen behandles i strafferetsplejens former.

Stk. 5. Beslaglæggelse efter § 802, stk. 3, bortfalder, når tiltalte ikke længere unddrager sig forfølgning, medmindre der er bestemte grunde til at antage, at tiltalte på ny vil unddrage sig forfølgningen. Afgørelse om beslaglæggelsens bortfald træffes af retten ved kendelse.

§ 807 e. Hvis det er af afgørende betydning for efterforskningen, at der foretages beslaglæggelse, uden at den mistænkte eller andre gøres bekendt hermed, kan retten ved kendelse træffe bestemmelse herom og om, at reglerne i § 807, stk. 1, 2. og 3. pkt., fraviges.

Stk. 2. Reglerne i § 783, stk. 3 og 4, § 784, § 785 og § 788 finder tilsvarende anvendelse på de i stk. 1 omhandlede tilfælde.

§ 807 f. Beløb, som en person har til gode hos en virksomhed, der er omfattet af § 1 i lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme, kan beslaglægges midlertidigt som led i efterforskningen af en lovovertrædelse, der er undergivet offentlig påtale, hvis der er grund til at antage, at beløbet har tilknytning til hvidvask eller finansiering af terrorisme, og midlertidig beslaglæggelse anses for nødvendig for at sikre krav på konfiskation. § 805, stk. 1 og 2, finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 2. Afgørelse om midlertidig beslaglæggelse træffes af politiet. § 806, stk. 4, 2. pkt., finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 3. Politiet iværksætter midlertidig beslaglæggelse. Politiet skal snarest muligt og senest inden 24 timer underrette og vejlede den, som indgrebet retter sig mod, om adgangen til at få spørgsmålet indbragt for retten, medmindre politiet inden samme frist indgiver anmodning som nævnt i stk. 4.

Stk. 4. Hvis det er af afgørende betydning for efterforskningen, at der foretages midlertidig beslaglæggelse, uden at den, som indgrebet retter sig mod, eller andre gøres bekendt hermed, kan retten ved kendelse træffe bestemmelse herom. §§ 784, 785 og 788 finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 5. § 807 b, stk. 1, finder tilsvarende anvendelse på midlertidig beslaglæggelse.

Stk. 6. Midlertidig beslaglæggelse bortfalder senest efter 1 uge.

Kapitel 75

Personundersøgelser

§ 808. Der skal tilvejebringes sådanne oplysninger om sigtedes personlige forhold, som må antages at være af betydning for sagens afgørelse vedrørende straffastsættelse eller anvendelse af anden retsfølge end straf.

Stk. 2. En nærmere undersøgelse vedrørende sigtedes personlige forhold, herunder navnlig hans tidligere og nuværende forhold i hjem, skole og arbejde samt hans legemlige og åndelige tilstand, skal i almindelighed foretages, når der kan blive spørgsmål om anvendelse af

- 1) betinget dom i henhold til straffelovens kapitel 7 eller 8,
- 2) tiltalefrafald på andre vilkår end vedtagelse af bøde og betaling af erstatning,
- 3) retsfølger, der træder i stedet for straf.

Stk. 3. Justitsministeren fastsætter regler om, i hvilke sager der i øvrigt skal foretages undersøgelser af den i stk. 2 omhandlede beskaffenhed.

§ 808 a. Politiet og anklagemyndigheden kan få terminaladgang til de nødvendige oplysninger i indkomstregisteret til brug for behandling af straffesager.

§ 809. Sigtede skal underkastes mentalundersøgelse, når dette findes at være af betydning for sagens afgørelse. Hvis han ikke udtrykkeligt samtykker i undersøgelsen, kan denne kun finde sted efter retskendelse. Er sigtede udeblevet fra et retsmøde trods lovlig indkaldelse og uden oplyst lovligt forfald, kan retten uden sigtedes tilstedeværelse bestemme, at sigtede skal underkastes mentalundersøgelse. Det skal fremgå af indkaldelsen til retsmødet, at udeblivelse uden oplyst lovligt forfald kan medføre, at retten træffer bestemmelse om mentalundersøgelse. Er sigtede fængslet, kan han ikke mentalundersøges uden rettens bestemmelse.

Stk. 2. Findes det påkrævet, at sigtede indlægges til mentalundersøgelse på hospital for sindslidende, i institution for personer med vidtgående psykiske handicap eller i anden egnet institution, træffer retten ved kendelse bestemmelse herom.

§ 810. Såfremt sigtede ikke samtykker i, at der søges tilvejebragt oplysninger om hans personlige forhold ved henvendelse til hans pårørende eller andre privatpersoner, kan dette kun ske, hvis retten finder det af væsentlig betydning for sagens afgørelse og ved kendelse træffer bestemmelse herom.

§ 811. Justitsministeren fastsætter nærmere regler om foretagelsen af personundersøgelser.

Stk. 2. Justitsministeren kan efter forhandling med social- og indenrigsministeren og sundheds- og ældreministeren fastsætte regler om meddelelse af tilladelse til udgang m.v. til personer, der er indlagt på hospital for sindslidende m.v. i medfør af § 809, stk. 2, når der ikke i øvrigt er taget stilling hertil. Justitsministeren kan i den forbindelse fastsætte, at afgørelser, der træffes i medfør af disse regler, ikke kan indbringes for højere administrativ myndighed.

Udskriftsdato: 23. april 2021

LBK nr 1650 af 17/11/2020 (Gældende)

Bekendtgørelse af straffeloven

Ministerium: Justitsministeriet

Journalnummer: Justitsmin., j.nr. 2020-730-0379

Senere ændringer til forskriften

LOV nr 1832 af 08/12/2020 § 1 - LOV nr 2208 af 29/12/2020 - LOV nr 207 af 15/02/2021 § 2 - LOV nr 290 af 27/02/2021 -

LOV nr 415 af 13/03/2021 § 1



Lovtidende A

2020

Udgivet den 20. november 2020

17. november 2020.

Nr. 1650.

Bekendtgørelse af straffeloven

Herved bekendtgøres straffeloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 976 af 17. september 2019, med de ændringer, der følger af lov nr. 1425 af 17. december 2019, lov nr. 1426 af 17. december 2019, § 3 i lov nr. 1563 af 27. december 2019, § 1 i lov nr. 349 af 2. april 2020, lov nr. 882 af 16. juni 2020, lov nr. 883 af 16. juni 2020 og lov nr. 968 af 26. juni 2020.

Almindelig del

1. kapitel

Indledende bestemmelser

§ 1. Straf kan kun pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må ligestilles med et sådant. Med hensyn til de i kapitel 9 nævnte retsfølger gælder en tilsvarende regel.

§ 2. Denne lovs kapitler 1-11 finder, for så vidt ikke andet er bestemt, anvendelse på alle strafbare forhold.

2. kapitel

Almindelige betingelser for strafferetlige bestemmelser anvendelse

§ 3. Er den ved en handling påkendelse gældende straffelovgivning forskellig fra den, der gjaldt ved handlingens foretagelse, afgøres spørgsmålet om strafbarhed og straf efter den senere lov, dog at afgørelsen ikke derved må blive strengere end efter den ældre lov. Beror ophøret af lovens gyldighed på ydre, strafskylden uvedkommende forhold, bliver handlingen at bedømme efter den ældre lov.

Stk. 2. Bortfalder uden for sidstnævnte tilfælde ved lov en handling strafbarhed, bortfalder også den for sådan handling idømte, men ikke fuldbyrde straf. Den dømte kan forlange, at spørgsmålet om straffens bortfald ved påtalemyndighedens foranstaltning indbringes for den ret, der har påkendt sagen i første instans. Afgørelsen træffes ved kendelse.

§ 4. Hvorvidt den strafbare handling skal medføre retsfølger af sådan art som i §§ 56-61, 62-70, 73, 74 b og 79 nævnt, afgøres efter den ved handlingens påkendelse gældende lovgivning.

Stk. 2. Andre retsfølger af handlingen indtræder, for så vidt intet modsat er bestemt, kun, når dette var hjemlet også ved den ved handlingens foretagelse gældende lovgivning.

Stk. 3. Bestemmelsen i § 3, stk. 2, finder tilsvarende anvendelse på andre retsfølger af handlingen end straf, hvis deres indtræden var betinget af handlingens strafbarhed.

§ 5. Hvor forhøjet straf eller andre retsfølger er foreskrevet i gentagelsestilfælde, kommer afgørelser, der er truffet i henhold til tidligere ret, i betragtning efter deres indhold lige med afgørelser efter den lov, i henhold til hvilken den foreliggende handling bedømmes.

§ 6. Under dansk straffemyndighed hører handlinger, som foretages

- 1) i den danske stat,
- 2) på dansk fartøj, som befinder sig inden for et fremmed myndighedsområde, af en person, der hører til fartøjet eller som rejsende følger med dette, eller
- 3) på dansk fartøj, som befinder sig uden for et myndighedsområde.

§ 7. Under dansk straffemyndighed hører handlinger, som foretages inden for et fremmed myndighedsområde af en person, der på tidspunktet for sigtelsen har dansk indfødsret, er bosat i den danske stat eller har lignende fast ophold her i landet, hvis

- 1) handlingen også er strafbar efter lovgivningen på gerningsstedet (dobbelts strafbarhed) eller
- 2) gerningsmanden også på gerningstidspunktet har den nævnte tilknytning her til landet og handlingen
 - a) omfatter seksuel udnyttelse af børn, menneskehandel eller kvindelig omskæring eller
 - b) er rettet mod nogen, der på gerningstidspunktet har den nævnte tilknytning her til landet.

Stk. 2. Under dansk straffemyndighed hører endvidere handlinger, som foretages uden for et myndighedsområde af en person, der på tidspunktet for sigtelsen har den i stk. 1 nævnte tilknytning her til landet, hvis handlinger af den pågældende art kan medføre højere straf end fængsel i 4 måneder.

Stk. 3. Stk. 1, nr. 1, og stk. 2 finder tilsvarende anvendelse med hensyn til handlinger foretaget af en person, som på tidspunktet for sigtelsen har indfødsret eller er bosat i Finland, Island, Norge eller Sverige, og som opholder sig her i landet.

§ 7 a. Under dansk straffemyndighed hører handlinger, som foretages inden for et fremmed myndighedsområde, og

§ 110 c. Den, som overtræder bestemmelser eller forbud, som i henhold til lov måtte være givet til værn for statens forsvars- eller neutralitetsforanstaltninger, straffes med bøde eller fængsel indtil 4 måneder eller under særligt skærpende omstændigheder med fængsel indtil 3 år.

Stk. 2. Med bøde eller fængsel indtil 4 måneder eller under særligt skærpende omstændigheder med fængsel indtil 4 år straffes den, som overtræder bestemmelser eller forbud, som i henhold til lov måtte være givet til gennemførelse af statens forpligtelser som medlem af Forenede Nationer.

Stk. 3. Med samme straf som i stk. 2 straffes den, der overtræder bestemmelser indeholdt i eller udstedt i medfør af forordninger, som er vedtaget med hjemmel i artikel 60, 301 eller 308 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab eller artikel 215 eller 352 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, og som tager sigte på helt eller delvis at afbryde eller indskrænke de finansielle eller økonomiske forbindelser med et eller flere lande uden for Den Europæiske Union eller på tilsvarende sanktioner over for enkeltpersoner, grupper af personer eller juridiske personer.

Stk. 4. Begås en forbrydelse som nævnt i stk. 1, 2 eller 3 uagtsomt, er straffen bøde eller fængsel indtil 2 år.

§ 110 d. Begås nogen af de i kapitlerne 25, 26 og 27 omhandlede forbrydelser mod et fremmed statsoverhoved eller lederen af en fremmed diplomatisk mission, kan den der foreskrevne straf forhøjes med indtil det halve, medmindre forholdet er omfattet af kapitel 13.

§ 110 e. Med bøde eller fængsel indtil 2 år straffes den, der offentlig forhåner en fremmed nation, en fremmed stat, dens flag eller andet anerkendt nationalmærke eller De Forenede Nationers eller Det Europæiske Råds flag.

§ 110 f. De i dette kapitel omhandlede forbrydelser er i alle tilfælde genstand for offentlig påtale, der sker efter justitsministerens påbud.

13. kapitel

Forbrydelser mod statsforfatningen og de øverste statsmyndigheder, terrorisme m.v.

§ 111. Den, som foretager en handling, der sigter til ved udenlandsk bistand, ved magtanvendelse eller trussel derom at forandre statsforfatningen eller sætte den ud af kraft, straffes med fængsel indtil på livstid.

§ 112. Den, som foretager nogen handling, der sigter til at berøve kongen eller den, der med hjemmel i forfatningen fører regeringen, livet, straffes med fængsel ikke under 6 år.

§ 113. Den, som antaster Folketingets sikkerhed eller frihed eller i øvrigt foretager nogen handling, der sigter til ved magtanvendelse eller trussel derom at aftvinge Folketinget nogen beslutning eller hindre det i frit at udøve sin virksomhed, straffes med fængsel indtil 16 år eller under særligt skærpende omstændigheder på livstid.

Stk. 2. Samme straf kommer til anvendelse på den, der på tilsvarende måde angriber eller over tvang mod kongen eller

den, der med hjemmel i forfatningen fører regeringen, eller mod ministrene, Rigsretten eller Højesteret.

§ 114. For terrorisme straffes med fængsel indtil på livstid den, som med forsæt til at skræmme en befolkning i alvorlig grad eller uretmæssigt at tvinge danske eller udenlandske offentlige myndigheder eller en international organisation til at foretage eller undlade at foretage en handling eller at destabilisere eller ødelægge et lands eller en international organisations grundlæggende politiske, forfatningsmæssige, økonomiske eller samfundsmæssige strukturer begår en eller flere af de følgende handlinger, når handlingen i kraft af sin karakter eller den sammenhæng, hvori den begås, kan tilføje et land eller en international organisation alvorlig skade:

- 1) Manddrab efter § 237.
- 2) Grov vold efter § 245 eller § 246.
- 3) Frihedsberøvelse efter § 261.
- 4) Forstyrrelse af trafikikkerheden efter § 184, stk. 1, retsstridige forstyrrelser i driften af almindelige samfærdselsmidler m.v. efter § 193, stk. 1, eller groft hærværk efter § 291, stk. 2, hvis disse overtrædelser begås på en måde, der kan bringe menneskeliv i fare eller forårsage betydelige økonomiske tab.
- 5) Kapring af transportmidler efter § 183 a.
- 6) Overtrædelser af lovgivningen om våben og eksplosivstoffer under særligt skærpende omstændigheder efter § 192 a.
- 7) Brandstiftelse efter § 180, sprængning, spredning af skadevoldende luftarter, oversvømmelse, skibbrud, jernbane- eller anden transportulykke efter § 183, stk. 1 og 2, sundhedsfarlig forurening af vandforsyningen efter § 186, stk. 1, sundhedsfarlig forurening af ting bestemt til almindelig udbredelse m.v. efter § 187, stk. 1.
- 8) Besiddelse eller anvendelse m.v. af radioaktive stoffer efter § 192 b.

Stk. 2. På samme måde straffes den, der med det i stk. 1 nævnte forsæt transporterer våben eller eksplosivstoffer.

Stk. 3. Endvidere straffes på samme måde den, som med det i stk. 1 nævnte forsæt truer med at begå en af de i stk. 1 og 2 nævnte handlinger.

§ 114 a. Begås en af de i nr. 1-8 nævnte handlinger, uden at forholdet omfattes af § 114, kan straffen overstige den højeste for lovovertrædelser foreskrevne straf indtil det dobbelte. Hvis den højeste straf, der er foreskrevet for den pågældende handling, er mindre end 4 års fængsel, kan straffen dog stige til fængsel indtil 6 år.

- 1) Overtrædelse af § 180, § 181, stk. 1, § 183, stk. 1 eller 2, § 183 a, § 184, stk. 1, § 192 a, § 193, stk. 1, §§ 237, 244, 245, 246, 250, § 252, stk. 1, § 266, § 288 eller § 291, stk. 1 eller 2, når handlingen er omfattet af artikel 1 i konventionen af 16. december 1970 om bekæmpelse af ulovlig bemægtigelse af luftfartøjer, artikel 1 i konventionen af 23. september 1971 til bekæmpelse af ulovlige handlinger mod den civile luftfarts sikkerhed eller artikel II i protokollen af 24. februar 1988 til bekæmpelse af ulovlige voldshandlinger i lufthavne, der betjener den internationale civile luftfart.

- 2) Overtrædelse af § 180, § 181, stk. 1, § 183, stk. 1 eller 2, § 184, stk. 1, §§ 237, 244, 245, 246, 250, § 252, stk. 1, § 260, § 261, stk. 1 eller 2, § 266 eller § 291, stk. 1 eller 2, når handlingen er omfattet af artikel 2 i konventionen af 14. december 1973 om forebyggelse af og straf for forbrydelser mod internationalt beskyttede personer, herunder diplomatiske repræsentanter.
- 3) Overtrædelse af § 261, stk. 1 eller 2, når handlingen er omfattet af artikel 1 i den internationale konvention af 17. december 1979 imod gidseltagning.
- 4) Overtrædelse af § 180, § 181, stk. 1, § 183, stk. 1 eller 2, § 186, stk. 1, §§ 192 a, 192 b, 237, 244, 245, 246, 260, 266, 276, 278, 279, 279 a, 281, 288 eller § 291, stk. 2, når handlingen er omfattet af artikel 7 i IAEA-konventionen (Det Internationale Atomenergiagenturs konvention) af 3. marts 1980 om fysisk beskyttelse af nukleare materialer.
- 5) Overtrædelse af § 180, § 181, stk. 1, § 183, stk. 1 eller 2, § 183 a, § 184, stk. 1, § 192 a, § 193, stk. 1, §§ 237, 244, 245, 246, § 252, stk. 1, §§ 260, 266, 288 eller § 291, stk. 1 eller 2, når handlingen er omfattet af artikel 3 i konventionen af 10. marts 1988 til bekæmpelse af ulovlige handlinger mod søfartssikkerheden eller artikel 2 i protokollen af 10. marts 1988 til bekæmpelse af ulovlige handlinger mod sikkerheden for fastgjorte platforme, der befinder sig på kontinentalsokkelen.
- 6) Overtrædelse af § 180, § 181, stk. 1, § 183, stk. 1 eller 2, § 183 a, § 184, stk. 1, § 186, stk. 1, § 192 a, § 193, stk. 1, §§ 237, 244, 245, 246, 250, § 252, stk. 1, § 266 eller § 291, stk. 2, når handlingen er omfattet af artikel 2 i den internationale konvention af 15. december 1997 til bekæmpelse af terrorbombninger.
- 7) Overtrædelse af § 192 b, § 260 eller § 266, når handlingen er omfattet af artikel 2 i den internationale konvention af 13. april 2005 til bekæmpelse af nuklear terrorisme.
- 8) Overtrædelse af § 183, stk. 1 eller 2, når der er tale om forvoldelse af sprængning rettet mod en offentlig bygning eller institution.

§ 114 b. Med fængsel indtil 12 år straffes den, som

- 1) direkte eller indirekte yder økonomisk støtte til,
- 2) direkte eller indirekte tilvejebringer eller indsamler midler til eller
- 3) direkte eller indirekte stiller penge, andre formuegoder eller finansielle eller andre lignende ydelser til rådighed for

en person, en gruppe eller en sammenslutning, der begår eller har til hensigt at begå handlinger omfattet af § 114 eller § 114 a.

§ 114 c. Med fængsel indtil 12 år straffes den, som hverver en person til at begå eller fremme handlinger omfattet af § 114 eller § 114 a eller til at slutte sig til en gruppe eller sammenslutning for at fremme, at gruppen eller sammenslutningen begår handlinger af denne karakter. Under særligt skærpende omstændigheder kan straffen stige til fængsel indtil 16 år. Som særligt skærpende omstændigheder anses

navnlig tilfælde, hvor der er tale om overtrædelser af systematisk eller organiseret karakter.

Stk. 2. Med fængsel indtil 8 år straffes den, som hverver en person til at begå eller fremme handlinger omfattet af § 114 b eller til at slutte sig til en gruppe eller sammenslutning for at fremme, at gruppen eller sammenslutningen begår handlinger af denne karakter.

Stk. 3. Med fængsel indtil 8 år straffes den, som lader sig hverve til at begå handlinger omfattet af § 114 eller § 114 a. Er den pågældende tilsluttet en væbnet styrke, kan straffen stige til fængsel indtil 12 år eller under særligt skærpende omstændigheder til fængsel indtil på livstid. Som særligt skærpende omstændigheder anses navnlig tilfælde, hvor den pågældende har deltaget i kamphandlinger.

§ 114 d. Med fængsel indtil 12 år straffes den, som træner, instruerer eller på anden måde oplærer en person til at begå eller fremme handlinger omfattet af § 114 eller § 114 a med viden om, at personen har til hensigt at anvende færdighederne til dette formål. Under særligt skærpende omstændigheder kan straffen stige til fængsel indtil 16 år. Som særligt skærpende omstændigheder anses navnlig tilfælde, hvor der er tale om overtrædelser af systematisk eller organiseret karakter.

Stk. 2. Med fængsel indtil 8 år straffes den, som træner, instruerer eller på anden måde oplærer en person til at begå eller fremme handlinger omfattet af § 114 b med viden om, at personen har til hensigt at anvende de tillærte færdigheder til dette formål.

Stk. 3. Med fængsel indtil 8 år straffes den, som lader sig træne, instruere eller på anden måde oplære til at begå handlinger omfattet af § 114 eller § 114 a.

§ 114 e. Med fængsel indtil 8 år straffes den, som i øvrigt fremmer virksomheden for en person, en gruppe eller en sammenslutning, der begår eller har til hensigt at begå handlinger omfattet af §§ 114, 114 a, 114 b, 114 c eller 114 d. Er den pågældende tilsluttet en væbnet styrke, kan straffen stige til fængsel indtil 12 år eller under særligt skærpende omstændigheder til fængsel indtil 16 år. Som særligt skærpende omstændigheder anses navnlig tilfælde, hvor den pågældende har deltaget i kamphandlinger.

§ 114 f. Den, som, uden at forholdet omfattes af §§ 114-114 e, deltager i eller yder væsentlig økonomisk eller anden væsentlig støtte til korps, gruppe eller sammenslutning, der har til hensigt ved magtanvendelse at øve indflydelse på offentlige anliggender eller fremkalde forstyrrelse af samfundsordenen, straffes med fængsel indtil 8 år.

§ 114 g. Den, som, uden at forholdet omfattes af §§ 114-114 f, deltager i ulovlig militær organisation eller gruppe, straffes med bøde eller fængsel indtil 3 år.

§ 114 h. Med fængsel indtil 8 år straffes den, der under skærpende omstændigheder i strid med lovgivningen om ikke spredning af masseødelæggelsesvåben m.v.

- 1) udfører produkter med dobbelt anvendelse uden tilladelse,

- 2) til brug for myndighedernes afgørelser om produkter med dobbelt anvendelse giver urigtige eller vildledende oplysninger eller fortier oplysninger af betydning for sagens afgørelse eller
- 3) handler i strid med vilkår, der er fastsat i myndighedernes afgørelser om produkter med dobbelt anvendelse.

§ 114 i. Den, der fra en gruppe eller sammenslutning, der begår eller har til hensigt at begå handlinger omfattet af § 114 eller § 114 a, modtager økonomisk støtte i penge eller andre ydelser til brug for oprettelse eller drift af en institution eller virksomhed eller til lignende formål her i landet, straffes med fængsel indtil 8 år.

§ 114 j. Den, der har dansk indfødsret eller bopæl i den danske stat, og som uden tilladelse indrejser eller opholder sig i et område som nævnt i stk. 3, straffes med bøde eller fængsel indtil 8 år, jf. dog stk. 2.

Stk. 2. Stk. 1 gælder ikke for indrejse og ophold som led i udøvelse af dansk, udenlandsk eller international offentlig tjeneste eller hverv.

Stk. 3. Justitsministeren kan efter forhandling med udenrigsministeren og forsvarsministeren fastsætte regler om, at et område, hvor en gruppe eller sammenslutning som nævnt i § 114 e er part i en væbnet konflikt, skal være omfattet af stk. 1. Folketinget kan ved en folketingsbeslutning ophæve regler fastsat af justitsministeren efter 1. pkt.

Stk. 4. Justitsministeren eller den, ministeren bemyndiger til det, tillader efter ansøgning, at en person indrejser eller opholder sig i et område som nævnt i stk. 1, hvis indreisen eller opholdet har et anerkendelsesværdigt formål. En tilladelse kan omfatte en gruppe af personer, der er tilknyttet en bestemt virksomhed eller organisation m.v.

Stk. 5. Justitsministeren kan fastsætte nærmere regler om indgivelse af ansøgninger efter stk. 4, herunder om fristen herfor. Justitsministeren kan i den forbindelse fastsætte, at afgørelser efter stk. 4 ikke kan indbringes for højere administrativ myndighed.

§ 115. Begås, uden at forholdet falder ind under §§ 112 og 113, nogen af de i kapitlerne 25, 26 og 27 omhandlede forbrydelser mod kongen eller den, der med hjemmel i forfatningen fører regeringen, forhøjes de i de nævnte bestemmelser foreskrevne straffe indtil det dobbelte.

Stk. 2. Begås nogen af de nævnte forbrydelser mod dronningen, enkedronningen eller tronfølgeren, kan straffen forhøjes med indtil det halve.

§ 116. Den, som hindrer foretagelsen af valg til Folketinget, Færøernes lagting eller til kommunale eller andre offentlige råd eller myndigheder eller gør forsøg herpå, eller som forvanser et valgs udfald eller umuliggør opgørelsen, straffes med fængsel indtil 6 år.

Stk. 2. Samme straf finder anvendelse, når sådanne handlinger foretages ved lovhjemlede umiddelbare stemmeafgivninger i offentlige anliggender.

§ 117. Med bøde eller fængsel indtil 2 år straffes den, som ved de i § 116 omhandlede valg eller stemmeafgivninger

- 1) uberettiget skaffer sig eller andre adgang til at deltage i afstemningen,
- 2) ved ulovlig tvang (§ 260), ved frihedsberøvelse eller ved misbrug af overordningsforhold søger at formå nogen til at stemme på en bestemt måde eller til at undlade at stemme,
- 3) ved svig bevirker, at nogen mod sin hensigt afholder sig fra at stemme, eller at hans stemmeafgivning bliver ugyldig eller virker anderledes end tilsigtet,
- 4) yder, lover eller tilbyder formuefordel for at påvirke nogen til at stemme på en vis måde eller til at undlade at stemme,
- 5) modtager, fordrer eller lader sig tilsige formuefordel for at stemme på en vis måde eller for at undlade at stemme.

§ 118. Den, som ved magtanvendelse eller trussel derom eller under udnyttelse af frygt for fremmed magts indgriben hindrer eller søger at hindre offentlige myndigheder i den frie udøvelse af deres virksomhed, straffes, når handlingen foretages med det formål at øve indflydelse på offentlige anliggender eller fremkalde forstyrrelse af samfundsordenen, med fængsel indtil 12 år.

Stk. 2. Samme straf finder anvendelse på den, som i den i stk. 1 nævnte hensigt og ved anvendelse af de der nævnte midler alvorligt krænker ytringsfriheden eller hindrer foreninger eller andre sammenslutninger i frit at udøve deres lovlige virksomhed.

Stk. 3. Med samme straf anses endvidere den, der i den i stk. 1 nævnte hensigt og under anvendelse af de der nævnte midler begår den i § 193 omhandlede forbrydelse eller lignende alment skadelig handling.

§ 118 a. De i §§ 111-115 og 118 omhandlede forbrydelser er i alle tilfælde genstand for offentlig påtale, der sker efter justitsministerens påbud.

14. kapitel

Forbrydelser mod den offentlige myndighed m.v.

§ 119. Den, som øver vold, truer med at øve vold eller offentligt eller med forsæt til udbredelse i en videre kreds fremsætter trussel om vold mod nogen, hvem det påhviler at handle i medfør af offentlig tjeneste eller hverv, under udførelsen af tjenesten eller hvervet eller i anledning af samme, eller som på lige måde søger at hindre en sådan person i at foretage en lovlig tjenestehandling eller at tvinge ham til at foretage en tjenestehandling, straffes med bøde eller fængsel indtil 8 år. Ved fastsættelse af straffen skal det indgå som en skærpene omstændighed, at forholdet er begået, mens eller i umiddelbar forlængelse af at der i området foregår grov forstyrrelse af ro og orden på offentligt sted, eller at forholdet er begået mod den pågældende i dennes fritid.

Stk. 2. På samme måde straffes den, som, uden at forholdet falder ind under stk. 1, fremsætter trusler om vold, om frihedsberøvelse eller om sigtelse for strafbart eller ærerørigt forhold mod nogen, der af det offentlige er tillagt domsmyndighed eller myndighed til at træffe afgørelse vedrørende retsforhold eller vedrørende håndhævelse af statens straffe-

Udskriftsdato: 26. april 2021

LBK nr 836 af 07/08/2019 (Gældende)

Bekendtgørelse af lov om Center for Cybersikkerhed

Ministerium: Forsvarsministeriet

Journalnummer: Forsvarsmin., j.nr. 2019/004062



Lovtidende A

2019

Udgivet den 21. august 2019

7. august 2019.

Nr. 836.

Bekendtgørelse af lov om Center for Cybersikkerhed

Herved bekendtgøres lov nr. 713 af 25. juni 2014 om Center for Cybersikkerhed med de ændringer, der følger af lov nr. 443 af 8. maj 2018 og lov nr. 555 af 7. maj 2019.

Kapitel 1

Opgaver og organisation

§ 1. Center for Cybersikkerhed har til opgave at understøtte et højt informationssikkerhedsniveau i den informations- og kommunikationsteknologiske infrastruktur, som samfundsvigtige funktioner er afhængige af.

Stk. 2. Center for Cybersikkerhed er en del af Forsvarets Efterretningstjeneste.

Kapitel 2

Definitioner

§ 2. I denne lov forstås ved:

- 1) Sikkerhedshændelse: En hændelse, der negativt påvirker eller vurderes at ville kunne påvirke tilgængelighed, integritet eller fortrolighed af data, informationssystemer, digitale netværk eller digitale tjenester.
- 2) Pakkedata: Indholdet af kommunikation, der transmitteres gennem digitale netværk eller tjenester.
- 3) Trafikdata: Data, som behandles med henblik på at transmittere pakkedata.
- 4) Stationære data: Data, som opbevares på servere, cloudtjenester, pc'er, lagerenheder, netværksenheder, mobile enheder og tilsvarende.
- 5) Malware: Trafikdata, pakkedata og stationære data, hvor der er særlig bestyrket mistanke om, at data er anvendt af en angrebsaktør med det formål at forårsage et brud på informationssikkerheden.
- 6) Personoplysninger: Enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person.
- 7) Behandling: Enhver operation eller række af operationer med eller uden brug af elektronisk databehandling, som oplysninger gøres til genstand for.

Kapitel 3

Center for Cybersikkerheds netsikkerhedstjeneste

§ 3. Center for Cybersikkerheds netsikkerhedstjeneste har til opgave at opdage, analysere og bidrage til at imødegå sikkerhedshændelser hos tilsluttede myndigheder og virksomheder, jf. stk. 2-4.

Stk. 2. De øverste statsorganer og statslige myndigheder kan efter anmodning blive tilsluttet netsikkerhedstjenesten.

Stk. 3. Regioner og kommuner samt virksomheder, der har samfundsvigtig karakter, kan efter anmodning blive tilsluttet netsikkerhedstjenesten, såfremt Center for Cybersikkerhed konkret vurderer, at tilslutningen vil kunne bidrage til at understøtte et højt informationssikkerhedsniveau i samfundet.

Stk. 4. Center for Cybersikkerhed kan i særlige tilfælde påbyde virksomheder, der har særlig samfundsvigtig karakter, og regioner og kommuner at blive tilsluttet netsikkerhedstjenesten med henblik på monitorering af netværkskommunikation. Påbuddet kan kun omfatte de dele af virksomheden, regionen eller kommunen, der har en væsentlig betydning for Danmarks kritiske infrastruktur. Center for Cybersikkerhed skal mindst hvert halve år vurdere, om et meddelt påbud skal opretholdes.

Stk. 5. Forsvarsministeren kan fastsætte nærmere regler om vilkårene for tilslutning efter stk. 2 og 3. Forsvarsministeren kan desuden fastsætte nærmere regler om påbud efter stk. 4, herunder om, at myndigheder og virksomheder, der er tilsluttet netsikkerhedstjenesten på baggrund af et påbud, skal medvirke til netsikkerhedstjenestens opsætning og drift af hardware og i den forbindelse skal stille de nødvendige oplysninger om konfiguration og drift af deres digitale infrastruktur til rådighed for netsikkerhedstjenesten.

Kapitel 4

Indgreb omfattet af grundlovens § 72

§ 4. Center for Cybersikkerheds netsikkerhedstjeneste kan uden retskendelse behandle trafikdata, pakkedata og stationære data hidrørende fra tilsluttede myndigheder og virksomheder, jf. § 3, stk. 2-4, med henblik på at understøtte et højt informationssikkerhedsniveau i samfundet.

§ 5. Ved begrundet mistanke om en sikkerhedshændelse kan Center for Cybersikkerheds netsikkerhedstjeneste uden retskendelse behandle stationære data fra en myndighed eller virksomhed, der ikke er tilsluttet netsikkerhedstjenesten, når

- 1) myndigheden eller virksomheden har anmodet Center for Cybersikkerhed om bistand, stillet de stationære da-

ta til rådighed for netsikkerhedstjenesten og givet skriftligt samtykke til behandlingen og

- 2) behandlingen vurderes at kunne bidrage til at understøtte et højt informationssikkerhedsniveau i samfundet.

§ 6. Efter aftale med en myndighed eller virksomhed, der er tilsluttet Center for Cybersikkerheds netsikkerhedstjeneste i medfør af § 3, stk. 2 og 3, kan netsikkerhedstjenesten ved begrundet mistanke om en sikkerhedshændelse uden retskendelse blokere, omdanne eller omdirigere trafikdata og pakke data hidrørende fra netværk hos myndigheden eller virksomheden med henblik på at understøtte et højt informationssikkerhedsniveau i samfundet.

Stk. 2. Stk. 1 finder tilsvarende anvendelse i forhold til stationære data hos tilsluttede myndigheder og virksomheder. Ved en konstateret sikkerhedshændelse kan netsikkerhedstjenesten endvidere efter aftale med den tilsluttede myndighed eller virksomhed slette de stationære data, der har forårsaget sikkerhedshændelsen.

§ 6 a. Med henblik på at kunne rådgive myndigheder og virksomheder om forebyggelse af sikkerhedshændelser kan Center for Cybersikkerhed gennemføre forebyggende sikkerhedstekniske undersøgelser, når en myndighed eller virksomhed har anmodet centeret herom.

Stk. 2. Efter anmodning fra myndigheden eller virksomheden kan Center for Cybersikkerhed som led i den forebyggende sikkerhedstekniske undersøgelse

- 1) uden retskendelse behandle trafikdata, pakke data og stationære data hos myndigheden eller virksomheden,
- 2) behandle offentligt tilgængelige data om myndigheden eller virksomheden og dennes medarbejdere og
- 3) iværksætte forebyggelsesaktiviteter rettet mod udvalgte medarbejdere eller enheder i myndigheden eller virksomheden.

§ 6 b. Med henblik på at opnå viden om angrebsaktørers metoder og værktøjer kan Center for Cybersikkerhed opsætte fiktive angrebsmål, såfremt opsætningen vurderes at kunne bidrage væsentligt til Center for Cybersikkerheds muligheder for at understøtte et højt informationssikkerhedsniveau i samfundet.

Stk. 2. Benytter en angrebsaktør et fiktivt angrebsmål til at deponere data, kan Center for Cybersikkerhed uden retskendelse behandle de deponerede data med henblik på at opdage, analysere og bidrage til at imødegå sikkerhedshændelser hos myndigheder og virksomheder eller at informere borgere, myndigheder og virksomheder om, at de har været udsat for en sikkerhedshændelse.

§ 6 c. Med henblik på at forhindre, standse eller begrænse en nært forestående eller igangværende sikkerhedshændelse kan Center for Cybersikkerhed gøre brug af domænenavne og tilsvarende it-infrastruktur, som anvendes eller har været anvendt af en angrebsaktør, forudsat at disse er ledige til registrering.

Stk. 2. Modtager Center for Cybersikkerhed som led i anvendelsen af it-infrastruktur efter stk. 1 data fra tredjemand, kan centeret uden retskendelse behandle de modtagne data

med henblik på at opdage, analysere og bidrage til at imødegå sikkerhedshændelser hos myndigheder og virksomheder eller at informere borgere, myndigheder og virksomheder om, at de har været udsat for en sikkerhedshændelse.

Kapitel 4 a

Edition

§ 7. Med henblik på at afdække sikkerhedshændelser kan der meddeles en juridisk eller fysisk person pålæg om at forevise eller udlevere oplysninger om brugeren af en e-mail-konto, ip-adresse eller et domænenavn, såfremt oplysningerne er undergivet den pågældendes rådighed.

Stk. 2. Pålæg efter stk. 1 må ikke meddeles, såfremt indgrebet står i misforhold til sagens betydning og det tab eller den ulempe, som indgrebet kan antages at medføre.

§ 7 a. Afgørelse om pålæg om edition efter § 7 træffes af retten efter Center for Cybersikkerheds begæring.

Stk. 2. Afgørelsen træffes af retten ved kendelse. Retsmøder holdes for lukkede døre. I kendelsen anføres de konkrete omstændigheder i sagen, hvorpå det støttes, at betingelserne for indgrebet er opfyldt. Kendelsen kan til enhver tid omgøres.

§ 7 b. Inden retten træffer afgørelse om pålæg om edition efter § 7, skal der være givet den, der har rådighed over oplysningerne, adgang til at udtale sig.

Stk. 2. Taler hensynet til fremmede magter eller statens sikkerhed derfor, kan retten eller Center for Cybersikkerhed pålægge den, der har rådighed over oplysninger, som ønskes forevist eller udleveret efter § 7, tavshedspligt med hensyn til den pågældendes viden om sagen. Når pålæg meddeles en erhvervsvirksomhed, gælder dette også for andre juridiske og fysiske personer, der i kraft af deres tilknytning til virksomheden har fået kendskab til sagen.

Stk. 3. Pålæg efter stk. 2 kan ophæves af Center for Cybersikkerhed eller retten. Center for Cybersikkerheds nægtelse af at ophæve et pålæg skal efter begæring forelægges retten. Den pågældende skal gøres bekendt med adgangen hertil.

§ 7 c. Reglerne i retsplejelovens kapitel 63 om værneting og kapitel 85 om kære til højere ret finder tilsvarende anvendelse.

§ 7 d. Center for Cybersikkerhed foranlediger ved at rette henvendelse til den, der har rådighed over oplysningerne, at en kendelse om edition opfyldes. Rettens kendelse skal på begæring forevises den pågældende. Afviser den pågældende uden lovlig grund at efterkomme pålægget, finder reglerne i retsplejelovens § 178 tilsvarende anvendelse.

Kapitel 5

Forholdet til anden lovgivning, behandling af personoplysninger m.v.

§ 8. Center for Cybersikkerheds virksomhed er undtaget fra lov om offentlighed i forvaltningen bortset fra lovens § 13. Center for Cybersikkerheds virksomhed er endvidere undtaget fra forvaltningslovens kapitel 4-6, fra §§ 3 og 5 og

§ 8, stk. 2, i lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter og fra databeskyttelsesloven og Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2016/679/EU af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger, jf. § 3, stk. 2, i databeskyttelsesloven, og fra lov om retshåndhævende myndigheders behandling af personoplysninger, jf. § 1, stk. 2, i lov om retshåndhævende myndigheders behandling af personoplysninger.

Stk. 2. Forsvarsministeren kan bestemme, at databeskyttelsesloven, Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2016/679/EU af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger, lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningslovens kapitel 4-6 helt eller delvis finder anvendelse for Center for Cybersikkerhed vedrørende

- 1) centerets behandling af sager om tilslutning til netsikkerhedstjenesten, jf. § 3, stk. 3 og 4,
- 2) centerets virksomhed som myndighed for informationsikkerhed og beredskab på teleområdet og
- 3) centerets personalesager.

Stk. 3. Enhver form for behandling af personoplysninger i Center for Cybersikkerhed er omfattet af kapitel 6. Ved behandling af data, herunder personoplysninger, i medfør af kapitel 4 finder de særlige behandlingsregler i kapitel 7 endvidere anvendelse.

§ 8 a. Oplysninger, der er omfattet af denne lov, kan overføres til opbevaring i arkiv efter reglerne i arkivlovgivningen.

Stk. 2. Forsvarsministeren kan fastsætte nærmere regler om Center for Cybersikkerheds overførsel af oplysninger, der skal bevares for eftertiden, til Rigsarkivet og om centerets opbevaring af sådanne oplysninger, indtil overførsel til Rigsarkivet kan ske.

§ 8 b. Myndigheders og virksomheders samarbejde med Center for Cybersikkerhed er ikke begrænset af bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov, jf. dog stk. 2.

Stk. 2. Forsvarsministeren kan fastsætte regler om, at nærmere angivne bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov fortsat finder anvendelse på myndigheders og virksomheders samarbejde med Center for Cybersikkerhed.

Kapitel 6

Behandling af personoplysninger i Center for Cybersikkerhed

§ 9. Center for Cybersikkerheds indsamling af personoplysninger skal ske til udtrykkeligt angivne og saglige formål, og senere behandling må ikke være uforenelig med disse formål. Senere behandling af personoplysninger, der alene sker i historisk, statistisk eller videnskabeligt øjemed, anses ikke for uforenelig med de formål, hvortil oplysningerne er indsamlet.

Stk. 2. Personoplysninger, som behandles, skal være relevante og tilstrækkelige og ikke omfatte mere, end hvad der kræves til opfyldelse af de formål, hvortil oplysningerne indsamles, og de formål, hvortil oplysningerne senere behandles.

§ 10. Behandling af personoplysninger må kun finde sted, hvis

- 1) den pågældende person har givet sit udtrykkelige samtykke hertil,
- 2) behandlingen er nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en aftale, som den pågældende person er part i, eller af hensyn til gennemførelse af foranstaltninger, der træffes på den pågældende persons anmodning forud for indgåelsen af en sådan aftale,
- 3) behandlingen er nødvendig af hensyn til udførelsen af en opgave i samfundets interesse,
- 4) behandlingen er nødvendig til beskyttelse af væsentlige hensyn til statens sikkerhed eller rigets forsvar,
- 5) behandlingen er nødvendig af hensyn til udførelsen af en opgave, der henhører under offentlig myndighedsudøvelse, som Center for Cybersikkerhed eller en tredjemand, til hvem oplysningerne videregives, har fået pålagt,
- 6) behandlingen er nødvendig for, at Center for Cybersikkerhed eller den tredjemand, til hvem oplysningerne videregives, kan forfølge en berettiget interesse, og hensynet til den pågældende person ikke overstiger denne interesse eller
- 7) behandlingen vedrører personoplysninger, der er omfattet af kapitel 4.

§ 11. Der må ikke behandles personoplysninger om race-mæssig eller etnisk baggrund, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning og fagforeningsmæssige tilhørsforhold og personoplysninger om helbredsmæssige og seksuelle forhold.

Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis

- 1) den pågældende person har givet sit udtrykkelige samtykke til en sådan behandling,
- 2) behandlingen vedrører personoplysninger, som er blevet offentliggjort af den pågældende person,
- 3) behandlingen er nødvendig for, at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares,
- 4) behandlingen er nødvendig til beskyttelse af væsentlige hensyn til statens sikkerhed eller rigets forsvar eller
- 5) behandlingen vedrører personoplysninger, der er omfattet af kapitel 4.

§ 12. Der må ikke behandles personoplysninger om strafbare forhold, væsentlige sociale problemer og andre rent private forhold end de i § 11, stk. 1, nævnte, medmindre det er nødvendigt for varetagelsen af Center for Cybersikkerheds opgaver.

Stk. 2. De i stk. 1 nævnte personoplysninger må ikke videregives. Videregivelse kan dog ske, hvis

- 1) den pågældende person har givet sit udtrykkelige samtykke til videregivelsen,

- 2) videregivelsen sker til varetagelse af private eller offentlige interesser, der klart overstiger hensynet til de interesser, der begrunder hemmeligholdelse, herunder hensynet til den, oplysningen angår,
- 3) videregivelsen er nødvendig for udførelsen af en myndigheds virksomhed eller påkrævet for en afgørelse, som myndigheden skal træffe,
- 4) videregivelsen er nødvendig for udførelsen af en persons eller virksomheds opgaver for det offentlige eller
- 5) videregivelsen omfatter personoplysninger, der er omfattet af kapitel 4.

§ 13. Behandling af personoplysninger skal tilrettelægges således, at der foretages fornøden ajourføring af oplysningerne. Der skal endvidere foretages den fornødne kontrol for at sikre, at der ikke behandles urigtige eller vildledende personoplysninger. Personoplysninger, der viser sig urigtige eller vildledende, skal snarest muligt slettes eller berigtiges.

§ 14. Indsamlede personoplysninger må ikke opbevares på en måde, der giver mulighed for at identificere den pågældende person i et længere tidsrum end det, der er nødvendigt af hensyn til de formål, hvortil oplysningerne behandles.

Kapitel 7

Analyse, videregivelse og sletning af data

§ 15. Center for Cybersikkerhed kan foretage automatiserede analyser af trafikdata, pakke-data og stationære data, der er omfattet af kapitel 4. Manuelle analyser af data, der er omfattet af kapitel 4, må alene finde sted i følgende tilfælde:

- 1) For at opdage, analysere og bidrage til at imødegå sikkerhedshændelser kan trafikdata analyseres i det omfang, det er nødvendigt.
- 2) Ved begrundet mistanke om en sikkerhedshændelse kan pakke-data og stationære data analyseres i det omfang, det er nødvendigt for at afklare forhold vedrørende hændelsen.
- 3) Som led i forebyggende sikkerhedstekniske undersøgelser efter § 6 a kan trafikdata, pakke-data og stationære data analyseres i det omfang, det er nødvendigt for at gennemføre undersøgelserne.
- 4) Som led i det løbende arbejde med at understøtte et højt informationssikkerhedsniveau på Forsvarsministeriets område, herunder ved kontrol af, om kommunikation indeholder klassificeret materiale, kan trafikdata og pakke-data, der hidrører fra myndigheder på Forsvarsministeriets område, analyseres.
- 5) Som led i tekniske test og konfiguration af netsikkerhedstjenestens alarmerheder kan trafikdata og pakke-data analyseres i det omfang, det er nødvendigt for at gennemføre testen. Testen skal afsluttes, så snart formålet med testen er opfyldt. Analysen må alene foretages af medarbejdere, der varetager tekniske drifts- og udviklingsopgaver for Center for Cybersikkerhed. Øvrige medarbejdere må ikke tilgå oplysninger, der hidrører fra test. Malware, der ved en tilfældighed opdages

som led i en teknisk test, må dog analyseres af øvrige medarbejdere i Center for Cybersikkerhed efter nr. 2.

§ 16. Center for Cybersikkerhed kan videregive trafikdata, der er omfattet af kapitel 4, til:

- 1) Politiet, såfremt der er begrundet mistanke om en sikkerhedshændelse.
- 2) Den tilsluttede myndighed eller virksomhed, hvorfra de pågældende data hidrører, såfremt der er begrundet mistanke om en sikkerhedshændelse, og hvis det er nødvendigt for udførelsen af Center for Cybersikkerheds opgaver.
- 3) Danske myndigheder, udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet og -tjenester og andre netsikkerhedstjenester samt myndigheder og virksomheder i øvrigt i forbindelse med Center for Cybersikkerheds udsendelse af sikkerhedsvarslinger, såfremt der er begrundet mistanke om en sikkerhedshændelse, og såfremt det er nødvendigt for udførelsen af Center for Cybersikkerheds opgaver.

Stk. 2. Center for Cybersikkerhed kan videregive pakke-data, der er omfattet af kapitel 4, til:

- 1) Politiet, såfremt der er begrundet mistanke om en sikkerhedshændelse.
- 2) Den tilsluttede myndighed eller virksomhed, hvorfra de pågældende data hidrører, såfremt der er begrundet mistanke om en sikkerhedshændelse.

Stk. 3. Center for Cybersikkerhed kan videregive stationære data, der er omfattet af kapitel 4, til:

- 1) Politiet, såfremt der er begrundet mistanke om en sikkerhedshændelse.
- 2) Den myndighed, virksomhed eller borger, hvorfra de pågældende data hidrører, såfremt der er begrundet mistanke om en sikkerhedshændelse.
- 3) Andre netsikkerhedstjenester, såfremt Center for Cybersikkerhed har modtaget de pågældende data i medfør af § 6 b eller § 6 c.

Stk. 4. Center for Cybersikkerhed kan videregive malware, der er omfattet af kapitel 4, til:

- 1) Politiet.
- 2) Den myndighed eller virksomhed, hvorfra de pågældende data hidrører.
- 3) Danske myndigheder, udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet og -tjenester og andre netsikkerhedstjenester samt myndigheder og virksomheder i øvrigt i forbindelse med Center for Cybersikkerheds udsendelse af sikkerhedsvarslinger.

Stk. 5. Stk. 1-4 finder ikke anvendelse på data, der stammer fra tekniske test og konfiguration af netsikkerhedstjenestens alarmerheder. Center for Cybersikkerhed kan alene videregive sådanne data i følgende tilfælde:

- 1) Malware, der er opdaget ved en tilfældighed, kan videregives til politiet, til den myndighed eller virksomhed, hvorfra de pågældende data hidrører, til danske myndigheder, til udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet og -tjenester og til andre netsikkerhedstjenester samt til myndigheder og virksomheder i øvrigt

i forbindelse med Center for Cybersikkerheds udsendelse af sikkerhedsvarslinger.

- 2) Trafikdata kan videregives til den tilsluttede myndighed eller virksomhed, hvorfra de pågældende data hidrører.

Stk. 6. Uanset stk. 1-4 må Center for Cybersikkerhed i forbindelse med forebyggende sikkerhedstekniske undersøgelser efter § 6 a alene videregive oplysninger vedrørende myndighedens eller virksomhedens medarbejdere, hvis det sker i anonymiseret form.

§ 17. Data, der er omfattet af kapitel 4, slettes, når formålet med behandlingen er opfyldt.

Stk. 2. Uanset at formålet med behandlingen ikke er opfyldt, jf. stk. 1, må

- 1) data, der knytter sig til en sikkerhedshændelse, højst opbevares i 5 år,
- 2) data, der ikke knytter sig til en sikkerhedshændelse, men som stammer fra myndigheder, som i særlig grad beskæftiger sig med udenrigs-, sikkerheds- og forsvarspolitiske forhold, samt virksomheder og organisationer, hvis aktiviteter har særlig betydning for disse forhold, højst opbevares i 3 år og
- 3) øvrige data, der ikke knytter sig til en sikkerhedshændelse, højst opbevares i 13 måneder.

Stk. 3. Fristerne i stk. 2 regnes fra tidspunktet for Center for Cybersikkerheds registrering af de pågældende data.

Stk. 4. Center for Cybersikkerhed kan opbevare backup af data i op til 4 måneder efter udløb af fristerne i stk. 1 og 2. Ved indlæsning af data fra backup skal Center for Cybersikkerhed sikre, at data, der tidligere er slettet efter stk. 1 eller 2, straks slettes igen.

Stk. 5. Er data i medfør af § 16 videregivet til andre end den myndighed eller virksomhed, som data hidrører fra, finder stk. 1 og 2 ikke anvendelse på disse data.

Stk. 6. I data, som Center for Cybersikkerhed får adgang til som led i forebyggende sikkerhedstekniske undersøgelser efter § 6 a, skal personoplysninger, der er indeholdt i disse data, endvidere slettes eller anonymiseres, når den sikkerhedstekniske undersøgelse er afsluttet. Konstaterer Center for Cybersikkerhed, at der i de pågældende data er indeholdt følsomme personoplysninger, skal disse slettes uden unødigt ophold.

Stk. 7. Sletning efter fristerne i stk. 2, nr. 2 og 3, kan i helt særlige tilfælde kortvarigt suspenderes, hvis væsentlige hensyn til varetagelsen af Center for Cybersikkerheds opgaver gør det nødvendigt. Tilsynet med Efterretningstjenesterne skal straks underrettes om suspension efter 1. pkt. og om baggrunden for suspensionen.

§ 17 a. § 17 finder ikke anvendelse på data, der er deponeret på fiktive angrebsmål efter § 6 b eller modtaget via infrastruktur omfattet af § 6 c, såfremt Center for Cybersikkerhed ikke udtager disse data til nærmere vurdering. Disse data slettes hurtigst muligt. Udtager Center for Cybersikkerhed data til nærmere vurdering, skal sletning ske efter reglerne i § 17.

Kapitel 8

Sikkerhedsforanstaltninger

§ 18. Center for Cybersikkerhed træffer passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger mod, at oplysninger hændeligt eller ulovligt tilintetgøres, fortabes eller forringes, og mod, at de kommer til uvedkommendes kendskab, misbruges eller i øvrigt behandles i strid med loven.

Stk. 2. For oplysninger, som er af særlig interesse for fremmede magter, skal Center for Cybersikkerhed træffe foranstaltninger, der muliggør bortskaffelse eller tilintetgørelse i tilfælde af krig eller lignende forhold.

Kapitel 9

Tilsyn med behandling af personoplysninger

§ 19. Tilsynet med Efterretningstjenesterne, jf. § 16 i lov om Politiets Efterretningstjeneste (PET), fører efter reglerne i dette kapitel tilsyn med Center for Cybersikkerheds behandling af personoplysninger.

Stk. 2. Tilsynet udøver sine funktioner i fuld uafhængighed.

§ 20. Tilsynet påser efter klage eller af egen drift, at Center for Cybersikkerhed overholder reglerne i kapitel 4, 4 a, 6 og 7 vedrørende behandling af personoplysninger.

§ 21. Tilsynet kan som led i sin virksomhed efter § 20 afgive udtalelse over for Center for Cybersikkerhed.

Stk. 2. Tilsynet underretter forsvarsministeren om forhold, som ministeren efter tilsynets opfattelse bør have kendskab til.

Stk. 3. Hvis Center for Cybersikkerhed undtagelsesvis beslutter ikke at følge en henstilling i en udtalelse fra tilsynet, jf. stk. 1, skal centeret underrette tilsynet herom og uden unødigt ophold forelægge sagen for forsvarsministeren til afgørelse.

§ 22. Tilsynet kan hos Center for Cybersikkerhed kræve enhver oplysning og alt materiale, der er af betydning for tilsynets virksomhed.

Stk. 2. Tilsynets medlemmer og sekretariat har til enhver tid mod behørig legitimation uden retskendelse adgang til alle lokaler, hvorfra en behandling, som foretages for Center for Cybersikkerhed, administreres, hvorfra der er adgang til de oplysninger, som behandles, eller hvor tekniske hjælpemidler opbevares eller anvendes.

Stk. 3. Tilsynet kan afkræve Center for Cybersikkerhed skriftlige udtalelser om faktiske og retlige forhold.

Stk. 4. Tilsynet kan anmode om, at en repræsentant for Center for Cybersikkerhed er til stede med henblik på at redegøre for de behandlede sager.

§ 23. Tilsynets virksomhed er undtaget fra lov om offentlighed i forvaltningen bortset fra lovens § 13.

Stk. 2. Tilsynets virksomhed er undtaget fra forvaltningslovens kapitel 4-6 og fra databeskyttelsesloven og fra Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2016/679/EU af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling

af sådanne oplysninger og fra lov om retshåndhævende myndigheders behandling af personoplysninger.

§ 24. Tilsynet afgiver en årlig redegørelse om sin virksomhed til forsvarsministeren. Redegørelsen offentliggøres.

Kapitel 9 a

Straffebestemmelser m.v.

§ 24 a. Med bøde straffes, medmindre strengere straf er forskyldt efter den øvrige lovgivning, den, der undlader at efterkomme et pålæg efter § 7 b, stk. 2.

Stk. 2. I regler, der udfærdiges i medfør af § 3, stk. 5, 2. pkt., kan der fastsættes straf i form af bøde for overtrædelse af bestemmelserne i reglerne.

Stk. 3. Der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.

Kapitel 10

Ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser m.v.

§ 25. Loven træder i kraft den 1. juli 2014.

Stk. 2. Lov nr. 596 af 14. juni 2011 om behandling af personoplysninger ved driften af den statslige varslingstjeneste for internettrusler m.v. ophæves.

Stk. 3. Aftaler, der er indgået efter den i stk. 2 nævnte lov, opretholdes, indtil de bortfalder efter deres indhold eller opsiges.

Stk. 4. Loven finder ikke anvendelse på pakke- og trafikdata, der er indsamlet efter den i stk. 2 nævnte lov. For sådanne data finder de hidtil gældende regler anvendelse.

Stk. 5. Loven finder ikke anvendelse på begæringer om aktindsigt, der er indgivet før lovens ikrafttræden. For sådanne begæringer finder de hidtil gældende regler anvendelse.

§ 26. Loven gælder ikke for Færøerne og Grønland, men kan ved kongelig anordning sættes helt eller delvis i kraft for Færøerne og Grønland med de ændringer, som de færøske og grønlandske forhold tilsiger.

—————
Lov nr. 443 af 8. maj 2018 (Konsekvensændringer som følge af databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven)¹⁾ indeholder følgende ikrafttrædelsesbestemmelse:

§ 2

Loven træder i kraft den 25. maj 2018.

—————
Lov nr. 555 af 7. maj 2019 (Initiativer til styrkelse af cybersikkerheden)²⁾ indeholder følgende ikrafttrædelsesbestemmelse:

§ 2

Stk. 1. Loven træder i kraft den 1. juli 2019.

Stk. 2. Loven finder ikke anvendelse på data, der er indsamlet før den 1. juli 2019. For sådanne data finder de hidtil gældende regler anvendelse.

Forsvarsministeriet, den 7. august 2019

TRINE BRAMSEN

/ Jon Bach Holm

1) Lovændringen vedrører § 8, stk. 1 og 2, § 14, stk. 2, og § 23, stk. 2.

2) Lovændringen vedrører kapitel 2, § 2, kapitel 3, § 3, kapitel 4, §§ 4-6 c, kapitel 4 a, §§ 7-8 b, § 14, stk. 2, kapitel 7, §§ 15-17 a, § 20, kapitel 9 a og § 24 a.

Bekendtgørelse 2006-09-28 nr. 988

om udbydere af elektroniske kommunikationsnets og elektroniske kommunikationstjenesters registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik

(logningsbekendtgørelsen)

som ændret ved bkg 2014-06-19 nr. 660

I medfør af § 786, stk. 4 og 7, i lov om rettens pleje, jf. lovbekendtgørelse nr. 1139 af 24. september 2013, fastsættes efter forhandling med erhvervs- og vækstministeren:

Kapitel 1

Formål og anvendelsesområde

§ 1. Udbydere af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere skal foretage registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik, der genereres eller behandles i udbyderens net, således at disse oplysninger vil kunne anvendes som led i efterforskning og retsforfølgning af strafbare forhold.

§ 2. Bekendtgørelsen finder ikke anvendelse for transport af radio- og tv-programmer.

§ 3. Bekendtgørelsen finder ikke anvendelse for andelsforeninger, ejerforeninger, antenneforeninger og lignende foreninger eller sammenslutninger heraf, der inden for foreningen eller sammenslutningen udbyder elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til færre end 100 enheder.

Kapitel 2

Registrerings- og opbevaringspligt

§ 4. En udbyder af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere skal registrere følgende oplysninger om fastnet- og mobiltelefoni samt SMS-, EMS- og MMS-kommunikation:

- 1) opkaldende nummer (A-nummer) samt navn og adresse på abonnenten eller den registrerede bruger,
- 2) opkaldte nummer (B-nummer) samt navn og adresse på abonnenten eller den registrerede bruger,
- 3) ændring af opkaldte nummer (C-nummer) samt navn og adresse på abonnenten eller den registrerede bruger,
- 4) kvittering for modtagelse af meddelelser,
- 5) identiteten på det benyttede kommunikationsudstyr (IMSI- og IMEI-numre),
- 6) den eller de celler en mobiltelefon er forbundet til ved kommunikationens start og afslutning, samt de tilhørende masters præcise geografiske eller fysiske placering på tidspunktet for kommunikationen,
- 7) tidspunktet for kommunikationens start og afslutning og
- 8) tidspunktet for første aktivering af anonyme tjenester (taletidskort).

§ 5. En udbyder af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere skal registrere følgende oplysninger om en brugers adgang til internettet:

- 1) den tildelte brugeridentitet,
- 2) den brugeridentitet og det telefonnummer, som er tildelt kommunikationer, der indgår i et offentligt elektronisk kommunikationsnet,
- 3) navn og adresse på den abonnent eller registrerede bruger, til hvem en internetprotokol-adresse, en brugeridentitet eller et telefonnummer var tildelt på kommunikationstidspunktet og
- 4) tidspunktet for kommunikationens start og afslutning.

Stk. 2. Udbydere af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere, der udbyder trådløs adgang til internettet, skal endvidere registrere oplysninger om det lokale netværks præcise geografiske eller fysiske placering samt identiteten på det benyttede kommunikationsudstyr.

§ 6. Udover de i § 5 nævnte oplysninger skal en udbyder af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere registrere følgende oplysninger om egne e-mail-tjenester:

- 1) afsendende e-mail-adresse og
- 2) modtagende e-mail-adresse.

Stk. 2. For så vidt angår oplysninger om kommunikation foretaget ved brug af udbyderens egne internettelefoni-tjenester, skal de i § 5, stk. 1, nævnte oplysninger registreres.

§ 7. Kan de i §§ 4 - 6 nævnte oplysninger registreres af flere udbydere af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere, skal oplysningerne registreres og opbevares af mindst én af udbyderne.

§ 8. Registrering og opbevaring af de i §§ 4 - 6 nævnte oplysninger kan efter aftale med udbyderen af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere på dennes vegne foretages af en anden udbyder eller af en tredjemand.

§ 9. De i medfør af §§ 4 - 6 registrerede oplysninger skal opbevares i 1 år.

Kapitel 3

Straf

§ 10. Overtrædelse af §§ 4 - 6 og 9 straffes med bøde.

Stk. 2. Der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.

Kapitel 4

Ikrafttrædelse

§ 11. Bekendtgørelsen træder i kraft den 15. september 2007.

Udskriftsdato: 23. april 2021

BEK nr 660 af 19/06/2014 (Gældende)

Bekendtgørelse om ændring af bekendtgørelse om udbydere af elektroniske kommunikationsnets og elektroniske kommunikationstjenesters registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik (logningsbekendtgørelsen)

Ministerium: Justitsministeriet

Journalnummer: Justitsmin., j. nr. 2014-5002-0023



Lovtidende A

2014

Udgivet den 21. juni 2014

19. juni 2014.

Nr. 660.

Bekendtgørelse om ændring af bekendtgørelse om udbydere af elektroniske kommunikationsnets og elektroniske kommunikationstjenesters registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik (logningsbekendtgørelsen)

§ 1

I bekendtgørelse nr. 988 af 28. september 2006 om udbydere af elektroniske kommunikationsnets og elektroniske kommunikationstjenesters registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik (logningsbekendtgørelsen) foretages følgende ændringer:

1. *Fodnoten* til bekendtgørelsens titel ophæves.
2. *Indledningen* affattes således:
»I medfør af § 786, stk. 4 og 7, i lov om rettens pleje, jf. lovbekendtgørelse nr. 1139 af 24. september 2013, fastsættes efter forhandling med erhvervs- og vækstministeren:«
3. § 5, *stk. 1, 4 og 5*, ophæves.
Stk. 2 og 3 bliver herefter stk. 1 og 2.
4. I § 5, *stk. 2*, der bliver stk. 1, udgår »endvidere«.
5. I § 6, *stk. 2*, ændres »§ 5, stk. 1-2,« til: »§ 5, stk. 1,«.

§ 2

Bekendtgørelsen træder i kraft den 22. juni 2014.

§ 3

Stk. 1. Oplysninger, der indtil den 22. juni 2014 har skullet registreres i medfør af de hidtil gældende bestemmelser i logningsbekendtgørelsens § 5, stk. 1, 4 og 5, kan fortsat registreres indtil den 22. september 2014.

Stk. 2. Oplysninger, der inden den 22. juni 2014 er registreret i medfør af de hidtil gældende bestemmelser i logningsbekendtgørelsens § 5, stk. 1, 4 og 5, kan uanset regler om sletning og anonymisering i lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester eller forskrifter udstedt i medfør heraf opbevares indtil den 22. september 2014, dog højst i 1 år.

Stk. 3. Oplysninger, der registreres i medfør af stk. 1, kan uanset regler om sletning og anonymisering i lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester eller forskrifter udstedt i medfør heraf opbevares i indtil 3 måneder.

Justitsministeriet, den 19. juni 2014

KAREN HÆKKERUP

/ Anette Arnsted



Lovtidende A

2020

Udgivet den 11. december 2020

4. december 2020.

Nr. 1882.

Bekendtgørelse om persondatasikkerhed i forbindelse med udbud af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og nummerafhængige interpersonelle kommunikationstjenester¹⁾

I medfør af § 8, stk. 1 og 4, § 80 og § 81, stk. 2, i lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, jf. lovbe- kendtgørelse nr. 128 af 7. februar 2014, som ændret ved lov nr. 1567 af 15. december 2015, lov nr. 1531 af 18. december 2018, lov nr. 1830 af 8. december 2020 og lov nr. 1833 af 8. december 2020, fastsættes:

Anvendelsesområde

§ 1. Bekendtgørelsen finder anvendelse på følgende:

- 1) Styring af risici for persondatasikkerhed og underret- ning om brud på persondatasikkerhed i forbindelse med udbud af offentlige elektroniske kommunikationstjene- ster og nummerafhængige interpersonelle kommuni- kationstjenester,
- 2) A-nummervisning,
- 3) Opbevaring og behandling af trafik- og lokaliseringsda- ta i forbindelse med elektronisk kommunikation.

Stk. 2. Udbud af elektroniske kommunikationstjenester, der alene udbydes ved hjælp af forudbetalte kort, eller elektroniske kommunikationstjenester, der kan sidestilles hermed, er ikke omfattet af §§ 7-8.

Stk. 3. Bestemmelserne i §§ 7-8 kan efter forudgående af- tale mellem slutbruger og en erhvervsmæssig udbyder af of- fentlige elektroniske kommunikationsnet og -tjenester samt nummerafhængig interpersonelle kommunikationstjenester fraviges i aftaler, hvor der er tale om kundeforhold, der ikke er omfattet af aftalelovens § 38 a om forbrugeraftaler.

Definitioner

§ 2. I denne bekendtgørelse forstås ved:

- 1) *Brud på persondatasikkerheden:* Sikkerhedsbrud, der fører til hændelig eller ulovlig tilintetgørelse, tab, æn- dring, ubeføjet videregivelse af eller adgang til person- data, der sendes, lagres eller på anden måde behandles i forbindelse med udbuddet af en offentlig elektronisk

kommunikationstjeneste samt en nummerafhængig in- terpersonel kommunikationstjeneste.

- 2) *Forudbetalte elektroniske kommunikationstjenester:* Udbud af tjenester, hvor slutbrugeren via køb af et kort eller elektroniske kommunikationstjenester, der kan si- destilles hermed, forudbetaler den samlede tjeneste, in- klusive løbende forbrug.
- 3) *A-nummer:* Den kaldende abonnents nummer.
- 4) *A-nummeroverførsel:* Overførsel af A-nummer til den kaldte abonnent med henblik på visning hos denne.
- 5) *Tilsluttet nummer:* Den kaldte brugers nummer, uanset om dette er forskelligt fra det nummer, den kaldende bruger har kaldt.
- 6) *Trafikdata:* Data, som behandles med henblik på over- førsel af kommunikation i et elektronisk kommuni- kationsnet eller debitering heraf.
- 7) *Lokaliseringsdata:* Data, som behandles i et elektronisk kommunikationsnet, og som angiver den geografiske placering af det terminaludstyr, som brugeren af en offentlig elektronisk kommunikationstjeneste anvender.
- 8) *Tillægstjeneste:* Enhver form for tjeneste, der kræver behandling af trafik eller lokaliseringsdata, som ikke er trafikdata, ud over hvad der er nødvendigt for overfø- relse af kommunikation eller debitering heraf.
- 9) *Bruger:* En fysisk person, som anvender en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste i privat eller forretningsmæssig øjemed uden nødvendigvis at abonnere på den pågældende tjeneste.

Risikostyring

§ 3. Udbydere af offentlige elektroniske kommunikations- tjenester og nummerafhængige interpersonelle kommuni- kationstjenester skal løbende træffe passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger med henblik på at styre ri- sici for persondatasikkerheden i forbindelse med udbud af elektroniske kommunikationstjenester og nummerafhængi-

¹⁾ Bekendtgørelsen indeholder regler, der gennemfører dele af 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), EF-Tidende 2002, nr. L 201, side 37, og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2018/1972/EU af 11. december 2018 om oprettelse af en europæisk kodeks for elektronisk kommunikation (omarbejdning), EU-Tidende 2018, nr. L 321, side 36.

ge interpersonelle kommunikationstjenester. Udbydere skal gennem disse foranstaltninger sikre et sikkerhedsniveau, der, under hensyn til teknologiens aktuelle stade og omkostningerne i forbindelse med gennemførelsen af foranstaltningerne, står i forhold til risici.

Stk. 2. De foranstaltninger, der er nævnt i stk. 1, skal som minimum

- 1) sikre, at kun autoriserede personer får adgang til persondata til lovlige formål,
- 2) beskytte lagrede eller sendte persondata mod hændelig eller ulovlig tilintetgørelse, hændeligt tab eller ændring og ubeføjet eller ulovlig lagring, behandling, adgang eller videregivelse, og
- 3) gennemføre en sikkerhedspolitik for persondatasikkerheden i forbindelse med udbud af elektroniske kommunikationstjenester og nummerafhængige interpersonelle kommunikationstjenester.

Særlig risiko for brud på persondatasikkerheden

§ 4. Udbydere af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og nummerafhængige interpersonelle kommunikationstjenester skal informere deres slutbrugere, hvis der er særlig risiko for brud på persondatasikkerheden. Hvis risikoen ligger uden for de foranstaltninger, der skal træffes af udbyderen efter denne bekendtgørelse, skal udbyderen tillige informere slutbrugerne om, hvordan hændelsen i givet fald kan forebygges. Udbyderen skal herunder angive de omkostninger, der sandsynligvis vil være forbundet hermed.

Underretning om brud

§ 5. Underretning om brud på persondatasikkerheden efter artikel 2 i Kommissionens forordning (EU) nr. 611/2013 af 24. juni 2013 om de foranstaltninger, der skal anvendes ved underretningen om brud på persondatasikkerheden, skal ske til Erhvervsstyrelsen.

Stk. 2. Uden at det berører en udbyder af offentlige elektroniske kommunikationstjenesters eller nummerafhængige interpersonelle kommunikationstjenesters pligt til underretning efter den i stk. 1 nævnte forordning, kan Erhvervsstyrelsen, i tilfælde hvor underretning ikke allerede er sket og efter at have vurderet bruddets sandsynlige negative virkninger, kræve, at udbyderen underretter slutbrugeren eller evt. berørte fysiske personer om sikkerhedsbruddet.

Optegnelser over brud på persondatasikkerheden

§ 6. Udbydere af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og nummerafhængige interpersonelle kommunikationstjenester skal føre optegnelser over brud på persondatasikkerheden. Optegnelserne skal indeholde oplysninger om omstændighederne vedrørende bruddene, deres virkninger og de afhjælpende foranstaltninger, der er truffet. Optegnelserne skal være tilstrækkeligt detaljerede til, at Erhvervsstyrelsen kan føre kontrol med overholdelsen af Kommissionens forordning (EU) nr. 611/2013 af 24. juni 2013, jf. § 13. Optegnelserne skal kun indeholde de oplysninger, der er nødvendige til dette formål.

Hemmeligholdelse og oplysningspligt

§ 7. Udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester, som udbyder A-nummervisning, jf. § 2, stk. 1, nr. 3, skal give mulighed for, at den kaldende abonnent gratis kan forhindre A-nummeroverførsel, jf. § 2, stk. 1, nr. 4. Denne mulighed skal den kaldende abonnent have for hvert enkelt opkald og for hver enkelt forbindelse.

Stk. 2. Udbydere, som nævnt i stk. 1, skal give mulighed for, at den kaldte abonnent gratis kan

- 1) forhindre visning af A-nummeret ved ankommande opkald, og
- 2) afvise ankommande opkald, når den kaldende bruger eller abonnent har blokeret visning af A-nummeret. Dette forudsætter, at A-nummeret kan vises, inden opkaldet besvares.

Stk. 3. Stk. 1 finder også anvendelse på opkald til udlandet samt Færøerne og Grønland. Stk. 2 finder også anvendelse på ankommande opkald fra udlandet samt Færøerne og Grønland.

§ 8. Udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester, som udbyder tjenester, der muliggør visning af tilsluttet nummer, skal give den kaldte abonnent mulighed for gratis at blokere for, at den kaldende bruger kan identificere det tilsluttede nummer, jf. § 2, stk. 1, nr. 5.

Stk. 2. Stk. 1 finder også anvendelse på ankommande opkald fra udlandet samt Færøerne og Grønland.

§ 9. Udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester skal ved udbud af faciliteter som nævnt i §§ 7 og 8 sikre, at en blokering af visning af A-nummer eller tilsluttet nummer suspenderes

- 1) ved indgreb i meddelelshemmeligheden, jf. retsplejelovens kap. 71 og
- 2) ved opkald til den offentlige alarmtjeneste (112).

Stk. 2. Udbydere, som nævnt i stk. 1, skal sikre, at der i de i stk. 1, nr. 2, nævnte tilfælde ses bort fra, at en abonnent eller bruger ikke har givet samtykke til, at lokaliseringsdata behandles, jf. § 11.

Behandling af trafik- og lokaliseringsdata

§ 10. Udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester samt udbydere af nummerafhængige interpersonelle kommunikationstjenester skal sikre, at trafikdata, jf. § 2, stk. 1, nr. 6, vedrørende abonnenter eller brugere slettes eller anonymiseres, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, jf. dog stk. 2-5 og retsplejelovens § 786, stk. 4, eller regler udstedt i medfør heraf.

Stk. 2. Uanset stk. 1 må en udbyder, som nævnt i stk. 1, behandle og opbevare trafikdata med henblik på debitering af abonnenter og afregning for samtrafik. En sådan behandling og opbevaring af data er tilladt indtil udløbet af den lovhjemlede forældelsesfrist for de omhandlede gældsforpligtelser og afregninger.

Stk. 3. Uanset stk. 1 må en udbyder, som nævnt i stk. 1, behandle trafikdata, jf. § 2, stk. 1, nr. 6, vedrørende abonnenter eller brugere med henblik på markedsføring af elek-

troniske kommunikationstjenester samt nummerafhængig interpersonelle kommunikationstjenester eller levering af tillægstjenester, jf. § 2, stk. 1, nr. 8, forudsat at abonnenten eller brugeren forud for behandlingen har givet sit samtykke hertil. Behandlingen er kun tilladt i det omfang og tidsrum, som tjenesten eller markedsføringen kræver. Abonnenten eller brugeren skal på et hvilket som helst tidspunkt have mulighed for at trække sit samtykke tilbage.

Stk. 4. Udbydere, som nævnt i stk. 1, skal underrette abonnenten eller brugeren om, hvilke typer af trafikdata der behandles med henblik på de i stk. 2 og 3 omhandlede formål og om behandlingens varighed. Ved behandling med henblik på de i stk. 3 omhandlede formål skal underretning ske, inden samtykke indhentes.

Stk. 5. Udbydere, som nævnt i stk. 1, skal sikre, at behandling af trafikdata som nævnt i stk. 1-4 kun foretages af personer, som er ansat hos eller handler efter bemyndigelse fra udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester eller udbydere af nummerafhængige interpersonelle kommunikationstjenester, og som er beskæftiget med debitering eller trafikstyring, behandling af klager eller andre henvendelser fra abonnenter, opsporing af svig eller med markedsføring af udbyderens egne tjenester eller levering af tillægstjenester. I forbindelse med behandlingen af sådanne konkrete sager skal behandlingen af trafikdata begrænses til alene at vedrøre det, der er nødvendigt for behandlingen af sagen.

Stk. 6. § 10, stk. 1-5 indskrænker ikke Erhvervsstyrelsens, Teleklagenævnets eller Teleankenævnets mulighed for at indhente oplysninger om trafikdata i forbindelse med behandlingen af konkrete sager.

§ 11. Udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester eller udbydere af nummerafhængige interpersonelle kommunikationstjenester må kun behandle lokaliseringsdata, jf. § 2, stk. 1, nr. 7, bortset fra trafikdata, i følgende tilfælde, jf. dog retsplejelovens § 791 a, stk. 5 og 6

- 1) når data er anonymiseret, eller
- 2) når abonnenten eller brugeren har givet samtykke til behandlingen, og da kun i det omfang og i det tidsrum, som er nødvendigt for levering af en tillægstjeneste, jf. § 2, stk. 1, nr. 8.

Stk. 2. Udbydere, der foretager behandling af lokaliseringsdata som nævnt i stk. 1, nr. 2, skal, inden abonnentens eller brugerens samtykke indhentes, underrette abonnenten eller brugeren om, hvilken type lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, der behandles. Udbydere skal tillige oplyse, hvorfor og hvor længe data behandles, og om data videregives til tredjemand med henblik på levering af en tillægstjeneste.

Stk. 3. Hvis abonnenten eller brugeren efter stk. 1, nr. 2, har givet sit samtykke til behandling af lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, skal abonnenten eller brugeren fortsat have mulighed for gratis og på en enkel måde midlertidigt at forhindre behandling af sådanne data ved hvert enkelt opkald til nettet eller ved hver enkelt fremføring af kommunikation. Abonnenten eller brugeren skal på et hvilket som helst tidspunkt have mulighed for at trække sit samtykke tilbage.

Stk. 4. Udbydere, som nævnt i stk. 1, skal sikre, at behandling af lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, i henhold til stk. 1-3 kun foretages af personer, som er ansat hos eller handler efter bemyndigelse fra udbyderen af nettet eller tjenesten eller fra den tredjemand, som leverer tillægstjenesten. Behandling som nævnt i stk. 1, nr. 2, skal begrænses til det, der er nødvendigt for levering af tillægstjenesten.

Tilsyn med foranstaltninger til styring af risici for persondatasikkerheden, hemmeligholdelse og oplysningspligt samt behandling af trafik- og lokaliseringsdata.

§ 12. Erhvervsstyrelsen fører tilsyn med de foranstaltninger, som udbydere af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og nummerafhængige interpersonelle kommunikationstjenester skal træffe efter § 3. Erhvervsstyrelsen fører ligeledes tilsyn med udbydere af offentlige elektroniske kommunikationstjenesters og nummerafhængige interpersonelle kommunikationstjenesters efterlevelse af §§ 7-11.

Stk. 2. Erhvervsstyrelsen kan i forbindelse med tilsyn efter stk. 1 påbyde udbydere af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og nummerafhængige interpersonelle kommunikationstjenester at gennemføre de tiltag, som Erhvervsstyrelsen vurderer, er nødvendige for at sikre, at kravene i § 3 og §§ 7-11 er overholdt.

Stk. 3. Ved manglende efterlevelse af stk. 2, kan Erhvervsstyrelsen træffe beslutning om at give tvangsbøder efter telelovens § 79.

Tilsyn med Kommissionens forordning om foranstaltninger til underretning om brud på persondatasikkerheden

§ 13. Erhvervsstyrelsen fører tilsyn med og træffer afgørelser om udbydere af offentlige elektroniske kommunikationstjenesters samt nummerafhængige interpersonelle kommunikationstjenesters overholdelse af bestemmelser i Kommissionens forordning (EU) nr. 611/2013 af 24. juni 2013 om de foranstaltninger, der skal anvendes ved underretningen om brud på persondatasikkerheden.

Stk. 2. I forbindelse med afgørelser efter stk. 1 kan Erhvervsstyrelsen meddele påbud om overholdelse af bestemmelser i den i stk. 1 nævnte forordning.

Stk. 3. Erhvervsstyrelsen kan pålægge udbydere af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og nummerafhængige interpersonelle kommunikationstjenester, som et påbud retter sig imod, tvangsbøder med henblik på at gennemtvinge, at påbuddet efterkommes, hvis parten ikke efterkommer påbuddet.

Klageadgang og straf

§ 14. Klager over Erhvervsstyrelsens afgørelser i henhold til § 12, stk. 1 og § 13, stk. 1, kan indbringes for Teleklagenævnet i overensstemmelse med § 76, stk. 1, i lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester og bekendtgørelse om Teleklagenævnets virksomhed.

§ 15. Med bøde straffes den, der overtræder §§ 3, 4 og 6 samt §§ 7-11 eller undlader at efterkomme påbud givet efter § 5, stk. 2, § 12, stk. 2 og § 13, stk. 2.

Stk. 2. Der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.

Ikrafttræden

§ 16. Bekendtgørelsen træder i kraft den 21. december 2020.

Stk. 2. Bekendtgørelse nr. 462 af 23. maj 2016 om persondatasikkerhed i forbindelse med udbud af offentlige elektroniske kommunikationstjenester ophæves.

Erhvervsministeriet, den 4. december 2020

SIMON KOLLERUP

/ Katrine Winding

Bekendtgørelse 2006-11-20 nr. 1144

om telenet- og teletjenesteudbyderes praktiske bistand til politiet i forbindelse med indgreb i meddelelshemmeligheden

(sikkerhedsgodkendelse af personale i telebranchen)

I medfør af § 786, stk. 5 og 7, i lov om rettens pleje, jf. lovbekendtgørelse nr. 1001 af 5. oktober 2006, fastsættes:

Kapitel 1

Formål og anvendelsesområde

§ 1. Udbydere af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere skal sikre, at medarbejdere eller repræsentanter for udbyderen, der forestår kontakten til politiet i forbindelse med indgreb i meddelelshemmeligheden, jf. lov om rettens pleje kapitel 71, sikkerhedsgodkendes af Rigspolitiet til at håndtere klassificerede oplysninger.

Stk. 2. De sikkerhedsgodkendte medarbejdere eller repræsentanter for udbyderen skal overholde Rigspolitiets angivelser vedrørende sikkerhedsforskrifter om behandling, opbevaring eller destruktion af klassificerede oplysninger.

§ 2. Bekendtgørelsen finder ikke anvendelse for andelsforeninger, ejerforeninger, antenneforeninger og lignende foreninger eller sammenslutninger heraf, der inden for foreningen eller sammenslutningen udbyder elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til færre end 100 enheder.

Kapitel 2

Straf

§ 3. Overtrædelse af § 1 straffes med bøde.

Stk. 2. Der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.

Kapitel 3

Ikrafttrædelse

§ 4. Bekendtgørelsen træder i kraft den 1. marts 2007.

Den Europæiske Union (TEU)

Art. 6

Stk. 1. Unionen anerkender de rettigheder, friheder og principper, der findes i chartret om grundlæggende rettigheder af 7. december 2000 som tilpasset den 12. december 2007 i Strasbourg, der har samme juridiske værdi som traktaterne.

Chartrets bestemmelser udvider ikke på nogen måde Unionens beføjelser som fastsat i traktaterne.

Rettighederne, frihederne og principperne i chartret skal fortolkes i overensstemmelse med de almindelige bestemmelser i chartrets afsnit VII vedrørende fortolkning og anvendelse af chartret og under behørigt hensyn til de forklaringer, der henvises til i chartret, og som anfører kilderne til disse bestemmelser.

Stk. 2. Unionen tiltræder den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder. Tiltrædelse af denne konvention ændrer ikke Unionens beføjelser som fastsat i traktaterne.

Stk. 3. De grundlæggende rettigheder, som de er garanteret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, udgør generelle principper i EU-retten.

DEN EUROPÆISKE UNIONS CHARTER OM
GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER

(2012/C 326/02)

PRÆAMBEL	395
AFSNIT I VÆRDIGHED	396
AFSNIT II FRIHEDER	397
AFSNIT III LIGESTILLING	399
AFSNIT IV SOLIDARITET	401
AFSNIT V BØRGERRETTIGHEDER	403
AFSNIT VI RETFÆRDIGHED I RETSSYSTEMET	405
AFSNIT VII ALMINDELIGE BESTEMMELSER VEDRØRENDE FORTOLKNING OG ANVENDELSE AF CHARTRET	406

DEN EUROPÆISKE UNIONS CHARTER OM
GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER

Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen proklamerer højtideligt følgende tekst som Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder:

DEN EUROPÆISKE UNIONS CHARTER OM GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER

Præambel

De europæiske folk har med skabelsen af en stadig tættere sammenslutning besluttet at dele en fredelig fremtid, der bygger på fælles værdier.

Unionen, der er sig sin åndelige og etiske arv bevidst, bygger på de udelelige og universelle værdier: menneskets værdighed, frihed, lighed og solidaritet; den bygger på demokrati- og retsstatsprincippet. Den sætter mennesket i centrum for sit virke med indførelsen af unionsborgerskabet og skabelsen af et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed.

Unionen bidrager til bevarelsen og udviklingen af disse fælles værdier under hensyn til de europæiske folks forskelligartede kulturer og traditioner samt til medlemsstaternes nationale identitet og organisering af deres offentlige myndigheder på nationalt, regionalt og lokalt plan; den søger at fremme en afbalanceret og bæredygtig udvikling og sikrer fri bevægelighed for personer, tjenesteydelser, varer og kapital samt etableringsfrihed.

Med henblik herpå er det nødvendigt at styrke beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder på baggrund af samfundsudviklingen, de sociale fremskridt og den videnskabelige og teknologiske udvikling ved at gøre disse rettigheder mere synlige i et charter.

Dette charter bekræfter under hensyn til Unionens kompetencer og opgaver samt nærhedsprincippet de rettigheder, der bl.a. følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner og internationale forpligtelser, den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, de socialpagter, som Unionen og Europarådet har vedtaget, samt Den Europæiske Unions Domstols og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis. Chartret vil i den forbindelse blive fortolket af Unionens og medlemsstaternes domstole under behørig hensyntagen til de forklaringer, der blev udarbejdet under præsidiets for den forsamling, der udarbejdede chartret, og ajourført under Det Europæiske Konvents præsidium's ansvar.

Disse rettigheder medfører ansvar og pligter såvel over for andre mennesker som over for det menneskelige fællesskab og de kommende generationer.

Unionen anerkender således nedennævnte rettigheder, friheder og principper.

AFSNIT I**VÆRDIGHED***Artikel 1***Den menneskelige værdighed**

Den menneskelige værdighed er ukrænkelig. Den skal respekteres og beskyttes.

*Artikel 2***Ret til livet**

1. Ethvert menneske har ret til livet.
2. Ingen må idømmes dødsstraf eller henrettes.

*Artikel 3***Ret til respekt for menneskets integritet**

1. Enhver har ret til respekt for sin fysiske og mentale integritet.
2. I forbindelse med lægevidenskab og biologi skal især følgende respekteres:
 - a) frit og informeret samtykke fra den berørte person i overensstemmelse med lovens bestemmelser
 - b) forbud mod racehygiejnisk praksis, navnlig praksis, der har til formål at udvælge mennesker
 - c) forbud mod kommercialisering af menneskekroppen og dele heraf som sådan
 - d) forbud mod reproduktiv kloning af mennesker.

*Artikel 4***Forbud mod tortur og umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf**

Ingen må underkastes tortur, ej heller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.

*Artikel 5***Forbud mod slaveri og tvangsarbejde**

1. Ingen må holdes i slaveri eller trældom.
2. Ingen må pålægges at udføre tvangs- eller pligtarbejde.
3. Menneskehandel er forbudt.

AFSNIT II**FRIHEDER***Artikel 6***Ret til frihed og sikkerhed**

Enhver har ret til frihed og personlig sikkerhed.

*Artikel 7***Respekt for privatliv og familieliv**

Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin kommunikation.

*Artikel 8***Beskyttelse af personoplysninger**

1. Enhver har ret til beskyttelse af personoplysninger, der vedrører den pågældende.
2. Disse oplysninger skal behandles rimeligt, til udtrykkeligt angivne formål og på grundlag af de berørte personers samtykke eller på et andet berettiget ved lov fastsat grundlag. Enhver har ret til adgang til indsamlede oplysninger, der vedrører den pågældende, og til berigtigelse heraf.
3. Overholdelsen af disse regler er underlagt en uafhængig myndigheds kontrol.

*Artikel 9***Ret til at indgå ægteskab og ret til at stifte familie**

Retten til at indgå ægteskab og retten til at stifte familie sikres i overensstemmelse med de nationale love om udøvelsen af denne ret.

*Artikel 10***Ret til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed**

1. Enhver har ret til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed. Denne ret omfatter frihed til at skifte religion eller tro samt frihed til enten alene eller sammen med andre, offentligt eller privat at udøve sin religion eller tro gennem gudstjeneste, undervisning, andagt og overholdelse af religiøse skikke.
2. Retten til militærnægtelse af samvittighedsgrunde anerkendes i overensstemmelse med de nationale love om udøvelsen af denne ret.

Artikel 11

Ytrings- og informationsfrihed

1. Enhver har ret til ytringsfrihed. Denne ret omfatter meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser.
2. Mediefrihed og mediernes pluralisme respekteres.

Artikel 12

Forsamlings- og foreningsfrihed

1. Enhver har ret til frit at deltage i fredelige forsamlinger og til foreningsfrihed på alle niveauer, navnlig i forbindelse med politiske og faglige sammenslutninger og medborgersammenslutninger, hvilket indebærer, at enhver har ret til sammen med andre at oprette fagforeninger og at slutte sig hertil for at beskytte sine interesser.
2. Politiske partier på unionsplan bidrager til at udtrykke unionsborgernes politiske vilje.

Artikel 13

Frihed for kunst og videnskab

Der er frihed for kunst og videnskabelig forskning. Den akademiske frihed respekteres.

Artikel 14

Ret til uddannelse

1. Enhver har ret til uddannelse samt til adgang til erhvervsuddannelse og efter- og videreuddannelse.
2. Denne ret omfatter muligheden for gratis at følge den obligatoriske undervisning.
3. Friheden til at oprette uddannelsesinstitutioner under overholdelse af de demokratiske principper samt retten for forældre til at sikre sig, at deres børn undervises i overensstemmelse med deres egen religiøse, filosofiske og pædagogiske overbevisning, respekteres i henhold til de nationale love om udøvelsen af denne ret.

Artikel 15

Erhvervsfrihed og ret til at arbejde

1. Enhver har ret til at arbejde og til at udøve et frit valgt eller accepteret erhverv.
2. Enhver unionsborger har frihed til at søge beskæftigelse, arbejde, etablere sig og levere tjenesteydelser i alle medlemsstaterne.
3. Tredjelandstatsborgere, der har tilladelse til at arbejde på medlemsstaternes område, har ret til samme arbejdsvilkår som unionsborgere.

Artikel 16

Frihed til at oprette og drive egen virksomhed

Friheden til at oprette og drive egen virksomhed anerkendes i overensstemmelse med EU-retten og national lovgivning og praksis.

Artikel 17

Ejendomsret

1. Enhver har ret til at besidde lovligt erhvervet ejendom, at anvende den, at træffe dispositioner hermed og at lade den gå i arv. Ingen må berøves sin ejendom, medmindre det skønnes nødvendigt i samfundets interesse, og det sker i de tilfælde og på de betingelser, der er fastsat ved lov, og mod rimelig og rettidig erstatning for tabet. Anvendelsen af ejendommen kan reguleres ved lov, i det omfang det er nødvendigt af hensyn til almenvellet.

2. Intellectuel ejendomsret er beskyttet.

Artikel 18

Asylret

Asylretten sikres under iagttagelse af reglerne i Genèvekonventionen af 28. juli 1951 og protokollen af 31. januar 1967 om flygtnings retsstilling og i overensstemmelse med traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (i det følgende benævnt »traktaterne«).

Artikel 19

Beskyttelse i tilfælde af udsendelse, udvisning og udlevering

1. Kollektiv udvisning er forbudt.

2. Ingen må udsendes, udvises eller udleveres til en stat, hvor der er en alvorlig risiko for at blive idømt dødsstraf eller udsat for tortur eller anden umenneskelig eller nedværdigende straf eller behandling.

AFSNIT III

LIGESTILLING

Artikel 20

Lighed for loven

Alle mennesker er lige for loven.

Artikel 21

Ikke-forskelsbehandling

1. Enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt.
2. Inden for traktaternes anvendelsesområde og med forbehold af deres særlige bestemmelser er enhver forskelsbehandling på grund af nationalitet forbudt.

Artikel 22

Kulturel, religiøs og sproglig mangfoldighed

Unionen respekterer den kulturelle, religiøse og sproglige mangfoldighed.

Artikel 23

Ligestilling mellem kvinder og mænd

Der skal sikres ligestilling mellem kvinder og mænd på alle områder, herunder i forbindelse med beskæftigelse, arbejde og løn.

Princippet om ligestilling er ikke til hinder for opretholdelse eller vedtagelse af foranstaltninger, der giver det underrepræsenterede køn specifikke fordele.

Artikel 24

Børns rettigheder

1. Børn har ret til den beskyttelse og omsorg, der er nødvendig for deres trivsel. De kan frit udtrykke deres synspunkter. Der tages hensyn hertil i forhold, der vedrører dem, i overensstemmelse med deres alder og modenhed.
2. I alle handlinger vedrørende børn, uanset om de udføres af offentlige myndigheder eller private institutioner, skal barnets tarv komme i første række.
3. Ethvert barn har ret til regelmæssigt at have personlig forbindelse og direkte kontakt med begge sine forældre, medmindre dette er i modstrid med dets interesser.

Artikel 25

Ældres rettigheder

Unionen anerkender og respekterer ældres ret til et værdigt og uafhængigt liv og til at deltage i det sociale og kulturelle liv.

Artikel 26

Integration af mennesker med handicap

Unionen anerkender og respekterer retten for mennesker med handicap til at nyde godt af foranstaltninger, der skal sikre deres autonomi, deres sociale og erhvervsmæssige integration og deres deltagelse i samfundslivet.

AFSNIT IV

SOLIDARITET

Artikel 27

Ret til information og høring af arbejdstagerne i virksomheden

Arbejdstagerne eller deres repræsentanter skal på passende niveauer have sikkerhed for information og høring i god tid i de tilfælde og på de betingelser, der er fastsat i EU-retten og national lovgivning og praksis.

Artikel 28

Forhandlingsret og ret til kollektive skridt

Arbejdstagere og arbejdsgivere eller deres respektive organisationer har i overensstemmelse med EU-retten og national lovgivning og praksis ret til at forhandle og indgå kollektive overenskomster på passende niveauer og i tilfælde af interessekonflikter ret til kollektive skridt, herunder strejke, for at forsvare deres interesser.

Artikel 29

Ret til arbejdsformidling

Enhver har ret til at kunne gøre brug af en gratis arbejdsformidlingstjeneste.

Artikel 30

Beskyttelse i tilfælde af ubegrundet opsigelse

Enhver arbejdstager har ret til beskyttelse mod ubegrundet opsigelse i overensstemmelse med EU-retten og national lovgivning og praksis.

Artikel 31

Retfærdige og rimelige arbejdsforhold

1. Enhver arbejdstager har ret til sunde, sikre og værdige arbejdsforhold.
2. Enhver arbejdstager har ret til en begrænsning af den maksimale arbejdstid, til daglige og ugentlige hvileperioder samt til årlig ferie med løn.

Artikel 32

Forbud mod børnearbejde og beskyttelse af unge på arbejdspladsen

Børnearbejde er forbudt. Minimumsalderen for adgang til at udføre erhvervsarbejde må ikke være lavere end den alder, hvor skolepligten ophører, dog med forbehold af regler, der er gunstigere for de unge, og af begrænsede undtagelser.

Unge, der udfører erhvervsarbejde, skal sikres arbejdsbetingelser, som er tilpasset deres alder, samt beskyttelse mod økonomisk udnyttelse og enhver form for arbejde, der kan skade deres sikkerhed, sundhed og fysiske, mentale, moralske eller sociale udvikling, eller som kan gå ud over deres skolegang.

Artikel 33

Familieliv og arbejdsliv

1. Der drages omsorg for juridisk, økonomisk og social beskyttelse af familien.
2. For at kunne forene familieliv og arbejdsliv har enhver ret til at være beskyttet mod afskedigelse på grund af graviditet og barsel samt ret til betalt barselsorlov og til forældreorlov efter et barns fødsel eller ved adoption af et barn.

Artikel 34

Social sikring og social bistand

1. Unionen anerkender og respekterer retten til adgang til sociale sikringsydelse og sociale tjenester, f.eks. i tilfælde af graviditet og barsel, sygdom, arbejdsulykker, plejebenhov eller alderdom samt i tilfælde af arbejdsløshed, efter de regler, der er fastsat i EU-retten og national lovgivning og praksis.
2. Enhver, der har bopæl og bevæger sig lovligt inden for Unionens område, har ret til sociale sikringsydelser og sociale fordele i overensstemmelse med EU-retten og national lovgivning og praksis.
3. For at bekæmpe social udstødelse og fattigdom anerkender og respekterer Unionen retten til social bistand og boligstøtte, der skal sikre en værdig tilværelse for alle, der ikke har tilstrækkelige midler, efter de bestemmelser, der er fastsat i EU-retten og national lovgivning og praksis.

Artikel 35

Sundhedsbeskyttelse

Enhver har ret til at få adgang til forebyggende sundhedsydelser og til at modtage lægehjælp på de betingelser, der er fastsat ved national lovgivning og praksis. Der skal sikres et højt sundhedsbeskyttelsesniveau ved fastlæggelsen og gennemførelsen af alle Unionens politikker og aktiviteter.

*Artikel 36***Adgang til tjenesteydelser af almen økonomisk interesse**

Unionen anerkender og respekterer adgangen til tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, som fastsat i national lovgivning og praksis, i overensstemmelse med traktaterne med det formål at fremme social og territorial samhørighed i Unionen.

*Artikel 37***Miljøbeskyttelse**

Et højt miljøbeskyttelsesniveau og forbedring af miljøkvaliteten skal integreres i Unionens politikker og sikres i overensstemmelse med princippet om en bæredygtig udvikling.

*Artikel 38***Forbrugerbeskyttelse**

Der sikres et højt forbrugerbeskyttelsesniveau i Unionens politikker.

AFSNIT V

BORGERRETTIGHEDER*Artikel 39***Stemmeret og valgbarhed til Europa-Parlamentet**

1. Enhver unionsborger har valgret og er valgbar ved valg til Europa-Parlamentet i den medlemsstat, hvor den pågældende har bopæl, på samme betingelser som statsborgere i denne stat.
2. Medlemmerne af Europa-Parlamentet vælges ved almindelige direkte, frie og hemmelige valg.

*Artikel 40***Stemmeret og valgbarhed til kommunale valg**

Enhver unionsborger har valgret og er valgbar ved kommunale valg i den medlemsstat, hvor den pågældende har bopæl, på samme betingelser som statsborgere i denne stat.

*Artikel 41***Ret til god forvaltning**

1. Enhver har ret til at få sin sag behandlet uvildigt, retfærdigt og inden for en rimelig frist af Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer.

2. Denne ret omfatter navnlig:
- retten for enhver til at blive hørt, inden der træffes en individuel foranstaltning over for ham eller hende, som måtte berøre vedkommende negativt
 - retten for enhver til aktindsigt i de akter, der vedrører ham eller hende, under iagttagelse af legitime fortrolighedshensyn samt tavshedspligt og sagernes fortrolighed
 - pligt for forvaltningen til at begrunde sine beslutninger.
3. Enhver har ret til erstatning fra Unionen for skader forvoldt af institutionerne eller de ansatte under udøvelsen af deres hverv i overensstemmelse med de almindelige principper, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer.
4. Enhver kan henvende sig til Unionens institutioner på et af traktaternes sprog og skal have svar på samme sprog.

Artikel 42

Ret til aktindsigt

Enhver unionsborger samt enhver fysisk eller juridisk person med bopæl eller hjemsted i en medlemsstat har ret til aktindsigt i dokumenter, uanset medium, fra Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer.

Artikel 43

Den Europæiske Ombudsmand

Enhver unionsborger samt enhver fysisk eller juridisk person med bopæl eller hjemsted i en medlemsstat har ret til at klage til Den Europæiske Ombudsmand over tilfælde af fejl og forsømmelser i forbindelse med handlinger foretaget af Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer med undtagelse af Den Europæiske Unions Domstol under udøvelsen af dens domstolsfunktioner.

Artikel 44

Ret til at indgive andragender

Enhver unionsborger samt enhver fysisk eller juridisk person med bopæl eller hjemsted i en medlemsstat har ret til at indgive andragender til Europa-Parlamentet.

Artikel 45

Fri bevægelighed og opholdsret

- Enhver unionsborger har ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område.
- Fri bevægelighed og opholdsret kan i overensstemmelse med traktaterne indrømmes tredjelandstatsborgere, der har lovligt ophold på en medlemsstats område.

Artikel 46

Diplomatisk og konsulær beskyttelse

Enhver unionsborger nyder i tredjelande, hvor den medlemsstat, hvori den pågældende er statsborger, ikke er repræsenteret, enhver medlemsstats diplomatiske og konsulære myndigheders beskyttelse på samme vilkår som statsborgere i denne medlemsstat.

AFSNIT VI

RETFÆRDIGHED I RETSSYSTEMET

Artikel 47

Adgang til effektive retsmidler og til en upartisk domstol

Enhver, hvis rettigheder og friheder som sikret af EU-retten er blevet krænkede, skal have adgang til effektive retsmidler for en domstol under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i denne artikel.

Enhver har ret til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig frist for en uafhængig og upartisk domstol, der forudgående er oprettet ved lov. Enhver skal have mulighed for at blive rådgivet, forsvaret og repræsenteret.

Der ydes retshjælp til dem, der ikke har tilstrækkelige midler, hvis en sådan hjælp er nødvendig for at sikre effektiv adgang til domstolsprøvelse.

Artikel 48

Uskyldsformodning og ret til et forsvar

1. Enhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses for uskyldig, indtil hans eller hendes skyld er bevist i overensstemmelse med loven.
2. Respekt for retten til et forsvar er sikret enhver, der er anklaget for en lovovertrædelse.

Artikel 49

Legalitetsprincippet og princippet om proportionalitet mellem lovovertrædelse og straf

1. Ingen kan kendes skyldig i et strafbart forhold på grund af en handling eller undladelse, som ikke udgjorde en forbrydelse efter national ret eller international ret på det tidspunkt, da den blev begået. Der kan heller ikke pålægges en strengere straf end den, der var anvendelig på det tidspunkt, da lovovertrædelsen blev begået. Hvis der, efter at en lovovertrædelse er begået, i loven fastsættes en mildere straf, skal denne anvendes.
2. Denne artikel er ikke til hinder for, at en person domfældes og straffes for en handling eller undladelse, som på det tidspunkt, da den blev begået, var en forbrydelse ifølge de almindelige principper, der er anerkendt af alle nationer.
3. Straffens omfang skal stå i rimeligt forhold til overtrædelsen.

Artikel 50

Ret til ikke at blive retsforfulgt eller straffet to gange for samme lovovertrædelse

Ingen skal i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken den pågældende allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen.

AFSNIT VII

ALMINDELIGE BESTEMMELSER VEDRØRENDE FORTOLKNING OG ANVENDELSE AF CHARTRET

Artikel 51

Anvendelsesområde

1. Bestemmelserne i dette charter er rettet til Unionens institutioner, organer, kontorer og agencier under iagttagelse af nærhedsprincippet samt til medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører EU-retten. De respekterer derfor rettighederne, overholder principperne og fremmer anvendelsen heraf i overensstemmelse med deres respektive kompetencer og under overholdelse af grænserne for de kompetencer, der er tildelt Unionen i traktaterne.
2. Dette charter udvider ikke anvendelsesområdet for EU-retten ud over Unionens kompetencer og skaber ingen nye kompetencer eller nye opgaver for Unionen og ændrer ikke de kompetencer og opgaver, der er fastlagt i traktaterne.

Artikel 52

Rækkevidde og fortolkning af rettigheder og principper

1. Enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved dette charter, skal være fastlagt i lovgivningen og skal respektere disse rettigheds og friheders væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.
2. De rettigheder, der anerkendes i dette charter, og for hvilke der er fastlagt bestemmelser i traktaterne, udøves på de betingelser og med de begrænsninger, der er fastlagt deri.
3. I det omfang dette charter indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, har de samme betydning og omfang som i konventionen. Denne bestemmelse er ikke til hinder for, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse.
4. I det omfang dette charter anerkender grundlæggende rettigheder, således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, skal disse rettigheder fortolkes i harmoni med disse traditioner.

5. De bestemmelser i dette charter, der indeholder principper, kan gennemføres ved lovgivningsmæssige retsakter og gennemførelsesretsakter vedtaget af Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer og ved retsakter vedtaget af medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten, under udøvelse af deres respektive kompetencer. De kan kun påberåbes over for en domstol i forbindelse med fortolkning af sådanne retsakter og kontrol af disses lovmedholdelighed.
6. Der tages fuldt hensyn til national lovgivning og praksis som angivet i dette charter.
7. Unionens og medlemsstaternes domstole tager behørigt hensyn til de forklaringer, der er udarbejdet som en vejledning ved fortolkningen af dette charter.

Artikel 53

Beskyttelsesniveau

Ingen bestemmelse i dette charter må fortolkes som en begrænsning af eller et indgreb i de grundlæggende menneskerettigheder og frihedsrettigheder, der anerkendes i EU-retten og folkeretten, i de internationale konventioner, som Unionen eller alle medlemsstaterne er parter i, herunder den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, samt i medlemsstaternes forfatninger på disses respektive anvendelsesområder.

Artikel 54

Forbud mod misbrug af rettigheder

Intet i dette charter må fortolkes, som om det medførte ret til at indlade sig på en aktivitet eller udføre en handling med sigte på at tilintetgøre de rettigheder og friheder, der er anerkendt i dette charter, eller at begrænse disse rettigheder og friheder i videre omfang, end der er hjemmel for i dette charter.

o

o o

Ovenstående tekst svarer, med de nødvendige tilpasninger, til affattelsen af det charter, der blev proklameret den 7. december 2000, og erstatter dette fra datoen for Lissabontraktatens ikrafttræden.

EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2006/24/EF

af 15. marts 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

EUROPA-PARLAMENTET OG RÅDET FOR DEN EUROPÆISKE UNION HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, særlig artikel 95,

under henvisning til forslag fra Kommissionen,

under henvisning til udtalelse fra Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg ⁽¹⁾,

efter proceduren i traktatens artikel 251 ⁽²⁾, og

ud fra følgende betragtninger:

- (1) Efter Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger ⁽³⁾ skal medlemsstaterne sikre beskyttelsen af fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder i forbindelse med behandling af personoplysninger, især retten til privatlivets fred, så der sikres fri udveksling af personoplysninger i Fællesskabet.
- (2) 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 ⁽⁴⁾ omsættes principperne i direktiv 95/46/EF til specifikke regler for telesektoren.
- (3) I artikel 5, 6 og 9 i direktiv 2002/58/EF fastsættes de regler, som udbydere af telenet eller -tjenester skal overholde i forbindelse med behandling af trafikdata og lokaliseringsdata, der genereres ved brug af elektroniske kommunikationstjenester. Alle sådanne data skal slettes eller gøres

anonyme, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, dog ikke de data, der er nødvendige med henblik på debitering af abonnenten og afregning for samtrafik. Hvis der er givet samtykke hertil, kan visse data også behandles med henblik på markedsføring eller levering af tillægstjenester.

- (4) I artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58/EF fastsættes de betingelser, i henhold til hvilke medlemsstaterne kan indskrænke rækkevidden af de rettigheder og forpligtelser, der omhandles i nævnte direktivs artikel 5, artikel 6, artikel 8, stk. 1, 2, 3 og 4, og artikel 9. En sådan indskrænkning skal være nødvendig, passende og forholdsmæssig i et demokratisk samfund af hensyn til den offentlige ro og orden, f.eks. 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.
- (5) Mange medlemsstater har vedtaget lovgivning om tjenestudbyderes lagring af data med henblik på forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af strafbare handlinger. Der er store forskelle mellem disse nationale bestemmelser.
- (6) De retlige og tekniske forskelle mellem nationale bestemmelser om lagring af data med henblik på forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af strafbare handlinger er en hindring for det indre marked for elektronisk kommunikation, idet tjenestudbydere skal opfylde forskellige krav for så vidt angår de typer trafikdata og lokaliseringsdata, der skal lagres, og for så vidt angår betingelserne for lagring og lagringsperioden.
- (7) I sine konklusioner af 19. december 2002 fremhæver Rådet (retlige og indre anliggender), at den betydelige vækst i de muligheder, der ligger i elektronisk kommunikation har medført, at data vedrørende anvendelsen af elektronisk kommunikation udgør et særdeles vigtigt og brugbart redskab i forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af kriminalitet og strafbare handlinger, især organiseret kriminalitet.
- (8) I erklæringen om bekæmpelse af terrorisme, der blev vedtaget af Det Europæiske Råd den 25. marts 2004, blev Rådet pålagt at behandle foranstaltninger vedrørende opstilling af regler for tjenestudbyderes lagring af kommunikationsdata.

⁽¹⁾ Udtalelse afgivet den 19.1.2006 (endnu ikke offentliggjort i EUT).

⁽²⁾ Europa-Parlamentets udtalelse af 14.12.2005 (endnu ikke offentliggjort i EUT) og Rådets afgørelse af 21.2.2006.

⁽³⁾ EFT L 281 af 23.11.1995, s. 31. Ændret ved forordning (EF) nr. 1882/2003 (EUT L 284 af 31.10.2003, s. 1).

⁽⁴⁾ EFT L 201 af 31.7.2002, s. 37.

- (9) Ifølge artikel 8 i konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (den europæiske menneskerettighedskonvention) har enhver ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance. Offentlige myndigheder må kun gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, hvis det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til bl.a. den nationale sikkerhed og den offentlige tryghed for at forebygge uro eller forbrydelse eller for at beskytte andres rettigheder og friheder. Da lagring af data har vist sig at være et sådant nødvendigt og effektivt efterforskningsredskab for retshåndhævelsen i flere medlemsstater, herunder navnlig i alvorlige sager som organiseret kriminalitet og terrorisme, er det nødvendigt at sikre, at de lagrede data er tilgængelige i forbindelse med håndhævelsen af loven i en vis periode på de vilkår, der er fastsat i dette direktiv. Vedtagelsen af et instrument til lagring af data, der er i overensstemmelse med kravene i artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention, er således en nødvendig foranstaltning.
- (10) Den 13. juli 2005 bekræftede Rådet på ny i sin erklæring om fordømmelse af terroristangrebene i London, at det er nødvendigt snarest muligt at vedtage fælles foranstaltninger vedrørende lagring af telekommunikationsdata.
- (11) Det er i undersøgelser blevet påvist, og medlemsstaterne har praktisk erfaring for, at trafikdata og lokaliseringsdata har stor betydning i efterforskning, afsløring og retsforfølgning af strafbare handlinger, og det er derfor nødvendigt på europæisk plan at sikre, at data, som genereres eller behandles af udbydere af elektronisk kommunikation, når de tilbyder offentlige elektroniske kommunikationstjenester eller offentlige kommunikationsnet, lagres i en vis periode på de i dette direktiv fastsatte betingelser.
- (12) Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58/EF vil fortsat finde anvendelse for data, herunder data om forgæves opkalds-forsøg, der ikke udtrykkelig kræves lagret i henhold til nærværende direktiv og dermed falder uden for dets anvendelsesområde, samt for lagring til andre, herunder retlige, formål end dem, der er omfattet af nærværende direktiv.
- (13) Dette direktiv vedrører kun data, der genereres eller behandles som følge af en kommunikation eller en kommunikationstjeneste, og således ikke data, der udgør indholdet af den kommunikerede information. Lagring af data bør ske på en måde, så man undgår at lagre data mere end én gang. Data genereret eller behandlet i forbindelse med levering af de pågældende kommunikationstjenester refererer til tilgængelige data. Specielt kan pligten til at lagre data begrænses til kun at gælde udbydernes egne eller netudbydernes tjenester, når de lagrer data vedrørende internet, e-mail eller telefoni via internettet.
- (14) Elektronisk kommunikationsteknologi er under hastig forandring, og de kompetente myndigheders legitime behov kan ændre sig. Med henblik på rådgivning og på at tilskynde til udveksling af erfaringer med den bedste praksis vil Kommissionen oprette en gruppe, som skal bestå af medlemsstaternes retshåndhævende myndigheder, sammenslutninger af virksomheder fra telesektoren, repræsentanter for Europa-Parlamentet og databeskyttelsesmyndighederne, herunder Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse.
- (15) Direktiv 95/46/EF og direktiv 2002/58/EF finder fuld anvendelse på data, der lagres i overensstemmelse med nærværende direktiv. Artikel 30, stk. 1, litra c), i direktiv 95/46/EF indeholder et krav om høring af den gruppe vedrørende beskyttelse af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger, der er nedsat i henhold til artikel 29 i samme direktiv.
- (16) De forpligtelser, der i medfør af artikel 6 i direktiv 95/46/EF påhviler tjenesteudbydere med hensyn til foranstaltninger til at sikre datakvaliteten samt deres forpligtelser i medfør af artikel 16 og 17 i nævnte direktiv med hensyn til foranstaltninger til at sikre fortrolighed og behandlingssikkerhed, finder fuldt ud anvendelse på data, der lagres i overensstemmelse med nærværende direktiv.
- (17) Det er vigtigt, at medlemsstaterne træffer lovgivningsmæssige foranstaltninger til at sikre, at data, der lagres i henhold til dette direktiv, kun udleveres til de kompetente nationale myndigheder i overensstemmelse med national lovgivning og under fuld overholdelse af de berørte personers grundlæggende rettigheder.
- (18) Det bør i denne forbindelse erindres, at artikel 24 i direktiv 95/46/EF pålægger medlemsstaterne at fastsætte sanktioner for overtrædelse af de bestemmelser, der vedtages til gennemførelse af nævnte direktiv. Artikel 15, stk. 2, i direktiv 2002/58/EF pålægger den samme forpligtelse for så vidt angår nationale bestemmelser, der vedtages i medfør af direktiv 2002/58/EF. Efter Rådets rammeafgørelse 2005/222/RIA af 24. februar 2005 om angreb på informationssystemer ⁽¹⁾ skal det gøres strafbart forsætligt at skaffe sig uretmæssig adgang til et informationssystem og til de data, det indeholder.
- (19) Den ret, som enhver person, der har lidt skade som følge af en ulovlig behandlingsprocedure eller enhver anden handling, der er uforenelig med de nationale bestemmelser, der er vedtaget i medfør af direktiv 95/46/EF, har til erstatning i medfør af artikel 23 i nævnte direktiv, gælder også i tilfælde af ulovlig behandling af personoplysninger i henhold til nærværende direktiv.

⁽¹⁾ EUT L 69 af 16.3.2005, s. 67.

- (20) Europarådets konvention om it-kriminalitet fra 2001 og Europarådets konvention om beskyttelse af individet i forbindelse med automatisk behandling af personlige data fra 1981 dækker også data, der lagres i overensstemmelse med dette direktiv.
- (21) Målene for dette direktiv, nemlig at harmonisere udbyderens pligt til at lagre visse data og sikre, at disse data gøres tilgængelige i forbindelse med efterforskning, afsløring og retsforfølgning af alvorlige forbrydelser som defineret af de enkelte medlemsstater i deres nationale lovgivning, kan ikke i tilstrækkelig grad opfyldes af medlemsstaterne og kan derfor på grund af direktivets omfang og virkninger bedre gennemføres på fællesskabsplan. Fællesskabet kan derfor træffe foranstaltninger i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet, jf. traktatens artikel 5. I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, jf. nævnte artikel, går dette direktiv ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå disse mål.
- (22) I dette direktiv overholdes de grundlæggende rettigheder og de principper, som bl.a. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder anerkender. Dette direktiv tilstræber sammen med direktiv 2002/58/EF navnlig at sikre, at de grundlæggende rettigheder overholdes i fuldt omfang, herunder at privatlivets fred og borgernes ret til kommunikation respekteres, samt at der sørges for beskyttelse af personoplysninger jf. artikel 7 og 8 i charteret.
- (23) Da de forpligtelser, der påhviler udbydere af offentlige elektroniske kommunikationstjenester, bør være forholdsmæssige, fastsætter dette direktiv kun et krav om, at de lagrer data, der genereres eller behandles, når de leverer deres kommunikationstjenester. For så vidt sådanne data ikke genereres eller behandles af disse udbydere, er der ingen forpligtelse til at lagre dem. Dette direktiv har ikke til formål at harmonisere teknologien for lagring af data, og valget af denne teknologi må træffes på nationalt plan.
- (24) I overensstemmelse med punkt 34 i den interinstitutionelle aftale om bedre lovgivning ⁽¹⁾ tilskyndes medlemsstaterne til, i egen og Fællesskabets interesse, at udarbejde og offentliggøre deres egne oversigter, der så vidt muligt viser overensstemmelsen mellem dette direktiv og gennemførelsesforanstaltningerne.
- (25) Dette direktiv finder anvendelse uanset medlemsstaternes beføjelser til at træffe lovgivningsmæssige foranstaltninger vedrørende retten til adgang til og anvendelse af data for de af dem udpegede nationale myndigheder. Spørgsmål om adgangen til de data, som de nationale offentlige myndigheder lagrer i henhold til dette direktiv, til aktiviteter, der er omhandlet i artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46/EF, falder uden for fællesskabslovgivningens rammer. De kan derimod være underlagt nationale love eller

foranstaltninger i medfør af afsnit VI i traktaten om Den Europæiske Union. Sådanne love eller foranstaltninger skal altid fuldt ud respektere de grundlæggende frihedsrettigheder, der følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, og som er sikret i den europæiske menneskerettighedskonvention. Ifølge Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning af artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention skal offentlige myndigheders indgreb i privatlivets fred overholde krav om nødvendighed og proportionalitet og skal derfor tjene nærmere angivne, eksplicitte og lovlige formål og udøves på en måde, der er passende og relevant, og som står i et rimeligt forhold til indgrebets formål —

UDSTEDT FØLGENDE DIREKTIV:

Artikel 1

Formål og anvendelsesområde

1. Formålet med dette direktiv er at harmonisere medlemsstaternes bestemmelser om de pligter, der er pålagt udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet, 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.
2. Dette direktiv finder anvendelse på trafikdata og lokaliseringsdata vedrørende både juridiske og fysiske personer og på lignende data, der er nødvendige for at identificere abonnenten eller den registrerede bruger. Direktivet finder ikke anvendelse på indholdet af elektroniske kommunikationer, herunder oplysninger der er indhentet over et elektronisk kommunikationsnet.

Artikel 2

Definitioner

1. I dette direktiv anvendes definitionerne i direktiv 95/46/EF, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) ⁽²⁾ og i direktiv 2002/58/EF.
2. I dette direktiv forstås ved
 - a) »data«: trafikdata, lokaliseringsdata og lignende data, der er nødvendige for at identificere abonnenten eller brugeren

⁽¹⁾ EUT C 321 af 31.12.2003, s. 1.

⁽²⁾ EFT L 108 af 24.4.2002, s. 33.

- b) »bruger«: enhver juridisk eller fysisk person, der anvender en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste til privat eller forretningsmæssig brug uden nødvendigvis at have abonneret på tjenesten
- c) »telefon-tjeneste«: opkald (herunder taleopkald, voice mail, konferenceopkald eller dataopkald), supplerende tjenester (herunder viderestilling og omstilling) samt besked- og multimedietjenester (herunder SMS-, EMS- og MMS-tjenester)
- d) »brugeridentitet«: en entydig identifikator, der tildeles en person, når vedkommende tegner abonnement eller lader sig registrere som bruger af en internetadgang eller internetkommunikationstjeneste
- e) »celle-ID«: identiteten på den celle, hvorfra et mobiltelefonopkald kommer, eller hvor det afsluttes
- f) »forgæves opkaldsforsøg«: telefonopkald, hvor der opnås forbindelse, men som ikke besvares, eller hvor netværkssystemet har grebet ind.

Artikel 3

Pligt til at lagre data

1. Uanset artikel 5, 6 og 9 i direktiv 2002/58/EF vedtager medlemsstaterne foranstaltninger til at sikre, at de i artikel 5 i nærværende direktiv nævnte data, som genereres eller behandles af udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet inden for deres jurisdiktion, når de leverer de pågældende kommunikationstjenester, lagres i overensstemmelse med bestemmelserne i nærværende direktiv.

2. Den i stk. 1 nævnte forpligtelse til lagring inkluderer den lagring af data, der er angivet i artikel 5, i forbindelse med forgæves opkaldsforsøg, hvor de pågældende data genereres eller behandles og lagres (for så vidt angår telefonidata) eller logges (for så vidt angår internetdata) af udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet inden for den pågældende medlemsstats jurisdiktion, når de leverer de pågældende kommunikationstjenester. Der stilles ikke i dette direktiv krav om lagring af data vedrørende opkald, hvor der ikke opnås forbindelse.

Artikel 4

Adgang til data

Medlemsstaterne træffer foranstaltninger til at sikre, at data, der lagres i overensstemmelse med dette direktiv, kun udleveres til de kompetente nationale myndigheder i særlige sager og i overensstemmelse med national lovgivning. Hver medlemsstat fastsætter

i sin nationale lovgivning den procedure, der skal følges, og de betingelser, der skal være opfyldt for at få adgang til lagrede data i overensstemmelse med kravet om nødvendighed og proportionalitet, under hensyn til de relevante bestemmelser i EU-retten og folkeretten, herunder navnlig den europæiske menneskerettighedskonvention, således som den er fortolket af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Artikel 5

Kategorier af data, der skal lagres

1. Medlemsstaterne sikrer, at følgende kategorier af data lagres i medfør af nærværende direktiv:

a) data, der er nødvendige for at spore og identificere kilden til en kommunikation:

1) for så vidt angår fastnettelefoni og mobiltelefoni:

i) A-nummeret

ii) navn og adresse på abonnenten eller den registrerede bruger

2) for så vidt angår internetadgang og e-mail og telefoni via internettet:

i) tildelt brugeridentitet

ii) den brugeridentitet og det telefonnummer, som er tildelt kommunikationer, der indgår i et offentligt telefonnet

iii) navn og adresse på den abonnent eller registrerede bruger, til hvem en internetprotokol-adresse (IP-adresse), en brugeridentitet eller et telefonnummer var tildelt på kommunikationstidspunktet

b) data, der er nødvendige for at fastslå en kommunikationsbestemmelsessted:

1) for så vidt angår fastnettelefoni og mobiltelefoni:

i) det eller de valgte numre (B-nummeret/-numrene) og, hvis der er tale om supplerende tjenester såsom viderestilling og omstilling, det eller de numre, som opkaldet ledes videre til

ii) navn og adresse på abonnent(en)(erne) eller de(n) registrerede bruger(e)

- 2) for så vidt angår e-mail og telefoni via internettet:
- i) brugeridentitet eller telefonnummer på den modtager, som et internettelefonopkald er rettet til
 - ii) navn og adresse på abonnent(en)(erne) eller de(n) registrerede bruger(e) og brugeridentitet på den modtager, som kommunikation er rettet til
- c) data, der er nødvendige for at fastslå en kommunikations dato, klokkeslæt og varighed:
- 1) for så vidt angår fastnettelefoni og mobiltelefoni: dato og klokkeslæt for kommunikationens begyndelses- og sluttidspunkt
 - 2) for så vidt angår internetadgang og e-mail og telefoni via internettet:
 - i) dato og klokkeslæt for ind- og udlogning af internetadgangstjenester baseret på en bestemt tidszone og den dynamiske eller statiske IP-adresse, som udbyderen af internetadgangstjenesten har tildelt en kommunikation, samt brugeridentitet på abonnenten eller den registrerede bruger
 - ii) dato og klokkeslæt for ind- og udlogning af e-mail-tjeneste og telefonitjenester på internettet baseret på en bestemt tidszone
- d) data, der er nødvendige for at identificere kommunikationens type:
- 1) for så vidt angår fastnettelefoni og mobiltelefoni: den anvendte telefontjeneste
 - 2) for så vidt angår e-mail og telefoni via internettet: den anvendte internettjeneste
- e) data, der er nødvendige for at identificere brugernes kommunikationsudstyr eller det, der fremstår som værende deres udstyr:
- 1) for så vidt angår fastnettelefoni: A-nummeret og B-nummeret
 - 2) for så vidt angår mobiltelefoni:
 - i) A-nummeret og B-nummeret
 - ii) A-abonnentens IMSI-nummer (international mobilabonnents identitet)
 - iii) A-abonnentens IMEI-nummer (internationalt mobiludstyrs identitet)
- iv) B-abonnentens IMSI-nummer
- v) B-abonnentens IMEI-nummer
- vi) ved forudbetalte anonyme tjenester dato og tidspunkt for første aktivering af tjenesten og den lokaliseringsskode (celle-ID), hvorfra aktiveringen blev foretaget
- 3) for så vidt angår internetadgang og e-mail og telefoni via internettet:
- i) A-nummeret med henblik på dial-up-adgang
 - ii) den digitale abonnentlinje (DSL) eller andet endepunkt for kommunikationens ophavsmand
- f) data, der er nødvendige for at foretage en lokalisering af mobilt udstyr:
- 1) lokaliseringsskoden (celle-ID) ved kommunikationens begyndelse
 - 2) data, der med henvisning til deres celle-ID viser cellernes geografiske lokalisering i den periode, hvori der lagres kommunikationsdata.
2. Data, der afslører indholdet af kommunikationen, kan ikke lagres i medfør af dette direktiv.

Artikel 6

Lagringsperioder

Medlemsstaterne sørger for, at de i artikel 5 omhandlede kategorier af data lagres i mindst seks måneder og højst to år fra datoen for kommunikationen.

Artikel 7

Databeskyttelse og datasikkerhed

Med forbehold af bestemmelser vedtaget i medfør af direktiv 95/46/EF og direktiv 2002/58/EF skal hver medlemsstat sikre, at udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet som et minimum respekterer følgende datasikkerhedsprincipper for data, der lagres i overensstemmelse med nærværende direktiv:

- a) de lagrede data skal være af samme kvalitet og være omfattet af den samme sikkerhed og beskyttelse som de data, der findes på nettet

- b) dataene skal være omfattet af de fornødne tekniske og organisatoriske foranstaltninger, så de er beskyttet mod hændelig eller ulovlig tilintetgørelse eller hændeligt tab, mod forringelse, ubeføjet eller ulovlig lagring, behandling, adgang eller udbredelse
- c) dataene skal være omfattet af de fornødne tekniske og organisatoriske foranstaltninger, så det sikres, at kun særligt autoriserede personer får adgang til dataene,
- og
- d) dataene skal tilintetgøres ved udløbet af lagringstiden, bortset fra data, der har været givet adgang til, og som er blevet gemt.

Artikel 8

Krav til lagringen af data

Medlemsstaterne sørger for, at de i artikel 5 nævnte data lagres i overensstemmelse med dette direktiv på en sådan måde, at de lagrede data og alle andre nødvendige oplysninger vedrørende disse data kan fremsendes uden unødigt forsinkelse til de kompetente myndigheder på disses anmodning.

Artikel 9

Tilsynsmyndighed

- Hver medlemsstat udpeger en eller flere offentlige myndigheder, der har til opgave på dens område at påse overholdelsen af de bestemmelser om de lagrede datas sikkerhed, som medlemsstaten vedtager i medfør af artikel 7. Disse myndigheder kan være de samme myndigheder som dem, der er nævnt i artikel 28 i direktiv 95/46/EF.
- De i stk. 1 nævnte myndigheder handler i fuld uafhængighed i forbindelse med udførelsen af det i samme stykke omhandlede tilsyn.

Artikel 10

Statistikker

- Medlemsstaterne sørger for, at der årligt tilsendes Kommissionen statistikker om lagring af data, der er behandlet i forbindelse med levering af offentlige elektroniske kommunikationstjenester. Statistikkerne skal indeholde oplysninger om
 - de tilfælde, hvor der er sendt data til de kompetente myndigheder i overensstemmelse med gældende national ret
 - tidsrummet mellem den dato, hvor dataene blev lagret, og den dato, hvor den kompetente myndighed anmodede om udlevering af dataene

— de tilfælde, hvor anmodninger om data ikke kunne efterkommes.

- Statistikkerne må ikke indeholde personoplysninger.

Artikel 11

Ændring af direktiv 2002/58/EF

I artikel 15 i direktiv 2002/58/EF indsættes følgende stykke:

»1a. Stk. 1 finder ikke anvendelse på data, der udtrykkelig kræves lagret i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15. marts 2006 om lagring af data genereret eller behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller elektroniske kommunikationsnet (*) til de formål, der er omhandlet i nævnte direktivs artikel 1, stk. 1.

(*) EUT L 105 af 13.4.2006, s. 54.«

Artikel 12

Fremtidige foranstaltninger

- En medlemsstat, der står over for særlige omstændigheder, som berettiger til en forlængelse i en begrænset periode af den i artikel 6 omhandlede længste lagringsperiode, kan træffe de nødvendige foranstaltninger. Medlemsstaten underretter straks Kommissionen herom og informerer de øvrige medlemsstater om de foranstaltninger, der er truffet i medfør af denne artikel, og angiver grundene til, at de indføres.
- Kommissionen godkender eller afviser inden seks måneder efter den i stk. 1 omhandlede meddelelse de påtænkte nationale foranstaltninger efter at have forvissat sig om, at de ikke udgør et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne, eller om de udgør en hindring for det indre markeds funktion. Hvis Kommissionen ikke har truffet afgørelse inden for dette tidsrum, betragtes de nationale foranstaltninger som godkendt.
- Hvis en medlemsstats nationale foranstaltninger, der afviger fra bestemmelserne i dette direktiv, godkendes, jf. stk. 2, kan Kommissionen undersøge, om den skal foreslå en tilpasning af dette direktiv.

Artikel 13

Retsmidler, ansvar og sanktioner

- Hver medlemsstat træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de nationale foranstaltninger til gennemførelse af kapitel III i direktiv 95/46/EF om retsmidler, ansvar og sanktioner er iværksat i fuldt omfang for så vidt angår behandling af data i henhold til nærværende direktiv.

2. Hver medlemsstat træffer navnlig de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at forsættelig adgang til eller overførsel af data lagret i overensstemmelse med dette direktiv, som ikke er tilladt i henhold til national lovgivning vedtaget i medfør af dette direktiv, pålægges sanktioner, herunder administrative eller strafferetlige sanktioner, der er effektive, forholdsmæssige og har afskrækkende virkning.

Artikel 14

Evaluerings

1. Senest den 15. september 2010 forelægger Kommissionen Europa-Parlamentet og Rådet en evaluering af dette direktivs anvendelse og dets virkning på de økonomiske aktører og forbrugere under hensyntagen til den videre udvikling, der er sket inden for elektronisk kommunikationsteknologi, og de statistiske oplysninger, der er tilsendt Kommissionen i medfør af artikel 10, med henblik på at fastslå, om det er nødvendigt at ændre dette direktivs bestemmelser, særlig for så vidt angår listen over data i artikel 5 og de lagringsperioder, der er fastsat i artikel 6. Resultaterne af evalueringen offentliggøres.

2. Med dette for øje gennemgår Kommissionen alle bemærkninger, der meddeles den af medlemsstaterne eller af den gruppe, der er nedsat i henhold til artikel 29 i direktiv 95/46/EF.

Artikel 15

Gennemførelse

1. Medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest den 15. september 2007. De underretter straks Kommissionen herom.

Disse love og bestemmelser skal ved vedtagelsen indeholde en henvisning til dette direktiv eller skal ved offentliggørelsen ledsages af en sådan henvisning. De nærmere regler for henvisningen fastsættes af medlemsstaterne.

2. Medlemsstaterne meddeler Kommissionen teksten til de vigtigste nationale retsforskrifter, som de udsteder på det område, der er omfattet af dette direktiv.

3. Indtil den 15. marts 2009 kan enhver medlemsstat udsætte gennemførelsen af dette direktiv for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet. Enhver medlemsstat, der ønsker at anvende dette stykke, skal i form af en erklæring give Rådet og Kommissionen meddelelse herom ved vedtagelsen af direktivet. Erklæringen offentliggøres i *Den Europæiske Unions Tidende*.

Artikel 16

Ikrafttræden

Dette direktiv træder i kraft på tyvendedagen efter offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende*.

Artikel 17

Adressater

Dette direktiv er rettet til medlemsstaterne.

Udfærdiget i Strasbourg, den 15. marts 2006.

På Europa-Parlamentets vegne
J. BORRELL FONTELLES
Formand

På Rådets vegne
H. WINKLER
Formand

Erklæring fra Nederlandene**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

Med hensyn til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om lagring af data behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og om ændring af direktiv 2002/58/EF vil Nederlandene gøre brug af muligheden for at udsætte direktivets gennemførelse for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet i indtil 18 måneder efter direktivets ikrafttræden.

Erklæring fra Østrig**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

Østrig erklærer, at det vil udsætte gennemførelsen af dette direktiv for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet i 18 måneder efter datoen i artikel 15, stk. 1.

Erklæring fra Estland**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

I overensstemmelse med artikel 15, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om lagring af data behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og om ændring af direktiv 2002/58/EF erklærer Estland hermed, at det agter at gøre brug af dette stykke og udsætte direktivets gennemførelse for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet i indtil 36 måneder efter direktivets vedtagelse.

Erklæring fra Det Forenede Kongerige**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

Det Forenede Kongerige erklærer i overensstemmelse med artikel 15, stk. 3, i direktiv om lagring af data behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og om ændring af direktiv 2002/58/EF, at det vil udsætte gennemførelsen af dette direktiv for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet.

Erklæring fra Cypern**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

Republikken Cypern erklærer, at den udsætter gennemførelsen af dette direktiv for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet indtil den dato, der er fastsat i artikel 15, stk. 3.

Erklæring fra Den Helleniske Republik**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

Grækenland erklærer, at det i henhold til artikel 15, stk. 3, vil udsætte gennemførelsen af dette direktiv for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet i 18 måneder efter udløbet af perioden i artikel 15, stk. 1.

Erklæring fra Storhertugdømmet Luxembourg**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

Storhertugdømmet Luxembourgs regering erklærer i overensstemmelse med artikel 15, stk. 3, i direktivet om lagring af data behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og om ændring af direktiv 2002/58/EF, at den agter at henholde sig til artikel 15, stk. 3, i nævnte direktiv for at kunne udsætte direktivets gennemførelse for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet.

Erklæring fra Slovenien**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

Slovenien tilslutter sig den gruppe af medlemsstater, der har fremsat en erklæring i henhold til artikel 15, stk. 3, i »Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om lagring af data behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentlige elektroniske kommunikationstjenester« om at udsætte direktivets gennemførelse i 18 måneder for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet.

Erklæring fra Sverige**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

I overensstemmelse med artikel 15, stk. 3, ønsker Sverige at have mulighed for at udsætte dette direktivs gennemførelse for så vidt angår kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet.

Erklæring fra Republikken Litauen**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

I henhold til artikel 15, stk. 3, i udkastet til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om lagring af data behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og om ændring af direktiv 2002/58/EF (herefter benævnt »direktivet«) erklærer Republikken Litauen, at den, når direktivet er blevet vedtaget, vil udsætte gennemførelsen af det for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet i den periode, der er omhandlet i artikel 15, stk. 3.

Erklæring fra Republikken Letland**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

Letland erklærer i overensstemmelse med artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF af 15. marts 2006 om lagring af data behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og om ændring af direktiv 2002/58/EF, at det udsætter gennemførelsen af direktivet for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet indtil den 15. marts 2009.

Erklæring fra Den Tjekkiske Republik**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

I henhold til artikel 15, stk. 3, erklærer Den Tjekkiske Republik hermed, at den udsætter gennemførelsen af direktivet for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet indtil 36 måneder efter direktivets vedtagelse.

Erklæring fra Belgien**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

Belgien erklærer, at det i overensstemmelse med den mulighed, der er omhandlet i artikel 15, stk. 3, vil udsætte gennemførelsen af dette direktiv for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet i 36 måneder efter direktivets vedtagelse.

Erklæring fra Republikken Polen**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

Polen erklærer hermed, at det agter at gøre brug af muligheden i artikel 15, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om lagring af data behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og om ændring af direktiv 2002/58/EF, og udsætte direktivets gennemførelse for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet i 18 måneder efter datoen i artikel 15, stk. 1.

Erklæring fra Finland**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

I overensstemmelse med artikel 15, stk. 3, i direktivet om lagring af data behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og om ændring af direktiv 2002/58/EF, erklærer Finland, at det vil udsætte gennemførelsen af dette direktiv for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, e-mail og telefoni via internettet.

Erklæring fra Tyskland**ad artikel 15, stk. 3, i direktiv 2006/24/EF**

Tyskland forbeholder sig at udsætte gennemførelsen af dette direktiv for så vidt angår lagring af kommunikationsdata vedrørende internetadgang, telefoni og e-mail via internettet i 18 måneder efter datoen i artikel 15, stk. 1.

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)

EUROPA-PARLAMENTET OG RÅDET FOR DEN EUROPÆISKE UNION HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, særlig artikel 95,

under henvisning til forslag fra Kommissionen ⁽¹⁾,

under henvisning til udtalelse fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg ⁽²⁾,

efter høring af Regionsudvalget,

i henhold til fremgangsmåden i traktatens artikel 251 ⁽³⁾, og

ud fra følgende betragtninger:

- (1) Det kræves i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger ⁽⁴⁾, at medlemsstaterne med henblik på fri udveksling af personoplysninger inden for Fællesskabet skal sikre fysiske personers rettigheder og frihed i forbindelse med behandling af personoplysninger, herunder navnlig disse personers krav på privatlivets fred.
- (2) Dette direktiv søger at overholde de grundlæggende rettigheder og respektere de principper, der anerkendes i især Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Direktivet søger især at sikre fuld overholdelse af rettighederne i charterets artikel 7 og 8.
- (3) Kommunikationshemmeligheden er garanteret ved de internationale instrumenter på menneskerettighedsområdet, herunder navnlig den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og ved medlemsstaternes forfatninger.
- (4) I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/66/EF af 15. december 1997 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren ⁽⁵⁾ omsættes principperne i direktiv 95/46/EF til særregler for telesektoren. Direktiv 97/66/EF bør tilpasses markedsudviklingen og den teknologiske udvikling inden for elektroniske kommunikationstjenester for at sikre, at brugere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester sikres den samme beskyttelse af personoplysninger og privatlivets fred, uanset hvilken teknologi

tjenesterne baserer sig på. Direktivet bør derfor ophæves og erstattes af dette direktiv.

- (5) Nye avancerede digitale teknikker er ved at blive taget i anvendelse i offentlige kommunikationsnet i Fællesskabet, og dette medfører, at der er et særligt behov for beskyttelse af brugerens personoplysninger og privatliv. Det er kendetegnende for udviklingen af informations-samfundet, at der indføres nye elektroniske kommunikationstjenester. Store dele af offentligheden har fået adgang og råd til at bruge digitale mobilnet. Disse digitalnet har stor kapacitet til og muligheder for at behandle personoplysninger, og derfor kan der kun gennemføres en vellykket grænseoverskridende indførelse af disse tjenester, hvis man bl.a. sikrer, at brugerne har tillid til, at deres privatliv ikke krænkes.
- (6) Internettet vender op og ned på de traditionelle markedsstrukturer, idet det udgør en fælles, global infrastruktur for fremføring af en lang række elektroniske kommunikationstjenester. Offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester via internettet giver brugerne nye muligheder, men medfører også nye risikomomenter for deres personoplysninger og privatliv.
- (7) Med hensyn til offentlige kommunikationsnet bør der træffes særlige foranstaltninger af lovgivningsmæssig, administrativ og teknisk art for at beskytte fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og juridiske personers legitime interesser, navnlig mod den voksende risiko, der er forbundet med automatiseret opbevaring og behandling af oplysninger om abonnenter og brugere.
- (8) De foranstaltninger af lovgivningsmæssig, administrativ og teknisk art, medlemsstaterne har vedtaget for den elektroniske kommunikationssektor med henblik på beskyttelse af personoplysninger, privatlivets fred og juridiske personers legitime interesser, bør harmoniseres for at undgå hindringer for gennemførelsen af det indre marked for elektronisk kommunikation i overensstemmelse med traktatens artikel 14. Harmoniseringen bør begrænses til de krav, der er nødvendige for at sikre, at fremme og udvikling af nye kommunikationstjenester og -net mellem medlemsstater ikke hindres.

⁽¹⁾ EFT C 365 E af 19.12.2000, s. 223.

⁽²⁾ EFT C 123 af 25.4.2001, s. 53.

⁽³⁾ Europa-Parlamentets udtalelse af 13.11.2001 (endnu ikke offentliggjort i EFT), Rådets fælles holdning af 28.1.2002 (EFT C 113 E af 14.5.2002, s. 39) og Europa-Parlamentets afgørelse af 30.5.2002 (endnu ikke offentliggjort i EFT). Rådets afgørelse af 25.6.2002.

⁽⁴⁾ EFT L 281 af 23.11.1995, s. 31.

⁽⁵⁾ EFT L 24 af 30.1.1998, s. 1.

- (9) Medlemsstaterne, udbydere og de berørte brugere samt de kompetente organer på fællesskabsplan bør samarbejde om at skabe og udvikle de relevante teknologier, hvor dette er nødvendigt for at gennemføre de garantier, der er indeholdt i dette direktiv, navnlig under hensyntagen til målsætningerne om at reducere behandlingen af personoplysninger til det mindst mulige og slette eller ændre navneangivelser inden sådanne data bruges, hvor dette er muligt.
- (10) I den elektroniske kommunikationssektor finder direktiv 95/46/EF navnlig anvendelse på alle forhold vedrørende beskyttelse af grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, som ikke særligt er omfattet af bestemmelserne i dette direktiv, herunder den registeransvarliges forpligtelser og fysiske personers rettigheder. Direktiv 95/46/EF anvendes på ikke-offentlige kommunikationstjenester.
- (11) Ligesom direktiv 95/46/EF 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 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 som fortolket i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols 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 den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.
- (12) Abonnenter på offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester kan være fysiske eller juridiske personer. Bestemmelserne i nærværende direktiv tager som supplement til direktiv 95/46/EF sigte på at beskytte fysiske personers grundlæggende rettigheder, navnlig deres ret til privatlivets fred, samt juridiske personers legitime interesser. Direktivet forpligter ikke medlemsstaterne til at udvide anvendelsen af direktiv 95/46/EF til at omfatte beskyttelse af juridiske personers legitime interesser, som er sikret inden for rammerne af gældende fællesskabsret og national lovgivning.
- (13) Kontraktforholdet mellem abonnent og tjenesteudbyder kan bestå i en regelmæssig betaling eller en engangsbetaling for den tjeneste, der er leveret eller skal leveres. Forudbetalte kort betragtes også som en kontrakt.
- (14) Lokaliseringsdata kan omhandle angivelse af bredde, længde og højde for brugerens terminaludstyr, rejseretningen, nøjagtigheden af lokaliseringsoplysningerne, identifikation af den celle inden for nettet, hvor terminaludstyret er lokaliseret på et bestemt tidspunkt, samt det tidspunkt, hvor lokaliseringsoplysningerne er registreret.
- (15) En 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. Trafikdata kan omfatte enhver omsættelse af disse oplysninger, der foretages af det kommunikationsnet, hvorigennem kommunikationen transmitteres, med henblik på at gennemføre transmissionen. Trafikdata kan bl.a. bestå af data om en kommunikations rutning, varighed, tid eller omfang, om den anvendte protokol, om lokaliseringen af afsenders eller modtagers terminaludstyr, om det net, som kommunikationen udgår fra eller ender i, om en forbindelses begyndelse, afslutning eller varighed; de kan ligeledes bestå af det format, hvori kommunikationen overføres via nettet.
- (16) Oplysninger, der overføres som del af en radio- og fjernsynstransmissionstjeneste via et offentligt kommunikationsnet, sigter på et potentielt ubegrænset publikum og udgør ikke en kommunikation i dette direktivs forstand. I tilfælde, hvor den enkelte abonnent eller bruger kan identificeres, f.eks. i forbindelse med video-on-demand, er de fremførte oplysninger dog omfattet af begrebet kommunikation i dette direktivs forstand.
- (17) I dette direktiv bør samtykke givet af en bruger eller en abonnent, hvad enten sidstnævnte er en fysisk eller en juridisk person, have samme betydning som den registreredes samtykke, således som defineret og yderligere fastlagt i direktiv 95/46/EF. Samtykke kan gives ved ethvert passende middel, der muliggør en frit givet, specifik og informeret angivelse af brugerens ønsker, herunder ved at afkrydse en rubrik, når man besøger et internetwebsted.
- (18) Tillægstjenester kan for eksempel bestå af rådgivning om de billigste takstpakker, vejvisning, trafikoplysninger, vejrudsigter eller turistinformation.
- (19) Visse krav i forbindelse med nummervisning samt begrænsning heraf og i forbindelse med automatisk viderestilling til abonnentlinjer, der er forbundet med analoge centraler, bør ikke gøres bindende i særlige tilfælde, hvor opfyldelsen heraf ville være teknisk umulig eller fordre en uforholdsmæssig stor økonomisk indsats. Da det er vigtigt for de berørte parter at kende til sådanne tilfælde, bør medlemsstaterne underrette Kommissionen herom.

- (20) Tjenesteudbydere bør træffe passende foranstaltninger for at beskytte deres tjenester, om nødvendigt i samarbejde med netudbyderen, og informere abonnenter om eventuelle særlige risici for brud på netsikkerheden. Sådanne risici vedrører især elektroniske kommunikationstjenester via et åbent net såsom internettet eller analog mobiltelefoni. Det er særlig vigtigt, at tjenesteudbyderen informerer abonnenter og brugere af sådanne tjenester fyldestgørende om eksisterende sikkerhedsrisici, som tjenesteudbyderen ikke har mulighed for at afhjælpe. Tjenesteudbydere, som udbyder offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester via internettet, bør informere brugere og abonnenter om, hvordan de kan sikre deres kommunikation, f.eks. ved at anvende bestemte typer software eller krypteringsteknologi. Kravet om at underrette abonnenterne om særlige sikkerhedsrisici fritager ikke tjenesteudbyderen for forpligtelsen til for egen regning omgående at træffe passende foranstaltninger til at forebygge nye uforudsete sikkerhedsrisici og genoprette det normale sikkerhedsniveau for tjenesten. Underretning af abonnenten om sikkerhedsrisici bør være gebyrfri, bortset fra eventuelle beskedne omkostninger for abonnenten i forbindelse med modtagelse eller indsamling af oplysningerne, f.eks. ved at downloade elektronisk post. Sikkerheden evalueres på baggrund af artikel 17 i direktiv 95/46/EF.
- (21) For at beskytte kommunikationshemmeligheden bør der træffes foranstaltninger til at hindre uautoriseret adgang til kommunikation — herunder både selve indholdet og data vedrørende kommunikationen — der finder sted via offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester. Den nationale lovgivning i visse medlemsstater forbyder kun uautoriseret adgang til kommunikation, når det sker med forsæt.
- (22) Det er ikke tanken, at forbuddet mod, at der af andre end brugerne eller uden disses samtykke lagres oplysninger og de dertil hørende trafikdata, skal omfatte enhver automatisk, mellemliggende og kortvarig lagring af denne information, når blot lagringen udelukkende sker med henblik på gennemførelse af transmissionen i de elektroniske kommunikationsnet, og oplysningerne ikke lagres længere end det tidsrum, der er nødvendigt for transmissionen og af hensyn til trafikstyringen, forudsat at sikkerhedsbeskyttelsen af oplysningerne i lagringsperioden fortsat er garanteret. Hvis det er nødvendigt for at effektivisere den videre transmission af offentligt tilgængelige oplysninger til andre modtagere af tjenesten efter deres anmodning herom, bør dette direktiv ikke forhindre, at sådanne oplysninger lagres, forudsat at disse oplysninger i alle tilfælde er offentligt tilgængelige uden begrænsninger, og at alle data vedrørende de abonnenter eller brugere, der anmoder om disse oplysninger, slettes.
- (23) Kommunikationshemmeligheden bør ligeledes sikres som led i lovlig forretningspraksis. Hvis det er nødvendigt og tilladt ifølge lovgivningen, bør kommunikationer kunne registreres med henblik på at tjene som bevis for en handelstransaktion. Direktiv 95/46/EF finder anvendelse på en sådan behandling. Parterne i udvekslingen af kommunikationerne bør forud for registreringen underrettes herom, herunder om dens formål samt om, hvor længe den registrerede kommunikation vil blive lagret. Den registrerede kommunikation bør slettes snarest muligt og under alle omstændigheder senest ved udløbet af den lovbestemte frist for anfægtelse af transaktionen.
- (24) Terminaludstyr for brugere af elektroniske kommunikationsnet og alle oplysninger, der er lagret på sådant udstyr, er en del af brugernes privatsfære, der kræver beskyttelse i henhold til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder. Sådant spionsoftware, såkaldte web bugs, skjulte identifikatorer og andre tilsvarende anordninger kan komme ind i brugerens terminal uden dennes viden for at skaffe adgang til oplysninger, for at lagre skjulte oplysninger eller for at spore brugerens aktiviteter og kan alvorligt krænke disse brugeres privatliv. Brugen af sådanne anordninger til andet end lovlige formål bør kun være tilladt med de pågældende brugeres viden.
- (25) Sådanne anordninger, f.eks. såkaldte »cookies« kan imidlertid være et legitimt og nyttigt værktøj f.eks. til at analysere effektiviteten af et webstedes design og reklame og fastslå identiteten af brugere, der beskæftiger sig med online-transaktioner. Hvis sådanne anordninger, for eksempel »cookies«, anvendes med et lovligt formål, som f.eks. for at lette levering af informationsfundstjenester, bør det være tilladt at bruge dem på den betingelse, at brugere i overensstemmelse med direktiv 95/46/EF får klare og præcise oplysninger om formålet med »cookies« eller tilsvarende anordninger for at sikre, at de er klar over, hvilke oplysninger det terminaludstyr, de bruger, indeholder. Brugere bør have mulighed for at nægte, at en »cookie« eller tilsvarende anordning lagres på deres terminaludstyr. Dette er særlig vigtigt af hensyn til situationer, hvor andre end den oprindelige bruger har adgang til terminaludstyret og dermed til alle data, der indeholder følsomme oplysninger af personlig karakter, og som er lagret på dette udstyr. Information herom og retten til at nægte kan tilbydes én gang med hensyn til anvendelsen af de forskellige anordninger på brugerens terminaludstyr under den samme forbindelse og kan også omfatte senere anvendelse af de samme anordninger under senere forbindelser. Midlerne til at give oplysninger, eller give ret til at nægte eller anmode om samtykke bør være så brugervenlige som muligt. Adgangen til et specifikt webstedssindhold vil fortsat kunne gøres betinget af velinformeret accept af en »cookie« eller tilsvarende anordning, hvis den anvendes til et lovligt formål.

- (26) Abonnementoplysninger, som behandles i elektroniske kommunikationsnet ved etablering af en kommunikationsforbindelse og fremføring af information, indeholder oplysninger om fysiske personers privatliv og vedrører retten til respekt for deres korrespondance eller vedrører juridiske personers legitime interesser. Sådanne data må kun lagres i det omfang, det er nødvendigt for tjenestens gennemførelse med henblik på debitering og afregning for samtrafik, og kun i et begrænset tidsrum. Ønsker udbyderen af de offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester at underkaste sådanne data yderligere behandling med henblik på markedsføring af elektroniske kommunikationstjenester eller levering af tillægstjenester, må dette kun ske, hvis abonnenten har givet sit samtykke hertil på grundlag af en nøjagtig og fuldstændig orientering fra udbyderen af de offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester om arten af den yderligere behandling, han agter at foretage, og om abonnentens ret til at nægte eller tilbagekalde sit samtykke til denne behandling. Trafikdata, som anvendes til markedsføring af udbyderens egne kommunikationstjenester eller til levering af tillægstjenester, bør ligeledes slettes eller anonymiseres, når tjenesten er leveret. Tjenesteudbydere bør til enhver tid holde abonnenterne underrettet om, hvilke typer data de behandler, samt hvorfor og hvor længe behandlingen foretages.
- (27) Det nøjagtige tidspunkt for afslutningen på transmissionen af kommunikationen, hvorefter trafikdata bør slettes undtagen i debiteringsøjemed, kan afhænge af, hvilken type elektronisk kommunikationstjeneste der leveres. Ved f.eks. taletelefoniopkald vil transmissionen være afsluttet, så snart en af brugerne har afsluttet forbindelsen, ved elektronisk post er transmissionen afsluttet, så snart modtageren har hentet meddelelsen, typisk fra tjenesteudbyderens server.
- (28) Forpligtelsen til at slette trafikdata eller gøre dem anonyme, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, er ikke i modstrid med procedurer på internettet som f.eks. caching af IP-adresser i Domain Name System eller caching af IP-adresser knyttet til fysiske adresser eller anvendelse af login-information med henblik på at kontrollere adgangen til net eller tjenester.
- (29) Tjenesteudbyderen kan behandle trafikdata vedrørende abonnenter og brugere, hvis det i individuelle tilfælde er nødvendigt for at afsløre tekniske svigt eller fejl i fremføringen af kommunikationer. Trafikdata, der er nødvendige i debiteringsøjemed, må også behandles af udbyderen med henblik på at afsløre og standse svig bestående i uretmæssig gratis brug af den elektroniske kommunikationstjeneste.
- (30) Systemer til levering af elektroniske kommunikationsnet og kommunikationstjenester bør konstrueres, så de begrænser mængden af nødvendige personoplysninger til et absolut minimum. Eventuelle aktiviteter i forbindelse med levering af en elektronisk kommunikationstjeneste, der går ud over transmission af en kommunikation og debitering heraf, bør baseres på aggregerede trafikdata, der ikke kan knyttes til abonnenter eller brugere. Hvis sådanne aktiviteter ikke kan baseres på aggregerede data, bør de betragtes som tillægstjenester, hvor abonnentens samtykke er obligatorisk.
- (31) Om det er abonnenten eller brugeren, der skal give sit samtykke til behandlingen af personoplysninger med henblik på leveringen af en tillægstjeneste, afhænger af de data, der skal behandles, og den type tjeneste, der skal udbydes, samt af, hvorvidt det er teknisk, proceduremæssigt og kontraktligt muligt at skelne mellem den person, der bruger en elektronisk kommunikationstjeneste, og den juridiske eller fysiske person, der abonnerer på den.
- (32) Hvis udbyderen af en elektroniske kommunikationstjeneste eller en tillægstjeneste har underleveranceaftale om behandlingen af personoplysninger med henblik på levering af disse tjenester til en anden enhed, må denne underleverance og den efterfølgende databehandling være i fuld overensstemmelse med kravene til registeransvarlige og registerførere i forbindelse med personoplysninger, således som fastlagt i direktiv 95/46/EF. Hvis levering af en tillægstjeneste kræver, at trafik- eller lokaliseringsdata fremsendes af en udbyder af en elektronisk kommunikationstjeneste til en udbyder af tillægstjenester, bør de abonnenter og brugere, som de pågældende data vedrører, ligeledes underrettes fuldt ud om denne fremsendelse, før de giver deres samtykke til databehandlingen.
- (33) Indførelsen af specificerede forbrugsopgørelser har forbedret abonnentens muligheder for at kontrollere rigtigheden af de takster, tjenesteudbyderen opkræver, men samtidig indebærer de en risiko for, at offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenesters brugeres privatliv krænkes. For at beskytte brugerens privatliv bør medlemsstaterne derfor tilskynde til udvikling af valgmuligheder inden for elektroniske kommunikationstjenester, herunder alternative betalingsfaciliteter, som giver mulighed for anonym eller strengt privat adgang til offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, f.eks. telekort eller betaling med kreditkort. Med samme formål kan medlemsstaterne anmode operatørerne om at tilbyde deres abonnenter en anden type detaljeret opgørelse, hvori et vist antal cifre i det opkaldte nummer er slettet.

- (34) For så vidt angår A-nummervisningsfunktionen er det nødvendigt at beskytte den kaldende parts ret til at forhindre, at det nummer, hvorfra opkaldet foretages, identificeres, og den kaldte parts ret til at afvise opkald fra uidentificerede numre. Det er i særlige tilfælde berettiget at suspendere en blokering af denne funktion. Visse abonnenter, herunder særlige hjælpetjenester og lignende, har en interesse i at sikre deres opkald fuld anonymitet. For så vidt angår identifikation af tilsluttede numre er det nødvendigt at beskytte den kaldte parts ret til og legitime interesse i at suspendere identifikationen af det nummer, som den kaldende part faktisk er tilsluttet, navnlig i tilfælde af viderestilling. Udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester bør informere deres abonnenter om muligheden for A-nummervisning og identifikation af det tilsluttede nummer i nettet og om alle de tjenester, der tilbydes på grundlag af A-nummervisning og identifikation af det tilsluttede nummer, samt om de muligheder der findes for at beskytte privatlivets fred. Dermed får abonnenterne mulighed for at foretage et bevidst valg blandt de muligheder for at beskytte privatlivets fred, de kunne ønske sig at gøre brug af. De muligheder, der er for at beskytte privatlivets fred på den enkelte linje, skal ikke nødvendigvis tilbydes som en automatisk netjtjeneste, men kan eventuelt etableres efter simpel anmodning til udbyderen af den offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjeneste.
- (35) I digitale mobilnet behandles lokaliseringsdata, som angiver den geografiske position af mobilbrugerens terminaludstyr, som et led i fremføringen af kommunikation. Sådanne data er trafikdata i henhold til artikel 6 i dette direktiv. Men digitale mobilnet giver undertiden også mulighed for behandling af lokaliseringsdata, som er mere præcise end fremføringen af kommunikation forudsætter, og som bruges til levering af tillægstjenester, f.eks. persontilpassede trafikoplysninger og bilistvejledning. Behandling af sådanne data til brug for tillægstjenester bør kun tillades, hvis abonnenterne har givet deres samtykke hertil. Selv når abonnenterne har givet et sådant samtykke, bør de have mulighed for ved hjælp af en simpel, gebyrfri ordning midlertidigt at forhindre behandlingen af lokaliseringsdata.
- (36) Medlemsstaterne kan over for brugerne og abonnenterne fastsætte indskrænkninger i beskyttelsen af privatlivets fred med hensyn til A-nummervisningsfunktionen, når dette er nødvendigt for at spore generende opkald, og med hensyn til A-nummervisningsfunktionen og lokaliseringsdata, når dette er nødvendigt, for at nødtjenester kan udføre deres opgaver så effektivt som muligt. Med henblik herpå kan medlemsstaterne vedtage specifikke bestemmelser for at give udbydere af elektroniske kommunikationstjenester ret til at give adgang til A-nummervisningsfunktionen og lokaliseringsdata uden forudgående samtykke fra de berørte brugere eller abonnenter.
- (37) Der bør træffes foranstaltninger, der sikrer abonnenterne mod gener som følge af automatisk viderestilling fra anden side, og i sådanne tilfælde skal abonnenten have mulighed for at standse de opkald, der viderestilles til hans terminal, ved simpel anmodning til leverandøren af de offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester herom.
- (38) Abonnentfortegnelser distribueres i store oplag og er offentlige. Af hensyn til fysiske personers privatliv og juridiske personers legitime interesser bør abonnenter kunne bestemme, om deres personoplysninger skal offentliggøres i sådanne abonnentfortegnelser, og i så fald i hvilket omfang. Udbydere af offentlige abonnentfortegnelser bør underrette de abonnenter, som skal medtages i sådanne fortegnelser, om formålet med fortegnelsen og eventuelle særlige anvendelser af elektroniske udgaver af offentlige fortegnelser, navnlig via søgefunktioner, som er indbygget i software, f.eks. mulighed for »omvendt« søgning, som giver brugerne af fortegnelsen mulighed for at finde abonnentens navn og adresse blot ud fra telefonnummeret.
- (39) Et krav om underretning af abonnenterne om formålet eller formålene med de offentlige fortegnelser, hvor personoplysninger om dem skal medtages, bør pålægges den part, der indsamler de pågældende oplysninger. Hvis oplysningerne eventuelt kan blive fremsendt til en eller flere tredjemænd, bør abonnenten underrettes om denne mulighed samt om modtageren eller kategorierne af mulige modtagere. Enhver fremsendelse bør være underlagt den betingelse, at oplysningerne ikke kan anvendes til andre formål end dem, der lå til grund for deres indsamling. Hvis den part, der indsamler oplysninger fra abonnenten eller fra den tredjemand, som oplysningerne er sendt til, ønsker at anvende oplysningerne til andre formål, må der indhentes fornyet samtykke fra abonnenten af enten den oprindelige part, der indsamlede oplysningerne, eller af den tredjemand, som oplysningerne er fremsendt til.
- (40) Der bør træffes foranstaltninger, der sikrer abonnenterne mod krænkelse af privatlivets fred ved uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål, især ved hjælp af automatiserede opkaldsmaskiner, telefaxer og elektronisk post, herunder SMS-meddelelser. Disse former for uanmodet kommerciel kommunikation kan på den ene side være forholdsvis billige og lette at sende og på den anden side medføre en byrde og/eller udgift for modtageren. Desuden kan deres omfang i nogle tilfælde også medføre vanskeligheder for elektroniske kommunikationsnet og terminaludstyr. Det er for sådanne former for uanmodet kommunikation med henblik på direkte markedsføring berettiget at kræve, at der opnås et forudgående udtrykkeligt samtykke fra modtagerne, før sådan kommunikation sendes til dem. Det indre marked kræver en harmoniseret politik for at sikre enkle regler for virksomheder og brugere, der dækker hele Fællesskabet.

- (41) Det er inden for rammerne af et eksisterende kundeforhold rimeligt at tillade brug af elektroniske adresseoplysninger til udbud af tilsvarende produkter eller tjenester, men kun af det selskab, som har fået elektroniske adresseoplysninger i overensstemmelse med direktiv 95/46/EF. Når der opnås elektroniske adresseoplysninger, bør kunden klart og udtrykkeligt oplyses om deres videre brug til direkte markedsføring og gives mulighed for at nægte sådan brug. Denne mulighed bør gives fortsat og gratis med hver efterfølgende direkte markedsføringsmeddelelse med undtagelse af eventuelle omkostninger ved fremsendelse af en nægtelse.
- (42) Andre former for direkte markedsføring, som er mere kostbare for afsenderen og ikke medfører nogen finansielle omkostninger for abonnenter og brugere, som f.eks. taletelefoniopkald fra person til person, kan berettiget opretholdelse af et system, der giver abonnenter eller brugere mulighed for at angive, at de ikke ønsker at modtage sådanne opkald. For ikke at reducere det nuværende niveau for beskyttelse af privatlivets fred bør medlemsstaterne imidlertid have ret til at opretholde nationale systemer, der kun tillader sådanne opkald til abonnenter og brugere, som har givet forudgående samtykke hertil.
- (43) For at lette en effektiv håndhævelse af Fællesskabets regler om uanmodede meddelelser med henblik på direkte markedsføring er det nødvendigt at forbyde brug af falske identiteter eller falske afsenderadresser eller -numre, når der sendes uanmodede meddelelser med direkte markedsføringsformål.
- (44) Visse elektroniske postsystemer gør det muligt for abonnenten at se afsender og emnelinje i elektroniske breve og at slette meddelelser uden at skulle downloade resten af det elektroniske brev indhold eller vedhæftede filer (attachments), hvorved omkostningerne til downloading af uanmodede elektroniske breve eller vedhæftede filer kan reduceres. Disse muligheder kan fortsat være nyttige i visse tilfælde som et supplerende værktøj til de generelle krav, der fastsættes i dette direktiv.
- (45) Dette direktiv berører ikke de forholdsregler som medlemsstaterne træffer for at beskytte juridiske persons legitime interesser med hensyn til uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål. Hvis medlemsstaterne opretter et fravalgsregister over sådan kommunikation til juridiske personer, særligt erhvervsbrugere, finder bestemmelserne i artikel 7 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informations-samfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked («Direktivet om elektronisk handel») ⁽¹⁾ fuld anvendelse.
- (46) Funktioner vedrørende levering af elektroniske kommunikationstjenester kan være indbygget i nettet eller i brugerens terminaludstyr, herunder også software. Beskyttelsen af personoplysninger og privatliv for brugere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationsnet bør være uafhængig af, hvordan de forskellige komponenter, som er nødvendige for at levere tjenesten,

er sammensat, og hvordan de nødvendige funktioner er fordelt mellem disse komponenter. Direktiv 95/46/EF omfatter enhver form for behandling af personoplysninger, uanset hvilken teknologi der anvendes. Hvis der opstilles særregler for elektroniske kommunikationstjenester parallelt med overordnede regler for andre komponenter, som er nødvendige for leveringen af sådanne tjenester, bliver det måske ikke lettere at beskytte personoplysninger og privatlivets fred på et teknologineutralt grundlag. Derfor bør der måske vedtages tiltag, som pålægger producenterne af visse typer udstyr, som bruges til elektroniske kommunikationstjenester, at udforme deres produkter, så de sikrer, at brugernes og abonnenternes personoplysninger og privatliv beskyttes. Hvis der vedtages sådanne tiltag i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/5/EF af 9. marts 1999 om radio- og teleterminaludstyr samt gensidig anerkendelse af udstyrets overensstemmelse ⁽²⁾, sikres det, at indførelsen af nye tekniske funktioner i elektronisk kommunikationsudstyr, herunder software, med henblik på beskyttelse af data sker på et harmoniseret grundlag, således at det indre marked kan fungere tilfredsstillende.

- (47) Der bør i medlemsstaternes lovgivning være fastsat retsmidler til afhjælpning af tilfælde, hvor brugernes og abonnenternes rettigheder tilsidesættes. Personer, der overtræder de nationale forskrifter, der fastsættes i medfør af dette direktiv, bør kunne pålægges sanktioner, uanset om de henhører under privat- eller offentligtretlig lovgivning.
- (48) I forbindelse med gennemførelsen af dette direktiv vil det være formålstjenligt at udnytte de erfaringer, der er opnået i den gruppe vedrørende beskyttelse af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger, som er nedsat ved artikel 29 i direktiv 95/46/EF, og som er sammensat af repræsentanter for medlemsstaternes tilsynsmyndigheder.
- (49) For at lette overholdelsen af bestemmelserne i dette direktiv er der behov for specifikke ordninger for den behandling af oplysninger, der allerede finder sted på det tidspunkt, hvor den nationale gennemførelseslovgivning i henhold til dette direktiv træder i kraft —

UDSTEDT FØLGENDE DIREKTIV:

Artikel 1

Anvendelsesområde og formål

1. Dette direktiv tager sigte på en harmonisering af medlemsstaternes bestemmelser, der er nødvendig for at sikre et ensartet niveau i beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og navnlig privatlivets fred i forbindelse med behandling af personoplysninger inden for den elektroniske kommunikationssektor, og for at sikre fri omsætning af sådanne oplysninger og af elektronisk kommunikationsudstyr og elektroniske kommunikationstjenester i Fællesskabet.

⁽¹⁾ EFT L 178 af 17.7.2000, s. 1.

⁽²⁾ EFT L 91 af 7.4.1999, s. 10.

2. Med henblik på at nå de i stk. 1 omhandlede mål specificerer og supplerer dette direktivs bestemmelser direktiv 95/46/EF. Nærværende bestemmelser beskytter desuden legitime interesser hos abonnenter, der er juridiske personer.

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.

Artikel 2

Definitioner

Medmindre andet angives, gælder i dette direktiv de definitioner, der er fastsat i direktiv 95/46/EF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) ⁽¹⁾.

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 og angiver den geografiske placering af det terminaludstyr, som brugeren af en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste anvender
- 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
- e) »opkald«: en forbindelse, som etableres ved hjælp af en offentligt tilgængelig telefontjeneste og giver mulighed for tidstro tovejskommunikation
- f) »samtykke«: givet af bruger eller abonnent svarer til den registreredes samtykke i direktiv 95/46/EF.
- g) »tillægstjeneste«: enhver form for tjeneste, der kræver behandling af trafik- eller lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, ud over hvad der er nødvendigt for overføring af en kommunikation eller debitering heraf
- h) »elektronisk post«: enhver meddelelse i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede, som sendes via et offentligt

kommunikationsnet, og som kan lagres i nettet eller i modtagerens terminaludstyr, indtil meddelelsen hentes af modtageren.

Artikel 3

Omfattede tjenester

1. Dette direktiv finder anvendelse på behandling af personoplysninger i forbindelse med, at offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester stilles til rådighed via offentlige kommunikationsnet i Fællesskabet.

2. Artikel 8, 10 og 11 finder anvendelse på abonnentlinjer, der er tilsluttet digitale centraler, og, hvis dette er teknisk muligt og ikke fordrer en uforholdsmæssigt stor økonomisk indsats på abonnentlinjer, der er tilsluttet analoge centraler.

3. Medlemsstaterne skal til Kommissionen indberette tilfælde, hvor det vil være teknisk umuligt eller medføre en uforholdsmæssigt stor økonomisk indsats at opfylde kravene i artikel 8, 10 og 11.

Artikel 4

Sikkerhed

1. Udbyderen af en offentligt tilgængelig kommunikationstjeneste skal træffe passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger for at beskytte sine tjenester, for netsikkerhedens vedkommende om nødvendigt sammen med udbyderen af det offentlige kommunikationsnet. Under hensyn til teknologiens stade og omkostningerne i forbindelse med gennemførelsen skal disse foranstaltninger garantere et sikkerhedsniveau, der står i forhold til risikoen.

2. Hvor der er særlig risiko for brud på netsikkerheden, skal udbyderen af en offentligt tilgængelig kommunikationstjeneste informere abonnenterne herom samt, hvis risikoen ligger uden for de foranstaltninger, der skal træffes af udbyderen, om, hvorledes sådanne brud i givet fald kan forebygges, herunder angive de omkostninger, der sandsynligvis vil være forbundet hermed.

Artikel 5

Kommunikationshemmelighed

1. Medlemsstaterne sikrer kommunikationshemmeligheden ved brug af offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, både for så vidt angår selve kommunikationen og de dermed forbundne trafikdata, via nationale forskrifter. De forbyder især aflytning, registrering, lagring og andre måder, hvorpå samtaler kan opfanges eller overvåges af andre end brugerne, uden at de pågældende brugere har indvilget heri, bortset fra tilfælde, hvor det er tilladt ifølge lovgivningen, jf. artikel 15, stk. 1. Dette stykke er ikke til hinder for teknisk lagring, som er nødvendig for overføring af en kommunikation, forudsat at princippet om kommunikationshemmelighed ikke berøres heraf.

⁽¹⁾ EFT L 108 af 24.4.2002, s. 33.

2. Stk. 1 vedrører ikke lovmedholdelig registrering af kommunikation og de dermed forbundne trafikdata, hvis den foretages som led i lovlig forretningspraksis med henblik på at kunne forelægge bevis for en handelstransaktion eller enhver anden forretningsmæssig kommunikation.

3. Medlemsstaterne sikrer, at anvendelse af elektroniske kommunikationsnet med henblik på lagring af oplysninger eller med henblik på at opnå adgang til oplysninger, der er lagret i en abonnents eller brugers terminaludstyr, kun er tilladt på betingelse af, at abonnenten eller brugeren får klare og fyldestgørende oplysninger, bl.a. om formålet med behandlingen i overensstemmelse med direktiv 95/46/EF og ret til at nægte den registeransvarlige en sådan behandling. Dette er ikke til hinder for teknisk lagring eller adgang til oplysninger, hvis det alene sker med det formål at overføre eller lette overføring af kommunikation via et elektronisk kommunikationsnet eller er absolut påkrævet for at levere en informationssamfundstjeneste, abonnenten eller brugeren udtrykkelig ønsker.

Artikel 6

Trafikdata

1. Trafikdata vedrørende abonnenter og brugere, som behandles og lagres af udbyderen af et offentligt kommunikationsnet eller en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste, skal slettes eller gøres anonyme, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, jf. dog stk. 2, 3 og 5, samt artikel 15, stk. 1.

2. Med henblik på debitering af abonnenten og afregning for samtrafik er det tilladt at behandle trafikdata. En sådan behandling er tilladt indtil udløbet af den lovbestemte forældelsesfrist for sådanne gældsforpligtelser eller fristen for anfægtelse af sådanne afregninger.

3. Med henblik på markedsføring af elektroniske kommunikationstjenester eller levering af tillægstjenester er det tilladt udbyderen af en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste at behandle de i stk. 1 omtalte oplysninger i det omfang og tidsrum, som sådanne tjenester eller markedsføringen kræver, hvis den abonnent eller bruger, som oplysningerne vedrører, har givet sit samtykke hertil. Brugeren eller abonnenten skal på et hvilket som helst tidspunkt have mulighed for at trække sit samtykke til behandling af trafikdata tilbage.

4. Tjenesteudbyderen underretter abonnenten eller brugeren om, hvilke typer trafikdata der behandles med henblik på det i stk. 2 omhandlede formål og om behandlingens varighed; ved behandling med henblik på det i stk. 3 omhandlede formål skal underretning ske, inden samtykke indhentes.

5. Behandling af trafikdata i henhold til stk. 1, 2, 3 og 4 må kun foretages af personer, som handler efter bemyndigelse fra udbydere af de offentligt tilgængelige kommunikationsnet og -tjenester, og som er beskæftiget med debitering eller trafikstyring, kundeforespørgsler, afsløring af svig, markedsføring af elektroniske kommunikationstjenester eller levering af en

tillægstjeneste, og skal begrænses til det for sådanne aktiviteter nødvendige.

6. Stk. 1, 2, 3 og 5 berører ikke de kompetente organers mulighed for i overensstemmelse med gældende lovgivning at indhente oplysninger om trafikdata med henblik på bilæggelse af tvister, navnlig vedrørende samtrafik eller debitering.

Artikel 7

Specificerede forbrugsopgørelser

1. Abonnenter har ret til at modtage uspecificerede forbrugsopgørelser.

2. Medlemsstaterne skal anvende nationale retsfor skrifter for at sikre, at der ikke er modstrid mellem abonnenternes ret til at modtage specificerede forbrugsopgørelser og kaldende brugeres og kaldte abonnenters ret til privatlivets fred, f.eks. ved at sikre, at brugere og abonnenter råder over tilstrækkelige alternative kommunikations- eller betalingsmuligheder, der styrker beskyttelsen af privatlivets fred.

Artikel 8

Visning af A-nummer og af tilsluttet nummer samt begrænsning heraf

1. Hvor der er adgang til visning af A-nummer, skal tjenesteudbyderen tilbyde den kaldende bruger mulighed for i forbindelse med hvert enkelt opkald ved hjælp af en simpel, gebyr fri anordning at forhindre, at hans abonnentsnummer fremsendes til A-nummervisning. Den kaldende abonnent skal have denne mulighed på hver enkelt linje.

2. Hvor der er adgang til visning af A-nummer, skal tjenesteudbyderen tilbyde den kaldte abonnent mulighed for ved hjælp af en simpel anordning, der er gebyr fri ved rimelig anvendelse heraf, at forhindre visning af A-nummeret ved ankommende opkald.

3. Hvor der er adgang til visning af A-nummer, og A-nummeret vises inden tilslutningen, skal tjenesteudbyderen tilbyde den kaldte abonnent mulighed for ved hjælp af en simpel anordning at afvise ankommende opkald, når den kaldende bruger eller abonnent har blokeret visningen af A-nummeret.

4. Hvor der er adgang til visning af tilsluttet nummer, skal tjenesteudbyderen tilbyde den kaldte abonnent mulighed for ved hjælp af en simpel, gebyr fri anordning at forhindre, at den kaldende bruger får vist det tilsluttede nummer.

5. Stk. 1 finder også anvendelse på opkald fra Fællesskabet til lande uden for dette. Stk. 2, 3 og 4 finder også anvendelse på ankommende opkald fra tredjelande.

6. Medlemsstaterne sikrer, at udbyderne af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, når der er adgang til visning af A-nummer og/eller tilsluttet nummer, informerer offentligheden herom og om mulighederne i stk. 1, 2, 3 og 4.

Artikel 9

Lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata

1. Hvis lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, vedrørende brugere af eller abonnenter på de offentlige kommunikationsnet eller offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, kan behandles, må disse data kun behandles, når de er gjort anonyme, eller når brugeren eller abonnenten har givet sit samtykke hertil, og da kun i det omfang og i det tidsrum, som er nødvendigt for levering af en tillægstjeneste. Tjenesteudbyderen skal, inden brugernes eller abonnenternes samtykke indhentes, underrette dem om, hvilken type lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, der behandles, hvorfor og hvor længe de behandles, og om de videregives til en tredjemand med henblik på levering af tillægstjenesten. Brugere eller abonnenter skal have mulighed for til enhver tid at trække deres samtykke til behandling af lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, tilbage.

2. Hvis brugeren eller abonnenten har givet sit samtykke til behandling af lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, skal brugeren eller abonnenten fortsat have mulighed for ved hjælp af en simpel, gebyrfri anordning midlertidigt at forhindre behandling af sådanne data ved hvert enkelt opkald til nettet eller ved hver enkelt fremføring af kommunikation.

3. Behandling af lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, i henhold til stk. 1 og 2 må kun foretages af personer, som handler efter bemyndigelse fra udbyderen af det offentlige kommunikationsnetværk eller den offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjeneste eller fra den tredjemand, som leverer tillægstjenesten, og skal begrænses til det for leveringen af tillægstjenesten nødvendige.

Artikel 10

Undtagelsesbestemmelser

Medlemsstaterne sikrer, at der er gennemskuelige procedurer for den måde, hvorpå udbyderen af et offentligt kommunikationsnet og/eller en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste kan:

- a) suspendere blokeringen af A-nummervisningen midlertidigt, når en abonnent anmoder om at få chikaneopkald eller andre generende opkald eftersporet; i så tilfælde skal de data, hvorved den kaldende abonnent identificeres, i overensstemmelse med national lovgivning opbevares og stilles til rådighed af udbyderen af et offentligt kommunikationsnet og/eller en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste
- b) suspendere blokering af visningen af tilsluttet nummer eller se bort fra, at en abonnent eller bruger har nægtet eller ikke har givet sit samtykke til, at lokaliseringsdata behandles for specifikke linjer med henblik på at give organisationer, der tager sig af nødopkald og er godkendte som sådanne af en medlemsstat, herunder retshåndhævende myndigheder, ambulancetjenester og brandvæsener, mulighed for at reagere på sådanne opkald.

Artikel 11

Automatisk viderestilling

Medlemsstaterne sikrer, at enhver abonnent har mulighed for ved hjælp af en simpel, gebyrfri anordning at forhindre en tred-

jemand i at foretage automatisk viderestilling til abonnentens terminal.

Artikel 12

Abonnentfortegnelser

1. Medlemsstaterne sikrer, at abonnenterne gebyrfrit, og inden de medtages i fortegnelsen, underrettes om formålet med en trykt eller elektronisk abonnentfortegnelse, som er offentligt tilgængelig eller kan benyttes via oplysningstjenester, og hvori personoplysninger om abonnenterne kan medtages, og at de underrettes om andre anvendelsesmuligheder heraf på grundlag af søgefunktioner, som er indbygget i elektroniske udgaver af fortegnelsen.

2. Medlemsstaterne sikrer, at abonnenterne får mulighed for at bestemme, om deres personoplysninger skal medtages i en offentlig fortegnelse, og i så fald hvilke, for så vidt sådanne oplysninger er relevante for formålet med fortegnelsen som angivet af udbyderen af fortegnelsen, samt mulighed for at kontrollere, få rettet eller slettet sådanne oplysninger. Det skal være gebyrfrit ikke at være medtaget i en offentlig abonnentfortegnelse og at få kontrolleret, rettet, eller slettet personoplysninger i den.

3. Medlemsstaterne kan kræve, at abonnenter skal anmodes om supplerende samtykke til, at en offentlig fortegnelse anvendes til ethvert formål, der går ud over søgning efter adresseoplysninger om personer på grundlag af deres navn og eventuelt et minimum af andre identifikatorer.

4. Stk. 1 og 2 finder anvendelse på abonnenter, der er fysiske personer. Medlemsstaterne sikrer endvidere inden for rammerne af gældende fællesskabsret og national lovgivning, at de legitime interesser for abonnenter, der ikke er fysiske personer, nyder tilstrækkelig beskyttelse for så vidt angår deres optagelse i offentlige abonnentfortegnelser.

Artikel 13

Unmodet kommunikation

1. Anvendelse af automatiserede opkaldsanordninger uden menneskelige indgreb (automatisk opkaldsmaskine), telefaxapparater (fax) eller elektronisk post med henblik på direkte markedsføring kan kun tillades over for abonnenter, som forudgående har givet deres samtykke hertil.

2. Uanset stk. 1 kan en fysisk eller juridisk person, hvis denne fra sine kunder modtager deres egne elektroniske adresseoplysninger vedrørende elektronisk post i forbindelse med salg af et produkt eller en tjenesteydelse i overensstemmelse med direktiv 95/46/EF, anvende disse elektroniske adresseoplysninger til direkte markedsføring af sine egne tilsvarende produkter eller tjenesteydelser, såfremt kunderne klart og utvetydigt har mulighed for let og gebyrfrit, at afvise en sådan anvendelse af de elektroniske adresseoplysninger, når de indsamles, og ved hver meddelelse, såfremt kunden ikke fra begyndelsen afviste denne anvendelse.

3. Medlemsstaterne træffer de fornødne foranstaltninger for at sikre — gebyrfrit — at uanmodet kommunikation, hvis formål er direkte markedsføring i andre tilfælde end dem, der er nævnt i stk. 1 og 2, ikke er tilladt, hverken i forhold til abonnenter, som ikke har givet deres samtykke til at modtage sådan kommunikation, eller i forhold til abonnenter, som har frabedt sig at modtage sådan kommunikation. Det afgøres i national lovgivning hvilken af de to muligheder der skal gælde.

4. Udsendelse af elektronisk post som led i direkte markedsføring, hvorved identiteten af den afsender, på hvis vegne meddelelsen sendes, tilsløres eller holdes skjult, eller uden en adresse, som modtageren kan henvende sig til for at få standset sådanne henvendelser, er under alle omstændigheder forbudt.

5. Stk. 1 og 3 finder anvendelse på abonnenter, der er fysiske personer. Medlemsstaterne sikrer endvidere inden for rammerne af gældende fællesskabsret og national lovgivning, at de legitime interesser for abonnenter, der ikke er fysiske personer, nyder tilstrækkelig beskyttelse for så vidt angår uanmodet kommunikation.

Artikel 14

Tekniske funktioner og standardisering

1. Ved gennemførelsen af bestemmelserne i dette direktiv drager medlemsstaterne omsorg for, at der ikke stilles bindende krav om, at terminaludstyr eller andet elektronisk kommunikationsudstyr skal indeholde specifikke funktioner, hvorved markedsføring af udstyr og den frie bevægelighed for sådant udstyr i medlemsstaterne og mellem disse hindres, jf. dog stk. 2 og 3.

2. I tilfælde, hvor bestemmelser i dette direktiv kun kan gennemføres ved et krav om specifikke tekniske funktioner i elektroniske kommunikationsnet, underretter medlemsstaterne Kommissionen herom efter proceduren i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22. juni 1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester ⁽¹⁾.

3. Hvor der er behov herfor, kan der vedtages foranstaltninger for at sikre, at terminaludstyr fremstilles på en måde, der er forenelig med brugernes ret til at beskytte og kontrollere anvendelsen af deres personoplysninger i overensstemmelse med direktiv 1999/5/EF og Rådets beslutning 87/95/EØF af 22. december 1986 om standardisering inden for informationsteknologi og telekommunikation ⁽²⁾.

Artikel 15

Anvendelsesområdet for visse bestemmelser i direktiv 95/46/EF

1. Medlemsstaterne 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,

⁽¹⁾ EFT L 204 af 21.7.1998, s. 37. Ændret ved direktiv 98/48/EF (EFT L 217 af 5.8.1998, s. 18).

⁽²⁾ EFT L 36 af 7.2.1987, s. 31. Senest ændret ved tiltrædelsesakten af 1994.

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/EF. 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 forskrifter skal være i overensstemmelse med fællesskabsrettens generelle principper, herunder principperne i EU-traktatens artikel 6, stk. 1 og 2.

2. Bestemmelserne i direktiv 95/46/EF, kapitel III, »retsmidler, ansvar og sanktioner«, finder anvendelse på nationale bestemmelser, der vedtages til nærværende direktivs gennemførelse, og på individuelle rettigheder afledt af nærværende direktiv.

3. Den gruppe vedrørende beskyttelse af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger, som blev nedsat ved artikel 29 i direktiv 95/46/EF, varetager også de opgaver, der er fastsat i artikel 30 i direktiv 95/46/EF med hensyn til de af dette direktiv omfattede forhold, dvs. beskyttelse af grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder samt legitime interesser i den elektroniske kommunikationssektor.

Artikel 16

Overgangsordninger

1. Artikel 12 finder ikke anvendelse på udgaver af abonnentfortegnelser, som allerede er fremstillet eller markedsført i trykt form eller i offline elektronisk form, inden de nationale bestemmelser, der vedtages i henhold til dette direktiv, træder i kraft.

2. Hvis personoplysninger om abonnenter på faste eller mobile offentlige taletelefonitjeneste er medtaget i en offentlig abonnentfortegnelse i overensstemmelse med direktiv 95/46/EF og artikel 11 i direktiv 97/66/EF, inden de nationale bestemmelser, der vedtages i henhold til dette direktiv, træder i kraft, kan personoplysninger om sådanne abonnenter fortsat medtages i denne offentlige fortegnelse i dens trykte eller elektroniske udgave, herunder udgaver med mulighed for »omvendt« søgning, medmindre abonnenter frabeder sig dette efter at have modtaget fuldstændige oplysninger om formålet og valgmulighederne i overensstemmelse med artikel 12 i dette direktiv.

Artikel 17

Gennemførelse i national ret

1. Medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest den 31. oktober 2003. De underretter straks Kommissionen herom.

Disse love og bestemmelser skal ved vedtagelsen indeholde en henvisning til dette direktiv eller skal ved offentliggørelsen ledsages af en sådan henvisning. De nærmere regler for henvisningen fastsættes af medlemsstaterne.

2. Medlemsstaterne meddeler Kommissionen teksten til de nationale retsfor skrifter, som de udsteder på det område, der er omfattet af dette direktiv, samt senere ændringer af disse forskrifter.

Artikel 18

Revision

Kommissionen forelægger senest tre år efter den i artikel 17, stk. 1, nævnte dato Europa-Parlamentet og Rådet en rapport om dette direktivs gennemførelse, dets virkninger for erhvervsdrivende og forbrugere, navnlig hvad angår bestemmelserne om uanmodet kommunikation, under hensyntagen til det internationale miljø. Kommissionen kan med henblik herpå anmode medlemsstaterne om oplysninger, som fremsendes hurtigst muligt. Kommissionen forelægger i givet fald forslag til ændring af dette direktiv og tager hensyn til resultaterne af ovennævnte rapport, eventuelle ændringer i sektoren og alle andre forslag, som den måtte finde nødvendige med henblik på at øge direktivets effektive virkning.

Artikel 19

Ophævelse

Direktiv 97/66/EF ophæves herved med virkning fra den i artikel 17, stk. 1, nævnte dato.

Henvisninger til det ophævede direktiv skal læses som henvisninger til dette direktiv.

Artikel 20

Ikrafttræden

Dette direktiv træder i kraft på dagen for offentliggørelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

Artikel 21

Adressater

Dette direktiv er rettet til medlemsstaterne.

Udfærdiget i Bruxelles, den 12. juli 2002.

På Europa-Parlamentets vegne

P. COX

Formand

På Rådets vegne

T. PEDERSEN

Formand

I

(Lovgivningsmæssige retsakter)

FORORDNINGER

EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2016/679

af 27. april 2016

om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse)

(EØS-relevant tekst)

EUROPA-PARLAMENTET OG RÅDET FOR DEN EUROPÆISKE UNION HAR —

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

under henvisning til forslag fra Europa-Kommissionen,

efter fremsendelse af udkast til lovgivningsmæssig retsakt til de nationale parlamenter,

under henvisning til udtalelse fra Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg ⁽¹⁾,

under henvisning til udtalelse fra Regionsudvalget ⁽²⁾,

efter den almindelige lovgivningsprocedure ⁽³⁾, og

ud fra følgende betragtninger:

- (1) Beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger er en grundlæggende rettighed. I artikel 8, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder («chartret») og i artikel 16, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) fastsættes det, at enhver har ret til beskyttelse af personoplysninger, der vedrører den pågældende.
- (2) Principperne og reglerne for beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af deres personoplysninger bør, uanset deres nationalitet eller bopæl, respektere deres grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, navnlig deres ret til beskyttelse af personoplysninger. Denne forordning har til formål at bidrage til skabelsen af et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed samt en økonomisk union og til økonomiske og sociale fremskridt, styrkelse af og konvergens mellem økonomierne inden for det indre marked og fysiske personers velfærd.
- (3) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF ⁽⁴⁾ har til formål at harmonisere beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder i forbindelse med behandlingsaktiviteter og at sikre den frie udveksling af personoplysninger mellem medlemsstaterne.

⁽¹⁾ EUT C 229 af 31.7.2012, s. 90.

⁽²⁾ EUT C 391 af 18.12.2012, s. 127.

⁽³⁾ Europa-Parlamentets holdning af 12.3.2014 (endnu ikke offentliggjort i EUT) og Rådets førstebehandlingsholdning af 8.4.2016 (endnu ikke offentliggjort i EUT). Europa-Parlamentets holdning af 14.4.2016.

⁽⁴⁾ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT L 281 af 23.11.1995, s. 31).

- 22) »berørt tilsynsmyndighed«: en tilsynsmyndighed, der er berørt af en behandling af personoplysninger, fordi:
- den dataansvarlige eller databehandleren er etableret på denne tilsynsmyndigheds medlemsstats område
 - de registrerede, der har bopæl i denne tilsynsmyndigheds medlemsstat, i væsentlig grad er påvirket af eller sandsynligvis i væsentlig grad vil kunne blive påvirket af behandlingen, eller
 - en klage er blevet indgivet til denne tilsynsmyndighed
- 23) »grænseoverskridende behandling«:
- behandling af personoplysninger, der finder sted som led i aktiviteter, som udføres for en dataansvarligs eller en databehandleres virksomheder i mere end én medlemsstat i Unionen, hvor den dataansvarlige eller databehandleren er etableret i mere end én medlemsstat, eller
 - behandling af personoplysninger, der finder sted som led i aktiviteter, som udføres for en dataansvarligs eller en databehandleres eneste etablering i Unionen, men som i væsentlig grad påvirker eller sandsynligvis i væsentlig grad vil kunne påvirke registrerede i mere end én medlemsstat
- 24) »relevant og begrundet indsigelse«: en indsigelse mod et udkast til afgørelse om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af denne forordning, eller hvorvidt en planlagt foranstaltning i forbindelse med den dataansvarlige eller databehandleren overholder denne forordning, og som klart påviser betydningen af de risici, som udkastet til afgørelse udgør for registreredes grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og, hvis det er relevant, for den frie udveksling af personoplysninger i Unionen
- 25) »informationssamfundstjeneste«: en tjeneste som defineret i artikel 1, stk. 1, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/1535 ⁽¹⁾
- 26) »international organisation«: en folkeretlig organisation og organer, der er underordnet den, samt ethvert andet organ, der er oprettet ved eller med hjemmel i en aftale mellem to eller flere lande.

KAPITEL II

Principper

Artikel 5

Principper for behandling af personoplysninger

- Personoplysninger skal:
 - behandles lovligt, rimeligt og på en gennemsigtig måde i forhold til den registrerede (»lovlighed, rimelighed og gennemsigtighed«)
 - indsamles til udtrykkeligt angivne og legitime formål og må ikke viderebehandles på en måde, der er uforenelig med disse formål; viderebehandling til arkivformål i samfundets interesse, til videnskabelige eller historiske forskningsformål eller til statistiske formål i overensstemmelse med artikel 89, stk. 1, skal ikke anses for at være uforenelig med de oprindelige formål (»formålsbegrænsning«)
 - være tilstrækkelige, relevante og begrænset til, hvad der er nødvendigt i forhold til de formål, hvortil de behandles (»dataminimering«)
 - være korrekte og om nødvendigt ajourførte; der skal tages ethvert rimeligt skridt for at sikre, at personoplysninger, der er urigtige i forhold til de formål, hvortil de behandles, straks slettes eller berigtiges (»rigtighed«)

⁽¹⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/1535 af 9. september 2015 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester (EUT L 241 af 17.9.2015, s. 1).

- e) opbevares på en sådan måde, at det ikke er muligt at identificere de registrerede i et længere tidsrum end det, der er nødvendigt til de formål, hvortil de pågældende personoplysninger behandles; personoplysninger kan opbevares i længere tidsrum, hvis personoplysningerne alene behandles til arkivformål i samfundets interesse, til videnskabelige eller historiske forskningsformål eller til statistiske formål i overensstemmelse med artikel 89, stk. 1, under forudsætning af, at der implementeres passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger, som denne forordning kræver for at sikre den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder (»opbevaringsbegrænsning«)
 - f) behandles på en måde, der sikrer tilstrækkelig sikkerhed for de pågældende personoplysninger, herunder beskyttelse mod uautoriseret eller ulovlig behandling og mod hændeligt tab, tilintetgørelse eller beskadigelse, under anvendelse af passende tekniske eller organisatoriske foranstaltninger (»integritet og fortrolighed«).
2. Den dataansvarlige er ansvarlig for og skal kunne påvise, at stk. 1 overholdes (»ansvarlighed«).

Artikel 6

Lovlig behandling

1. Behandling er kun lovlig, hvis og i det omfang mindst ét af følgende forhold gør sig gældende:
- a) Den registrerede har givet samtykke til behandling af sine personoplysninger til et eller flere specifikke formål.
 - b) Behandling er nødvendig af hensyn til opfyldelse af en kontrakt, som den registrerede er part i, eller af hensyn til gennemførelse af foranstaltninger, der træffes på den registreredes anmodning forud for indgåelse af en kontrakt.
 - c) Behandling er nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse, som påhviler den dataansvarlige.
 - d) Behandling er nødvendig for at beskytte den registreredes eller en anden fysisk persons vitale interesser.
 - e) Behandling er nødvendig af hensyn til udførelse af en opgave i samfundets interesse eller som henhører under offentlig myndighedsudøvelse, som den dataansvarlige har fået pålagt.
 - f) Behandling er nødvendig for, at den dataansvarlige eller en tredjemand kan forfølge en legitim interesse, medmindre den registreredes interesser eller grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der kræver beskyttelse af personoplysninger, går forud herfor, navnlig hvis den registrerede er et barn.

Første afsnit, litra f), gælder ikke for behandling, som offentlige myndigheder foretager som led i udførelsen af deres opgaver.

2. Medlemsstaterne kan opretholde eller indføre mere specifikke bestemmelser for at tilpasse anvendelsen af denne forordnings bestemmelser om behandling med henblik på overholdelse af stk. 1, litra c) og e), ved at fastsætte mere præcist specifikke krav til behandling og andre foranstaltninger for at sikre lovlig og rimelig behandling, herunder for andre specifikke databehandlingssituationer som omhandlet i kapitel IX.
3. Grundlaget for behandling i henhold til stk. 1, litra c) og e), skal fremgå af:
- a) EU-retten, eller
 - b) medlemsstaternes nationale ret, som den dataansvarlige er underlagt.

Formålet med behandlingen skal være fastlagt i dette retsgrundlag eller for så vidt angår den behandling, der er omhandlet i stk. 1, litra e), være nødvendig for udførelsen af en opgave i samfundets interesse eller som henhører under offentlig myndighedsudøvelse, som den dataansvarlige har fået pålagt. Dette retsgrundlag kan indeholde specifikke bestemmelser med henblik på at tilpasse anvendelsen af bestemmelserne i denne forordning, bl.a. de generelle betingelser for lovlighed af den dataansvarliges behandling, hvilke typer oplysninger der skal behandles, berørte registrerede, hvilke enheder personoplysninger må videregives til, og formålet hermed, formålsbegrænsninger, opbevaringsperioder og

behandlingsaktiviteter samt behandlingsprocedurer, herunder foranstaltninger til sikring af lovlige og rimelige behandling såsom i andre specifikke databehandlingssituationer som omhandlet i kapitel IX. EU-retten eller medlemsstaternes nationale ret skal opfylde et formål i samfundets interesse og stå i rimeligt forhold til det legitime mål, der forfølges.

4. Når behandling til et andet formål end det, som personoplysningerne er indsamlet til, ikke er baseret på den registreredes samtykke eller EU-retten eller medlemsstaternes nationale ret, som udgør en nødvendig og forholdsmæssig foranstaltning i et demokratisk samfund af hensyn til de mål, der er omhandlet i artikel 23, stk. 1, tager den dataansvarlige, for at afgøre, om behandling til et andet formål er forenelig med det formål, som personoplysningerne oprindeligt blev indsamlet til, bl.a. hensyn til følgende:

- a) enhver forbindelse mellem det formål, som personoplysningerne er indsamlet til, og formålet med den påtænkte viderebehandling
- b) den sammenhæng, hvori personoplysningerne er blevet indsamlet, navnlig med hensyn til forholdet mellem den registrerede og den dataansvarlige
- c) personoplysningernes art, navnlig om særlige kategorier af personoplysninger behandles, jf. artikel 9, eller om personoplysninger vedrørende straffedomme og lovovertrædelser behandles, jf. artikel 10
- d) den påtænkte viderebehandlings mulige konsekvenser for de registrerede
- e) tilstedeværelse af fornødne garantier, som kan omfatte kryptering eller pseudonymisering.

Artikel 7

Betingelser for samtykke

1. Hvis behandling er baseret på samtykke, skal den dataansvarlige kunne påvise, at den registrerede har givet samtykke til behandling af sine personoplysninger.
2. Hvis den registreredes samtykke gives i en skriftlig erklæring, der også vedrører andre forhold, skal en anmodning om samtykke forelægges på en måde, som klart kan skelnes fra de andre forhold, i en letforståelig og lettilgængelig form og i et klart og enkelt sprog. Enhver del af en sådan erklæring, som udgør en overtrædelse af denne forordning, er ikke bindende.
3. Den registrerede har til enhver tid ret til at trække sit samtykke tilbage. Tilbagetrækning af samtykke berører ikke lovligheden af den behandling, der er baseret på samtykke inden tilbagetrækningen. Inden der gives samtykke, skal den registrerede oplyses om, at samtykket kan trækkes tilbage. Det skal være lige så let at trække sit samtykke tilbage som at give det.
4. Ved vurdering af, om samtykke er givet frit, tages der størst muligt hensyn til, bl.a. om opfyldelse af en kontrakt, herunder om en tjenesteydelse, er gjort betinget af samtykke til behandling af personoplysninger, som ikke er nødvendig for opfyldelse af denne kontrakt.

Artikel 8

Betingelser for et barns samtykke i forbindelse med informationssamfundstjenester

1. Hvis artikel 6, stk. 1, litra a), finder anvendelse i forbindelse med udbud af informationssamfundstjenester direkte til børn, er behandling af personoplysninger om et barn lovlige, hvis barnet er mindst 16 år. Er barnet under 16 år, er sådan behandling kun lovlige, hvis og i det omfang samtykke gives eller godkendes af indehaveren af forældremyndigheden over barnet.

Medlemsstaterne kan ved lov fastsætte en lavere aldersgrænse til disse formål, forudsat at en sådan aldersgrænse ikke er under 13 år.

6. Retssager med henblik på udøvelse af retten til at modtage erstatning anlægges ved de domstole, der er kompetente i henhold til national ret i den medlemsstat, der er omhandlet i artikel 79, stk. 2.

Artikel 83

Generelle betingelser for pålæggelse af administrative bøder

1. Hver tilsynsmyndighed sikrer, at pålæggelse af administrative bøder i henhold til denne artikel for overtrædelse af denne forordning som omhandlet i stk. 4, 5 og 6 i hver enkelt sag er effektiv, står i rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning.

2. Afhængigt af omstændighederne i hver enkelt sag pålægges administrative bøder i tillæg til eller i stedet for foranstaltninger som omhandlet i artikel 58, stk. 2, litra a)-h) og j)). Når der træffes afgørelse om, hvorvidt der skal pålægges en administrativ bøde, og om den administrative bødes størrelse i hver enkelt sag, tages der behørigt hensyn til følgende:

- a) overtrædelsens karakter, alvor og varighed under hensyntagen til pågældende behandlings karakter, omfang eller formål samt antal registrerede, der er berørt, og omfanget af den skade, som de har lidt
- b) hvorvidt overtrædelsen blev begået forsætligt eller uagtsomt
- c) eventuelle foranstaltninger, der er truffet af den dataansvarlige eller databehandleren for at begrænse den skade, som den registrerede har lidt
- d) den dataansvarliges eller databehandlerens grad af ansvar under hensyntagen til tekniske og organisatoriske foranstaltninger, som de har gennemført i henhold til artikel 25 og 32
- e) den dataansvarliges eller databehandlerens eventuelle relevante tidligere overtrædelser
- f) graden af samarbejde med tilsynsmyndigheden for at afhjælpe overtrædelsen og begrænse de negative konsekvenser, som overtrædelsen måtte have givet anledning til
- g) de kategorier af personoplysninger, der er berørt af overtrædelsen
- h) den måde, hvorpå tilsynsmyndigheden fik kendskab til overtrædelsen, navnlig om den dataansvarlige eller databehandleren har underrettet om overtrædelsen, og i givet fald i hvilket omfang
- i) overholdelse af de foranstaltninger, der er omhandlet i artikel 58, stk. 2, hvis der tidligere over for den pågældende dataansvarlige eller databehandler er blevet truffet sådanne foranstaltninger med hensyn til samme genstand
- j) overholdelse af godkendte adfærdskodekser i henhold til artikel 40 eller godkendte certificeringsmekanismer i henhold til artikel 42, og
- k) om der er andre skærpende eller formildende faktorer ved sagens omstændigheder, såsom opnåede økonomiske fordele eller undgåede tab som direkte eller indirekte følge af overtrædelsen.

3. Hvis en dataansvarlig eller en databehandler forsætligt eller uagtsomt i forbindelse med de samme eller forbundne behandlingsaktiviteter overtræder flere bestemmelser i denne forordning, må den administrative bødes samlede størrelse ikke overstige beløbet for den alvorligste overtrædelse.

4. Overtrædelse af følgende bestemmelser straffes i overensstemmelse med stk. 2 med administrative bøder på op til 10 000 000 EUR, eller hvis det drejer sig om en virksomhed, med op til 2 % af dens samlede globale årlige omsætning i det foregående regnskabsår, såfremt dette beløb er højere:

- a) den dataansvarliges og databehandlerens forpligtelser i henhold til artikel 8, 11, 25-39 og 42 og 43
- b) certificeringsorganets forpligtelser i henhold til artikel 42 og 43
- c) kontrolorganets forpligtelser i henhold til artikel 41, stk. 4.

5. Overtrædelse af følgende bestemmelser straffes i overensstemmelse med stk. 2 med administrative bøder på op til 20 000 000 EUR, eller hvis det drejer sig om en virksomhed, med op til 4 % af dens samlede globale årlige omsætning i det foregående regnskabsår, såfremt dette beløb er højere:
- de grundlæggende principper for behandling, herunder betingelserne for samtykke, i artikel 5, 6, 7 og 9
 - de registreredes rettigheder i henhold til artikel 12-22
 - overførsel af personoplysninger til en modtager i et tredjeland eller en international organisation i henhold til artikel 44-49
 - eventuelle forpligtigelser i medfør af medlemsstaternes nationale ret vedtaget i henhold til kapitel IX
 - manglende overholdelse af et påbud eller en midlertidig eller definitiv begrænsning af behandling eller tilsynsmyndighedens suspension af overførsel af oplysninger i henhold til artikel 58, stk. 2, eller manglende adgang i strid med artikel 58, stk. 1.
6. Manglende overholdelse af et påbud fra tilsynsmyndigheden som omhandlet i artikel 58, stk. 2, straffes i overensstemmelse med nærværende artikels stk. 2 med administrative bøder på op til 20 000 000 EUR, eller hvis det drejer sig om en virksomhed, med op til 4 % af dens samlede globale årlige omsætning i det foregående regnskabsår, såfremt dette beløb er højere.
7. Uden at det berører tilsynsmyndighedernes korrigerende beføjelser i henhold til artikel 58, stk. 2, kan hver medlemsstat fastsætte regler om, hvorvidt og i hvilket omfang administrative bøder må pålægges offentlige myndigheder og organer, der er etableret i den pågældende medlemsstat.
8. Tilsynsmyndighedens udøvelse af beføjelser i henhold til denne artikel skal være underlagt fornødne proceduremæssige garantier i overensstemmelse med EU-retten og medlemsstaternes nationale ret, bl.a. effektive retsmidler og retfærdig procedure.
9. Hvis en medlemsstats retssystem ikke giver mulighed for at pålægge administrative bøder, kan denne artikel anvendes på en sådan måde, at den kompetente tilsynsmyndighed tager skridt til bøder, og de kompetente nationale domstole pålægger dem, idet det sikres, at disse retsmidler er effektive, og at deres virkning svarer til virkningen af administrative bøder, som pålægges af tilsynsmyndighederne. Bøder skal under alle omstændigheder være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning. De pågældende medlemsstater giver Kommissionen meddelelse om bestemmelserne i deres love, som de vedtager i henhold til dette stykke, senest den 25. maj 2018 og underretter den straks om alle senere ændringslove eller ændringer, der berører dem.

Artikel 84

Sanktioner

- Medlemsstaterne fastsætter regler om andre sanktioner, der skal anvendes i tilfælde af overtrædelser af denne forordning, navnlig overtrædelser, som ikke er underlagt administrative bøder i henhold til artikel 83, og træffer alle nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de anvendes. Sanktionerne skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning.
- Hver medlemsstat giver senest den 25. maj 2018 Kommissionen meddelelse om de bestemmelser, som den vedtager i henhold til stk. 1, og underretter den straks om alle senere ændringer, der berører dem.

KAPITEL IX

Bestemmelser vedrørende specifikke behandlingssituationer

Artikel 85

Behandling og ytrings- og informationsfriheden

- Medlemsstaterne forener ved lov retten til beskyttelse af personoplysninger i henhold til denne forordning med retten til ytrings- og informationsfrihed, herunder behandling i journalistisk øjemed og med henblik på akademisk, kunstnerisk eller litterær virksomhed.

Menneskerettighedskonventionen

Art. 8

Stk. 1. (52) Enhver har ret til respekt for sit privatliv(53) og familieliv,(54) sit hjem(55) og sin korrespondance.(56)

Stk. 2. (57) Ingen offentlig myndighed må gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, medmindre det sker i overensstemmelse med loven(58) og er nødvendigt i et demokratisk samfund(59) 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.(60)

Karnovs noter

52) Art. 8 er blandt de i praksis mest betydningsfulde artikler. Retspraksis om bestemmelsen er særdeles omfattende, hvorfor der i øvrigt henvises til speciallitteraturen. Bestemmelsen indeholder en beskyttelse mod indgreb i de nævnte rettigheder, jf. nærmere stk. 2. Bestemmelsen indeholder desuden positive forpligtelser fra staten til at beskytte de nævnte rettigheder, dels ved handlinger direkte over for private, dels ved statens beskyttelse af individer over for andre individer. I begge tilfælde foretages i sidste ende en samlet afbalancering af de i sagen relevante hensyn. Art. 8 kan krænkes som følge af forhold i et andet land, jf. fx **EMD 2006-10-12** Mayeka og Mitunga om udsendelse af uledsagede mindreårige asylansøgere til Congo og ikke til Canada, hvor moderen opholdt sig. Om EMD's fortolkning af statens positive pligt til at beskytte borgerne mod krænkelser begået af private i forhold til ensretningsprincippet i [rpl](#) kap. 89, se **H. Bang Fuglsang Sørensen** i [U 2014 B 1](#).

53) Bestemmelsen angår fysiske, moralske og psykologiske aspekter af den personlige integritet, den personlige identitet og den personlige autonomi. Eksempelvis fastslog domstolen i **EMD 2011-09-15** Schneider mod Tyskland, at fastlæggelsen af den retlige forbindelse mellem en biologisk far og hans søn vedrørte en vigtig del af klagers identitet og derved hans ret til privatliv i henhold til art. 8; krænkelse. Se også **EMD 2011-11-03** X og Y mod Kroatien (unødvendig igangsættelse af proces til fratagelse af klagers retlige handleevne var en krænkelse af hendes rettigheder efter art. 8), samt **EMD 2017-03-23** A.-M.V. mod Finland (begrænsning af klagers ret til selvbestemmelse; ikke krænkelse). Professionelle og kommercielle forhold kan være omfattet, jf. om virksomhedslokaler **EMD 1992-12-16** Niemietz og **EMD 2010-10-19** Özpınar mod Tyrkiet om en disciplinærsag mod en dommer. Se også **EMD 2010-11-02** Gillberg mod Sverige, hvor **EMD** fastslog, at institutionelle forhold kan indebære en begrænsning af retten til selvbestemmelse i professionelle forhold (ikke krænkelse). **Anvendelsesområdet** afgrænses ikke ud fra generelle kriterier, men ud fra den betragtning, at indgrebet skal overstige et minimum af intensitet, jf. **EMD 2006-09-26** Wainwrights om kropsvisitering og **EMD 2003-07-17** Perry om tv-overvågning (ikke beskyttelse af art. 8 i det offentlige rum). **EMD 2011-11-03** X og Y mod Kroatien (manglende honorering af ønske om enkeltværelse på et plejehjem; ikke krænkelse). Se desuden **EMD 2015-05-28** Y mod Slovenien (klager blev under retssag om seksuelle krænkelser afhørt af vedkommende, der var anklaget for at have begået disse. Krænkelse). Klassiske eksempler på beskyttelsesområder er beskyttelse mod fysiske overgreb, tvangsforanstaltninger og straffeprocessuelle tvangsindgreb, herunder fotografering samt opbevaring af fx DNA-profiler, vævsprøver og fingeraftryk, jf. om sidstnævnte **EMD 2008-12-04** S. og Marper og **EMD 2010-10-12** Gillan og Quinton om visitationszoner. Se **EMD 2010-09-02** Uzun mod Tyskland om GPS-overvågning som bevismateriale i en straffesag. Beskyttelse mod ytringer kan ligeledes være omfattet, jf. fx **EMD 2009-10-27** Haralambie og **EMD 2004-06-24** von Hannover. I **EMD 2011-05-10** Mosley mod Storbritannien fastslog domstolen, at der ikke er grundlag for at kræve, at en person skal modtage en forhåndsmeddelelse inden et medie bringer en historie, der muligvis krænker samme persons privatliv. Se **EMD 2002-07-11** Christine Goodwin om fravær af juridisk anerkendelse af kønsskiftede personers køn (krænkelse). Se desuden **EMD 2015-03-10** Y.Y. mod Tyrkiet, hvor

tilladelse til kønsskifteoperation var betinget af, at vedkommende ikke var i stand til at få børn (krænkelse). Efter kønsskiftet anerkendes de facto samliv mellem en mand og en kvinde i **EMD 1997-04-22 X, Y og Z mod Storbritannien**, men retten til adoption af partnerens barn anerkendes (endnu) ikke. Se **B.L. Kristiansen og M. Holdgaard »Kønsskifte - juridiske set«**, 2004, og **M. Holdgaard** i EU-ret og Menneskeret 2003/2 70. **EMD 1981-10-22 Dudgeon mod Storbritannien** om straf for homoseksuelt samvær (krænkelse), **EMD 1997-02-19 Laskey, Jaggard og Brown mod Storbritannien** om kriminalisering af sadomasochistiske udfoldelser (ikke krænkelse), **EMD 1997-12-16 Camenzind mod Schweiz**, hvor Domstolen påser, om nationale regler efter en konkret vurdering indeholder tilstrækkelige retssikkerhedsgarantier, **EMD 1996-10-24 Guillot mod Frankrig** og **EMD 2007-09-06 Johansson mod Finland** om navnerettigheder. I **EMD 2007-12-13 Emonet m.fl. mod Schweiz** tog **EMD** stilling til nationale regler om adoption og det efterfølgende retlige slægtskab (krænkelse). **EMD 2009-05-28 Bigaeva mod Grækenland** om en person fra et tredjeland's ret til optagelse i Athens advokatsamfund; krænkelse. Der er desuden praksis om ransagning, beslaglæggelse, konfiskation, personers civile status, myndigheders registrering, opbevaring, videregivelse og offentliggørelse af personoplysninger (se **EMD 1987-03-26 Leander mod Sverige**, **EMD 2000-05-04 Rotaru mod Rumænien** og **EMD 2007-04-03 Copland mod Storbritannien**). Om opbevaring af fingeraftryk og dna-prøve efter manglende domsfældelse, se **EMD 2008-12-04 S. og Marper**. **EMD** fandt, at den britiske lovgivning som hjemlede adgang til tidsubegrænset opbevaring af oplysninger var for generel og udgjorde en krænkelse af art. 8. **EMD 2009-12-17 Bouchacourt mod Frankrig**, Gardel mod Frankrig og M.B. mod Frankrig (om oprettelse af national database over seksual- og voldsforbrydere; ikke krænkelse. Klagerne havde effektiv mulighed for at fremsætte anmodning om sletning af oplysninger fra databasen og anvendelse af oplysningerne var forbeholdt nøje fastlagte omstændigheder, seksuelle forhold, konfiskering af pas, samt visse tilfælde af frihedsberøvelse eller disciplinære foranstaltninger). **EMD 2011-10-18 Khelili mod Schweiz** (klager i 15 år registret i politiets register som "prostitueret" på baggrund af en tvivlsom politiforretning; krænkelse). **EMD 2017-04-27 Sommer mod Tyskland** (om indhentning af bankoplysninger i straffesag, ved bred og omfattende anmodning fra anklagemyndigheden, der alene vare afkrævet i tid. Efterfølgende manglende tilintetgørelse og manglende processuelle garantier. Krænkelse). **EMD 2017-05-30 Trabajo Rueda mod Spanien** (beslaglæggelse af computer og undersøgelse af filer for børnepornografisk materiale, uden forudgående retskendelse, var ikke proportionalt med det lovlige formål som indgrebet forfulgte. Det var ikke nødvendigt i et demokratisk samfund, da fravigelse af krav om retskendelse kun kan retfærdiggøres i nødsituationer). Se endvidere **EMD 2017-09-05 Bărbulescu mod Rumænien** (om arbejdsgivers overvågning af medarbejders kommunikation uden vedkommendes viden) og **EMD 2018-02-22 Libert mod Frankrig** (ikke krænkelse, at arbejdsgiver havde åbnet ansats private mapper på arbejdscomputer, hvori der fandtes pornografisk materiale, på baggrund af sagens konkrete omstændigheder, herunder at mapperne ikke var markeret med "privat" som foreskrevet af virksomhedens brugervejledning). **EMD 2018-01-18 FNASS m.fl. mod Frankrig** (om sportsudøveres forpligtelser over for antidopingagentur, herunder oplysningspligt om opholdssted, daglige bevægelser og pligt til at stå til rådighed for prøvetagning i en time. Ikke krænkelse). **EMD 2005-06-16 Storck mod Tyskland** om tvangsmæssig lægelig behandling, **EMD 2002-04-29 Pretty mod Storbritannien** om tvangsmæssig ordineret af medicin og **EMD 2007-07-26 Schmidt mod Frankrig** om barn fjernet og anbragt uden for hjemmet (ikke krænkelse). **EMD 2011-11-08 V.C. mod Slovakiet** (om tvangssterilisering af kvinde med romabaggrund; krænkelse). I **EMD 2015-08-27 Parrillo mod Italien** fandt Domstolen, at forbud mod donation af embryor til forskning var et indgreb i klagers privatliv, men at det lå inden for statens skønsmargin; ikke krænkelse. Domstolen har fastslået, at retten til privatliv omfatter såvel retten til at blive forældre som retten til ikke at blive forældre, jf. **EMD 2007-04-10 Evans mod Storbritannien**. I **EMD 2008-10-14 Petrina mod Rumænien** slog Domstolen fast, at staten ikke havde levet op til sin positive forpligtelse under art. 8 til at beskytte klagers omdømme ved at foretage en rimelig afvejning over for det modstående hensyn til ytringsfriheden; krænkelse. Modsat **EMD 2015-02-19 Ernst August von Hannover**, hvor hensynet til ytringsfriheden vejede tungest. Se også **EMD 2009-04-09 A. mod Norge**; krænkelse. Vedrørende rækkevidden af staters positive forpligtelser til at sikre bevægelseshæmmede adgang til offentlige steder, se **EMD 2010-09-30 Farcas mod Rumænien** (art. 8 finder anvendelse, når den manglende tilgængelighed forhindrer personen i at udnytte sin ret til personlig udvikling og til at etablere og udvikle sit forhold til omverdenen; ikke krænkelse). I **EMD 2011-01-20 Haas mod Schweiz** fastslog domstolen, at retten til at beslutte, hvordan og på hvilket tidspunkt man ønsker at afslutte sit eget liv, er omfattet af begrebet "privatliv" i art. 8, under forudsætning af, at man er i stand til at bruge sin frie vilje og handle i konsekvens deraf. **EMRK art. 2** om retten til liv pålægger imidlertid staterne en forpligtelse til at beskytte sårbare personer, også mod deres egne handlinger, og derved sikre, at en beslutning om selvmord også er udtryk for personens frie vilje. At gøre dødelig medicin receptpligtig

er et passende middel til at forvalte statens pligt efter art. 2, og det var derfor ikke en krænkelse af art. 8. I **EMD 2012-01-10** Di Sarno m.fl. mod Italien udgjorde myndighedernes affaldshåndtering et brud på respekten for privatliv. Myndighedernes ansvar bestod, selvom opgaven var udliciteret til en privat virksomhed. Nationale domstoles manglende forbud mod efterfølgende offentliggørelse af fotografier af et berømt par udgjorde ikke en overtrædelse, se **EMD 2012-02-07** Von Hannover mod Tyskland. **EMD 2012-02-14** Romet mod Nederlandene, om identitetstyveri på grund af myndighedernes manglende mulighed for spærre kørekort (krænkelse). I **EMD 2014-10-09**, Konovalova mod Rusland, var det en krænkelse af klagers privatliv, at medicinstuderende havde været til stede under hendes fødsel. **EMD 2015-10-27** R.E. mod Storbritannien (krænkelse af nationale regler om overvågning af samtaler mellem varetægtsfængslede og forsvarere ikke indeholdt tilstrækkelige garantier mod misbrug). **EMD 2016-06-14** Biržietis mod Litauen (absolut forbud mod at gro skæg i fængsel; krænkelse). Om positiv forpligtelse til at sikre persons fysiske og psykiske integritet, se **EMD 2018-02-01** Hadzhieva mod Bulgarien (krænkelse, at politiet ikke havde underrettet de relevante myndigheder om anholdelsen af begge forældre, og at myndighederne ikke havde sikret sig, at der var nogen, der tog sig af 14-årigt barn, der var overladt til sig selv).

54) Familieliv kan omfatte faktisk samlevende. Homoseksuelle forhold nyder ikke selvstændig beskyttelse, men falder dog inden for rammerne af art. 8 med den virkning, at diskriminationsforbuddet i art. 14 gælder. Se også art. 12. **EMD 2015-07-21** Oliari mod Italien (krænkelse, at italiensk ret ikke gav muligheder for at opnå juridisk anerkendelse og beskyttelse af homoseksuelles forhold, f.eks. i form af registeret partnerskab). Art. 8 skal ikke fortolkes således, at den pålægger staterne en forpligtelse til at anerkende religiøse ægteskaber, jf. **EMD 2010-11-02** Serife Yigit mod Tyrkiet, eller ægteskaber mellem en voksen og en mindreårig, jf. **EMD 2015-12-08** Z.H. og R.H. mod Schweiz. Art. 8 indeholder en positiv forpligtelse for staten til at sikre retten til familieliv, jf. eksempelvis **EMD 2011-07-26** Shaw mod Ungarn (krænkelse). Familieliv kan også omfatte »intended family life«, f.eks. imellem en biologisk fader og et mindreårigt barn, som bor hos moderen eller tredjemand, jf. **EMD 2004-06-01** Lebbink mod Holland, hvoraf fremgår, at såfremt forældrene ikke bor eller har boet sammen, lægges der vægt på forholdets stabilitet i form af tætte, personlige bånd. Hvor barnet ikke er gammelt nok til, at en sådan tilknytning kan være opstået, lægges vægt på forholdet mellem begge forældre og (oftest) faderens udviste tilknytning til barnet. Se blandt mange eksempler **EMD 2000-07-13** Elsholz mod Tyskland, **EMD 2003-07-08** Sommerfeld mod Tyskland, **EMD 1994-09-23** Hokkanen mod Finland og **EMD 1999-06-29** Nylund mod Finland. **EMD 2012-04-10** K.A.B. mod Spanien, adoption trods faderens modstand (krænkelse samt af art. 6). I sager om forældre og deres børn, skal børnenes interesse altid vægtes højt. Se eksempelvis **EMD 2010-03-09** Wulff mod Danmark, hvor det var berettiget at tillægge hensynet til barnets tarv større vægt end hensynet til en formodet fars interesse i at få fastslået et biologisk faderskab. Se også **EMD 2011-12-13** X mod Letland om den retlige vurdering af en barnebortførelsessag efter Haagerkonventionen; krænkelse. Art. 8 finder også anvendelse på nære slægtskaber, eksempelvis mellem bedsteforældre og børnebørn. I **EMD 2011-11-10** Mallah mod Frankrig fandtes forholdet mellem klager og hans svigersøn at falde ind under bestemmelsen; ikke krænkelse, at klager havde fået en betinget dom for at have sin svigersøn boende, selvom svigersønnen ikke havde lovligt ophold i Frankrig. I **EMD 2015-07-16** Nazarenko mod Rusland fandt Domsolen, at art. 8 også omfatter andre familierelationer end biologiske. Se desuden **EMD 2015-03-24** Zait mod Rumænien (adoptivforhold omfattes af art. 8. Krænkelse at adoption blev annulleret). En mand har ikke ret til at blive hørt ved kvindes beslutning om abort, jf. **EMD 2002-09-05** Boso mod Italien. Et familieliv kan desuden bestå, selvom et ægtepar er separeret, jf. **EMD 2014-07-08**, M.P.E.V. m.fl. mod Schweiz. Stater har positive pligter til at sørge for, at subjekter har praktisk og effektiv adgang til at opnå separation, også i form af retshjælp, jf. **EMD 1979-10-09** Airey mod Irland. Ligeledes har stater en positiv forpligtelse til at yde en effektiv beskyttelse af den fysiske integritet for personer i en særlig sårbar situation og ikke alene sikre efterfølgende retsmidler, jf. **EMD 2007-03-20** Tysiac mod Polen om abortforbuds alvorlige konsekvenser for gravid kvinde (krænkelse) og **EMD 2011-09-27** M. og C. mod Rumænien vedrørende seksuelt misbrug af børn. Se også om statens positive forpligtelser i **EMD 2012-05-22** Santos Nunes mod Portugal om myndighedernes manglende omhu med at sikre udlevering af en bortført datter (krænkelse). I **EMD 2011-08-30** G. mod Storbritannien fastslog domstolen desuden, at medlemsstaterne har en vid skønsmargin til at indføre beskyttende foranstaltninger mod seksuelt misbrug af børn, og at det ikke er domstolens rolle at diktere indholdet af medlemsstaternes straffelovgivning. Domstolen fastslog i **EMD 2011-11-03** S.H. og andre mod Østrig, at medlemsstaterne har en vid skønsmargin i spørgsmål vedrørende lovgivning om kunstig befrugtning. Domstolen tilføjede dog, at området er under udvikling, og at det derfor skal følges nøje af medlemsstaterne. **EMD 2012-04-03** Van der Heijden mod Nederlandene; afvisning af

at fritage samlever for at vidne i en straffesag mod partneren udgjorde ikke en krænkelse. Domstolen overlader den enkelte medlemsstat et vidt skøn i forhold til at undtage fra vidnepligten af hensyn til samfundets interesse i at opklare forbrydelser.

Frihedsberøvede nyder en ret til familieliv, selvom fængsling uundgåeligt medfører begrænsninger i denne ret. En frihedsberøvet kan ikke selv vælge afsoningssted, og der kan indføres begrænsninger i sædvanlig udgangsret, hvor dette er nødvendigt af hensyn til at forebygge uorden og forbrydelse. I

EMD 2007-12-04 Dickson mod Storbritannien tog EMD stilling til spørgsmålet om, hvorvidt det var i strid med art. 8, at en indsat og hans kone blev nægtet adgang til kunstig befrugtning (krænkelse). I

EMD 2009-09-17 Enea mod Italien udgjorde det ikke en krænkelse, at klager under afsoning blev underlagt et særligt fængselsregime, der indebar en række begrænsninger i hans rettigheder. **EMD** lagde vægt på, at formålet var under henvisning til klagers farlighed at bryde båndene mellem de omhandlede frihedsberøvede og de kriminelle. **EMD 2012-01-19** Popov mod Frankrig i sagen havde en familie fået afslag på asyl og opholdstilladelse. Klagerne blev tilbageholdt på et detentionscenter godkendt til familier, mens deres udsendelse blev arrangeret. Tilbageholdelsen af familien før udsendelse udgjorde en krænkelse, da myndighederne ikke havde varetaget børnenes tarv tilstrækkeligt, ikke havde forsøgt at finde en anden løsning end tilbageholdelse i et detentionscenter og ej heller havde gennemført udsendelsen hurtigst muligt. I **EMD 2016-02-23** Mozer mod Moldova og Rusland forelå krænkelse, da klager blev nægtet besøg af sine forældre. Se tillige **EMD 2015-06-30** Khoroshenko mod Rusland, hvor begrænsninger i ret til familiebesøg var uproportionale.

55) EMD anlægger en selvstændig (autonom) fortolkning af begrebet hjemmet (engelsk »home« og fransk det bredere »domicile«) og lægger vægt på klagers tilstrækkelige og kontinuerlige tilknytning til et bestemt sted. Domstolen har i **EMD 2002-04-16** Société Colas Est m.fl. mod Frankrig udtalt, at **EMRK** under visse betingelser beskytter juridiske personers kontorer, forretningslokaler, m.v., herunder advokatkontorer, jf. **EMD 1992-12-19** Niemietz mod Tyskland. Der gælder ikke et krav om, at hjemmet skal være lovligt etableret, jf. **EMD 1996-09-25** Buckley mod Storbritannien, hvor en skurvogn tilhørende en person med romabaggrund på en fast ejendom ejet af klagerne blev anerkendt som et hjem. Se også **EMD 2013-10-17**, Winterstein m.fl. mod Frankrig, hvor klagerne gennem mange år havde boet fast i campingvogne mv. i en fransk kommune, hvilket var at betragte som deres hjem. Bolig- og planlovgivning kan efter omstændighederne krænke art. 8, jf. **EMD 1996-09-25** Buckley mod Storbritannien, hvorefter processuelle garantier indgår i vurderingen af, om retten er respekteret. I **EMD 2016-10-06** K.S. og M.S. mod Tyskland fandt Domstolen, at en ransagningskendelse baseret på ulovligt tilvejbragte beviser ikke krænkede art. 8). Miljøretlige forhold i bred forstand kan påvirke personers tilværelse i en sådan grad, at **EMRK** finder anvendelse og efter omstændighederne krænkes, jf. herom generelt **O.B. Nielsen** i **JUR 2007** 45-55 med redegørelse for **EMD's** praksis. Intensiv forurening kan krænke art. 8, jf. **EMD 1994-12-09** Lopez Ostra mod Spanien 303 C om placering af generende affaldsbehandlingsanlæg tæt på beboelse med alvorlige gener og sygdomsrisiko til følge, jf. også **EMD 1998-02-19** Guerra mod Italien (manglende vejledning af lokalbefolkning om katastrofeforholdsregler i forbindelse med stærkt forurenende virksomhed) og **EMD 2003-07-08** Hatton mod Storbritannien (støj fra Heathrow lufthavn). Se **U 2003 1328 H** (ved Europakommissionens anmodning om iværksættelse af en undersøgelse af en dansk virksomhed kræves i det væsentlige, at retten forvisser sig om, at der foreligger tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en mistanke om overtrædelse af konkurrencereglerne).

56) Korrespondance omfatter brud på enhver form for meddelelshemmelighed, herunder for f.eks. indsatte, jf. **EMD 1975-01-21** Golder mod Storbritannien og **EMD 2009-09-17** Enea mod Italien (krænkelse). Se desuden **EMD 2014-03-14** Bernh Larsen Holding AS m.fl. mod Norge vedrørende tre virksomheders fælles it-server, og hvor skattemyndighederne pålagde den ene virksomhed at udlevere hele serverens indhold i forbindelse med en skatterevision (ikke krænkelse), **EMD 2015-10-20** Sher m.fl. mod Storbritannien, hvor ransagningskendelse bl.a. omfattede alt korrespondance, bøger og elektronisk udstyr, hvilket ikke udgjorde en krænkelse, **EMD 2015-12-04** Roman Zakharov mod Rusland, hvor russisk lovgivning om overvågning udgjorde en krænkelse af art. 8. Se også **EMD 2016-01-12** Barbulescu mod Rumænien, hvor en arbejdsgivers overvågning af e-mailkonto til

arbejdsbrug ikke var en krænkelse.

57) Strukturen og fortolkningen af art. 8-11, stk. 2, er på det generelle plan og trods mindre variationer i ordlyden i al væsentlighed identisk i praksis. Klager skal påvise, at der er sket et indgreb i en beskyttet rettighed, hvorimod bevisbyrden for, at indgrebet kan legitimeres, i teorien påhviler den indklagede stat. På grund af de varierende retlige standarder på forskellige områder kan det imidlertid være åbenbart, at et indgreb er legitimt, hvorfor det ofte ikke giver megen mening at tale om statens bevisbyrde, idet staten ofte har vide skønsmæssige beføjelser til at begrænse rettighedsudøvelsen. Art. 8-11, stk. 2, opstiller tre overordnede og kumulative betingelser for at anse et indgreb i de beskyttede rettigheder for legitime: lovhjemmel, legitimt formål og nødvendighed i et demokratisk samfund.

58) Hjemmelskravet er en udmøntning af præambelens retsstatsprincip (»the rule of law«) og indebærer, at regelgrundlaget skal være tilgængeligt og tilstrækkeligt klart og præcist, herunder skal borgeren eventuelt med rådgivning med en efter de konkrete omstændigheder rimelig sikkerhed kunne forudse det retlige grundlags konsekvenser. Skønsmæssige bemyndigelser til indgreb skal være afgrænset af visse kriterier el.lign. Hjemmel kan fremgå af retspraksis, jf. **EMD 1979-04-26 Sunday Times mod Storbritannien**, eller bygge på international eller supranational ret, jf. **EMD 2005-06-30 Bosphorus mod Irland**, eller være et cirkulære gældende for et universitet, jf. **EMD 2005-11-10 Leyla Sahín mod Tyrkiet**. Hjemmelskravet bedømmes efter national ret. Kravet til retsgrundlagets klarhed stiger med indgrebets intensitet, jf. f.eks. **EMD 1990-04-24 Huvig mod Frankrig nr. 176-B** (telefonaflytning af et ægtepar; krænkelse pga. regelgrundlagets manglende præcision), **EMD 2000-05-04 Rotaru mod Rumænien** og **EMD 2009-03-10 Bykov mod Rusland** om politiets aflytning; krænkelse (se om brugen af ulovligt eller konventionsstridigt tilvejebragt bevis noten til art. 6, stk. 1, ad »retfærdig«). Der tages hensyn til, om reglerne angår en mindre eller bestemt gruppe, eksempelvis et bestemt erhverv, og der tages hensyn til adressatgruppens status og bestand, jf. **EMD 1995-09-26 Vogt mod Tyskland**. Det kan følge direkte af legalitetskravet/retsstatsprincippet, at skønsmæssige beføjelser til at foretage indgreb skal være processuelt afbalanceret, således at fraværet af processuel beskyttelse krænker ikke kun art. 6/13 men (også) hjemmelskravet, jf. **EMD 1984-08-02 Malone mod Storbritannien**, **EMD 2002-06-20 Al-Nashif mod Bulgarien** og **EMD 2007-12-06 Liu og Liu mod Rusland** om udvisning af person, der ansås for en fare for statens sikkerhed.

59) Nødvendighedskravet indebærer en afvejning af alle relevante hensyn. Proportionalitetsvurderingen varierer i henhold til formålet med indgrebet, indgrebets intensitet, og den ret og de konkrete aktiviteter, der gøres indgreb i. Da der er tale om en retlig vurdering, indgår europæiske og internationale standarder, herunder graden af konsensus eller fravær på samme, blandt demokratiske nationer, jf. **EMD 2002-07-11 Christine Goodwin mod Storbritannien**. Det er ikke afgørende, om der er konsensus eller ej, herunder fordi der kan være konsensus såvel om at beskytte en rettighed som om at begrænse den. Skal to konventionsrettigheder afvejes over for hinanden, vil staterne i princippet friere kunne vælge, om de vil beskytte den ene eller den anden rettighed, men begge rettigheder kræver et mål af beskyttelse, hvorfor staten kan overskride grænserne for sine beføjelser under **EMRK** ved at tillade uforholdsmæssige indgreb i én rettighed for at beskytte en anden rettighed, jf. f.eks. **EMD 2014-06-12 Fernández Martínez mod Spanien**, om afvejning af klagers privat- og familieliv over for det katolske trossamfunds ret til selvstyre, **EMD 2004-06-24 von Hannover mod Tyskland** om afvejning af tabloidpresses ytringsfrihed over for privatlivsbeskyttelsen og **EMD 2007-11-15 Pfeifer mod Østrig** også om afvejningen mellem retten til privatliv over for ytringsfriheden i en injuriesag. Se om dommen **H. Udsen** i **U 2006 B 161**, der anlægger en vid fortolkning, samt **S. Schaumburg-Müller** i **U 2006 B 229**, der anlægger en mere ligefrem fortolkning. Om afvejningen over for ytringsfriheden, se desuden **EMD 2014-03-14, Jelsevar m.fl. mod Slovenien** (roman inspireret af klagers mors liv, afvist som åbenbar grundløs). Værdier som pluralisme, tolerance og et åbent sind spiller en vis rolle, idet disse anses for kendetegnene for demokratiske samfund. Det påses ikke intensivt, om foranstaltningerne er egnede til at opnå det lovlige hensyn og underliggende formål. Når prøvelsen foretages af **EMD**, får staterne en videre skønsmargin, da **EMD** pga. subsidiaritetsprincippet ikke kan prøve alle forhold i detaljen. Det videre skøn afhænger af sagens karakter.

Retspraksis er særdeles omfattende, hvorfor der i øvrigt henvises til speciallitteraturen. I det følgende omtales forhold, som findes af særlig betydning for dansk ret, idet der yderligere henvises til litteraturen og **EMD's** hjemmeside samt introduktionen i **EMRK** kommenteret af **Peer Lorenzen**

m.fl.

Udlændingeområdet – indrejse og ophold og familiesammenføring:

Som udgangspunkt indebærer art. 8 ingen ret for udlændinge til indrejse og ophold, men afslag på opholdstilladelse, udvisning m.m. kan efter omstændigheder krænke art. 8. Staten kan i visse tilfælde have en positiv forpligtelse til at *meddele opholdstilladelse* (i medfør af stk. 1) ud fra krav om, at staten skal finde en passende balance mellem fælleskabets- og individets interesser, og at afgørelser ikke må være vilkårlige. Der lægges vægt på alle forhold, herunder vedkommendes kulturelle, sociale og familiemæssige tilknytning til den tilsigtede og andre stater, årsagen til ønsket om familiesammenføring eller ophold, de konkrete familieforhold, herunder om vedkommende eller andre familiemedlemmer eksempelvis er mindreårige, er afhængige af bestemte familiemedlemmer og har en bestemt tilknytning i form af sprog eller sociale forhold. Se eksempelvis **EMD 2011-06-14** Osman mod Danmark, hvor domstolen fandt, at der var sket en krænkelse af art. 8, idet klagers interesser ikke var inddraget tilstrækkeligt i den danske afgørelse om ikke at meddele opholdstilladelse til et barn efter mere end 12 måneders ophold i udlandet. Se tilsvarende HD af 2012-11-07 om mindreåriges opholdstilladelse efter fire års ophold i Nigeria samt [U 2013 388 H](#), hvor bortfald af opholdstilladelse udgjorde et uproportionalt indgreb i en 16-årig udlændings ret til privat- og familieliv. Særlig vægt lægges på muligheden for at nyde familielivet i en anden (tidligere) opholdsstat, se eks. **EMD 2013-07-30** Berisha mod Schweiz. Hvis familielivet er opstået på et tidspunkt, hvor vedkommendes opholdsstatus har gjort muligheden for et familieliv i medlemsstaten usikker, skal der helt særlige omstændigheder til, før der er pligt til at give opholdstilladelse, jf. **EMD 1998-11-24** Mitchell mod Storbritannien og [U 2007 719 H](#), hvor kinesisk tiltalt blev frifundet for påstand om udvisning som følge af konsekvenser for ægtefælle og barn. Se også **EMD 2011-11-03** Arvelo Aponte mod Nederlandene, hvor **EMD** fastslog, at det ikke var i strid med art. 8, at Nederlandene afslog at give klager opholdstilladelse under henvisning til, at hun tidligere var dømt i Tyskland for grov narkokriminalitet. Domstolen bemærkede, at medlemsstaterne kan fastsætte et indrejseforbud eller en »karantæneperiode«, hvor personer dømt for alvorlig kriminalitet er afskåret fra at få opholdstilladelse. Varigheden af en sådan »karantæneperiode« vil dog altid skulle bero på en konkret vurdering. Der gælder ikke en almindelig pligt til at respektere en given families eller persons valg af opholdsland. Se f.eks. **EMD 1996-02-19** Gül mod Schweiz og **EMD 2006-07-06** Priya mod Danmark. **EMD** var kommet frem til modsatte resultat i **EMD 2007-01-22** Ferhat Kilic mod Danmark og Hizir Kilic mod Danmark var to tyrkiske statsborgere på henholdsvis 17 og 19 år blevet udvist for bestandig, selv om den ene var født i Danmark og den anden havde boet i Danmark siden han var tre år. **EMD** bemærkede, at en medlemsstat har ret til at kontrollere udlændinges indrejse og ophold uanset varigheden af opholdet. Udvisningen udgjorde et indgreb, men henset til forbrydelsens alvorlige karakter at være tilstrækkeligt og relevant begrundet og proportionelt. Se desuden **EMD 2016-05-24** Biao mod Danmark, hvor afslag på familiesammenføring begrundet i tilknytningskravet i dagældende udlændingelov var en krænkelse af art. 14 sammenholdt med art. 8. Se hertil **E. Ersbøll** i EU-ret og Menneskeret 2.2016. Den positive pligt kan også foreligge i forbindelse med tildeling af statsborgerskab, se eks. **EMD 2014-10-03**, Jeunesse mod Holland, hvor klager havde opholdt sig ulovligt i Holland i 16 år, men dog havde boet på samme adresse i 15 år, der var kendt af myndighederne. Afslag på klagers ansøgning om statsborgerskab var herefter en krænkelse af art. 8. Se også **EMD 2016-06-21** Ramadan mod Malta (klagers fik frataget statsborgerskab, der var opnået på baggrund af et proformaægteskab. Ikke krænkelse, da klager

måtte være bevidst om, at statsborgerskab er en ret, der udspringer af et gyldigt indgået ægteskab) og **EMD 2017-03-09** K2 mod Storbritannien. I **EMD 2016-10-13** B.A.C. mod Grækenland fandt Domstolen, at staten har en pligt til at afvikle asylsager inden for rimelig tid.

Om adgangen til familiesammenføring og formelle krav hertil, se [U 2010 1912 H](#) (Integrationsministeriet havde ikke tilsidesat deres pligt til at foretage et konkret skøn ved meddelelse af afslag på familiesammenføring), se også [U 2010 1035 H](#) (afslag på familiesammenføring), [U 2010 1599 H](#) (afslag til barn om familiesammenføring med herboende far pga. manglende »grundlag for en vellykket integration« ikke i strid med art. 8), [U 2010 1590 H](#) (tilsvarende), [U 2009 974 H](#) (afslag på ansøgning om familiesammenføring af barn med forældre - ikke i strid med art. 8) og [U 2008 2622](#) (afslag på familiesammenføring af en mor med hendes voksne søn; ikke i strid med art. 8). [U 2011 3083 H](#) (afslag på ægtefællesammenføring ikke ugyldigt i en sag, hvor den herboende ægtefælle havde opholdstilladelse som konventionsflygtning, og hvor ægtefællerne skønnedes at kunne tage ophold i hjemlandet. Hverken **EMRK art. 8** eller andre konventionsforpligtelser var tilsidesat). [U 2012 2187 V](#) (ikke grundlag for familiesammenføring med ægtefælle efter EU-retten grundet sagsøgers manglende godtgørelse af at have benyttet sin ret til fri bevægelighed). Om treårsreglen ifm. familiesammenføring for personer på midlertidig beskyttelsesstatus, se H.D. 6. november 2017 i sag 107/2017. Om familiesammenføring og udlændingeområdet i øvrigt, se blandt andet J. Christoffersen i JUR 2006 s. 37-45 om administrativ gennemførelse af EMRK samt L.Halleskov Storgaard i EU-ret og Menneskeret 2006/5 264 om familiesammenføring med børn.

Udvisning af kriminelle udlændinge

I medfør af art. 8, stk. 2 kan staten have negative forpligtelser at undlade udvisning eller udsendelse af bla kriminelle udlændinge. Praksis fra EMD og danske domstole er omfattende og for en udførlig gennemgang henvises derfor til Rigsadvokatens praksisoversigter i vidensbasen (www.rigsadvokaten.dk), Institut for Menneskerettigheder, Udvisning af kriminelle udlændinge 2017, LFF 2018 nr. 156 og J.F. Kjølbro 2017 s. 905-924. Se endvidere noter til udlændingeloven.

Om de generelle kriterier for udvisning, se EMD 2001-08-02 Boultif mod Schweiz, EMD 2006-10-18 Ünner mod Nederlandene og [U 2017 1769 H](#). Afgørelser om udvisning skal indeholde en proportionalitetsbedømmelse, se EMD 2008-06-23 Maslov mod Østrig, om retningslinjer for proportionalitetsvurderingen, og fra dansk retspraksis [U 2013 2587 H](#) (med henvisning til Maslov, fandt H, at der ikke var grundlag for udvisning af en tyrkisk statsborger, der var født i Danmark og som nu var idømt frihedsstraffe ved et stort antal domme). Se P. Starup i [U 2014 B 69](#).

Retspraksis fra EMD og danske domstole kan for overskuelighedens skyld inddeles i en række tilfældegrupper på baggrund af, om udlændingen er født eller opvokset i værtslandet eller kommet til landet som mindreårig, om udlændingen har stiftet familie og hvor grov kriminalitet der ligger til grund for udvisningen. Endvidere skal en række forhold tages i betragtning, herunder om udlændingen på tidspunktet for kriminaliteten, der giver anledning til udvisning, er mindreårig, har tilknytning til værtslandet, om familiemedlemmer har mulighed for at følge med ved udvisning, om varigheden af indrejseforbuddet og om der foreligger særlige forhold.

Udlændinge, der er *født eller opvokset* i værtslandet eller kommet til landet som mindreårige og *ikke* har stiftet familie:

Ifølge retningslinjerne til LFF 2018 nr. 156 er udgangspunktet, at en udlænding, der har begået strafbare forhold som voksen, kan udvises, hvor udlændingen senest idømmes straf af 1 års fængsel, hvilket også finder nogen støtte i praksis, jf. f.eks. EMD 2010-04-27 Miah mod Storbritannien (udvisning proportional ved 12 måneders fængsel og forudgående grov kriminalitet. Ikke krænkelse) og EMD 2012-11-15 Shala mod Schweiz (mand fra Kosovo, der var familiersammenført til Schweiz som 7-årig, blev over 5 år idømt samlet 5,5 måneders fængsel for grov vold, afpresning og dødstrusler mod ekskæreste, foruden advarsler om udvisning, og sidst dømt til udvisning. Udvisning var foreneligt med art. 8 henset til, at hans ægtefælle også var fra Kosovo, selvom han havde boet 2/3 dele af sit liv i Schweiz. Det blev tillagt vægt, at manden ikke havde afbrudt sin kriminelle bane ved overgangen til voksenlivet. Dissens). De ledende domme fra EMD i kategorien er EMD 2010-09-23 Bousarra mod Frankrig (udvisning for bestandigt af marrokaner, der var opvokset i Frankrig uden at have stiftet familie, for våben- og euforiserende stofbesiddelse, kidnapning samt bedrageri og idømt 5 års fængsel herfor. Krænkelse), EMD 2001-02-13 Ezzouhdi mod Frankrig (varig udvisning og indrejseforbud for marrokaner, der var opvokset og havde familie i Frankrig, og som var dømt for personlig brug af euforiserende stoffer. Udvisning uproportional henset til manglende trussel mod offentlig orden og at vedkommende havde taget uddannelse og arbejdet i Frankrig. Krænkelse) og EMD 2017-06-01 Külekci mod Østrig (udvisning af af person for alvorlig personfarlig begået som 15-årig var proportionalt. Ikke krænkelse). Ved udvisning af af en udlænding for kriminalitet begået som mindreårig kræves vægtigere grunde, se nedenfor om EMD 2011-09-20 A.A. mod Storbritannien, EMD 2004-04-22 Radovanovic mod Østrig og EMD 2008-06-23 Maslov mod Østrig. For udvisning af en udlænding ved senest idømte fængselsstraf på op til 2 år, se EMD 2017-02-07 K2 mod Storbritannien (om indrejseforbud og fratagelse af britisk statsborgerskab for mand fra Sudan, løsladt på kauton. Angik et særegent tilfælde om terror. Ikke krænkelse). Fra dansk retspraksis med fængselsstraf i op til 1 år, se H.D. 19. september 2018 i sag 57/2018 (1. afd.) (T, der var idømt 6 måneders fængsel for grov vold, blev udvist med indrejseforbud i 6 år henset til betydelig risiko for fremtidig personfarlig kriminalitet og narkokriminalitet. T havde ikke været i Irak siden indrejsen til Danmark som 4-årig. Ikke krænkelse), U.2018.751 H (T, der var blevet idømt tre måneders fængsel for at true en politiassistent, blev udvist med indrejseforbud i 6 år (dissens)), [U 2018.2811 H](#) (T, der var idømt 8 måneders fængsel for alvorlig kriminalitet, kunne udvises til Libanon. Ikke krænkelse), [U 2016 2793 H](#) (3 måneders fængsel for vold og indbrud. Udvisning og indrejseforbud i 6 år. Ikke krænkelse), [U 2015 2064 H](#) (5 måneders fængsel for tre tilfælde af vold. Udvist med indrejseforbud i 6 år. Ikke krænkelse), [U 2000 546 H](#) (5 måneders fængsel for euforiserende stoffer. Ikke krænkelse), [U 1999 1395 H](#) (4 måneders fængsel for narkotika. Krænkelse), [U 1999 271 H](#) (14 dages hæfte for narkotika. Krænkelse) og [U 2000 545 H](#) (3 måneders fængsel for ulovlig våbenbesiddelse og euforiserende stoffer. Tidligere begået kriminalitet. Krænkelse). For fængselsstraf mellem 1-2 år, se [U 2005 2482 H](#) (1 års fængsel for røveri. Krænkelse) og [U 2013 2587 H](#) (2 års fængsel og tidligere straffet i stort omfang. Krænkelse). Se endvidere [U 2009 2687 H](#) (anbringelse i psykiatrisk afdeling og udvist af Danmark for bestandigt for grov vold ikke i strid med art. 8. Dissens) og U.2018.944 (T, der var idømt en fællesstraf på 1 år og 3 måneders fængsel for bl.a. vold af særlig rå, brutal eller farlig karakter, blev udvist med indrejseforbud i 12 år). For udvisning af en udlænding ved senest idømte fængselsstraf på mellem 2-3 år, se EMD 2005-09-11 Tran mod Norge (3 års fængsel, heraf to betinget, for bandekriminalitet, vold og hadforbrydelser. Ikke krænkelse), EMD 2017-06-01 Külekci mod Østrig (2½ års fængsel for

alvorlig personfarlig kriminalitet begået som 15-årig. Ikke krænkelse), EMD 2001-02-13 Ezzouhdi mod Frankrig (2 års fængsel for besiddelse af narkotika og cannabis til eget forbrug. Krænkelse), EMD 1997-01-29 Bouchelkia mod Frankrig (idømt 5 års fængsel, men løsladt efter 2 år, for voldtægt og trussel med våben. Ikke krænkelse). Uden betydning for udvisningsspørgsmålet, at vedkommende efterfølgende stiftede familie. Ikke krænkelse), EMD 1999-07-11 Baghli mod Frankrig (3 års fængsel, 2 år betinget, for smugling af euforiserende stoffer. Ikke krænkelse), EMD 2003-07-10 Benhebba mod Frankrig (2 års fængsel for euforiserende stoffer. Ikke krænkelse), EMD 2010-03-25 Mutlag mod Tyskland (2½ års fængsel for alvorlig personfarlig kriminalitet. Ikke krænkelse), EMD 2012-04-10 Balogun mod Storbritannien (3 års fængsel for omgang med euforiserende stoffer. Ikke krænkelse), EMD 2012-07-03 Samsonnikov mod Estland (2 år og 4 måneder for euforiserende stoffer. Ikke krænkelse) og EMD 2012-10-16 M.S. (2½ års fængsel for forsøg på røveri. Ikke krænkelse). Dansk retspraksis med fængselstraf over 2 år, se [U 2000 820 H](#) (2½ års fængsel for røveri. Krænkelse), [U 2016 2838 H](#) (2½ års fængsel til T8 for organiseret hashandel på Christiania. Betinget udvisning stadfæstet af Højesteret. Udvisning fundet uforeneligt), [U 2012 225 H](#) (T1 idømt 4½ års fængsel og ikke udvist, T2 idømt 3½ års fængsel og betinget udvisning, T3 idømt 6 års fængsel og udvist trods stiftet familie), [U 2003 1040 H](#) (fængsel i henholdsvis 10 år, 5 år og 6 år for narkotikakriminalitet. Udvisning af T4 og T3, men ikke af T6). For udvisning af en udlænding ved senest idømte fængselsstraf på over 3 år, se EMD 2010-09-23 Bousarra mod Frankrig (se oven for), EMD 2015-03-24 Kerkez mod Tyskland (5½ års fængsel for organiseret handel med euforiserende stoffer. Udvist efter omtrent 3 år. Ikke krænkelse) og EMD 1998-12-08 Benrachid mod Frankrig (7 års fængsel for røveri og gidseltagning. Ikke krænkelse), [U 2018 769 H](#) (om udvisning af T, der både var dansk og tyrkisk statsborger, idømt 6 års fængsel for terrorisme. Til trods for stærkt tilknytning til Danmark, kunne T udvises til Tyrkiet, da han havde en ikke uvæsentlig tilknytning til landet) og [U 2015 2513 H](#) (en kroatisk statsborger, der var idømt 5 års fængsel for hjemmerøveri, kunne udvises selvom han havde søskende og mor i Danmark. En bror bosat i Kroatien var tilstrækkelig tilknytning. Ikke krænkelse). Se også [U.2019.221 V](#) (syrisk statsborger idømt 7 års fængsel for bl.a. fire tilfælde af forsøg på voldtægt mod tilfældige unge kvinder. Udvist for bestandigt) og [U.2018.769 H](#) (T, der både var dansk og tyrkisk statsborger, blev idømt 6 års fængsel for at have ladet sig hverve til Islamisk Stat, for forsøg på økonomisk støtte til organisationen og for offentlig billigelse af terrorforbrydelser, frataget sit danske statsborgerskab og udvist for bestandigt).

Udlændinge, der er *født eller opvokset* i værtslandet eller kommet til landet som mindreårige og *har* stiftet familie:

EMD ser ifølge retningslinjerne i LFF 2018 nr. 156 ud til at acceptere udvisning af udlændinge, i tilfælde, hvor den senest idømte straf var på over 2 års fængsel, jf. EMD 2003-04-17 Yilmaz mod Tyskland (tyrker, med varigt ophold i Tyskland, blev udvist som følge af grov kriminalitet, herunder domme på hhv. 1 år og 10 måneder for bandekriminalitet og røveri og 3 års fængsel for vold og overgreb under fængsling. Varig udvisning fandtes uforeneligt med art. 8 henset til hans tidligere varige opholdstilladelse og familieliv med ægtefælle og lille barn). Se endvidere den lignende sag EMD 2003-07-15 Mokrani mod Frankrig. For udvisning af en udlænding ved senest idømte fængselsstraf på under 2 år, se EMD 2003-01-31 Yildiz mod Østrig (om udvisning og indrejseforbud mod tyrkisk mand, der var ankommet som 14-årig og som havde begået en række tyverier og færdselsforseelser. Udvisningen fandtes uforeneligt med art. 8, idet vedkommende i høj grad var integreret, og idet kriminaliteten var af begrænset omfang. Foruden tillagt vægt, at manden havde ægtefælle i Østrig som myndighederne ikke havde vurderet om havde mulighed for at rejse med.

Krænkelser), EMD 2005-10-27 Keles mod Tyskland (tyrkisk mand, der var ankommet som 10-årig, idømt fængsel i sammenlagt 11 måneder for færdselsforseelser. Til trods for, at ægtefælle havde tilstrækkelige bånd til Tyrkiet og kunne rejse med, blev udvisning anset for urproportional, idet hans fire børn var opvokset i Tyskland og henset til, at han ikke havde tilstrækkelige bånd til Tyrkiet, varigheden af hans ophold i Tyskland og sidst naturen af de kriminelle forhold. Krænkelser), EMD 2009-01-08 Joseph Grant mod Storbritannien (om mindstegrænsen for at have stiftet familie, herunder betydning af relation til fælles børn og fraskilt kone. Idømt 12 måneders fængsel for røveri, 9 måneder for overfald af betjent foruden en række mindre straffe og advarsler om udvisning for besiddelse af våben og euforiserende stoffer. Som følge af, at manden ikke havde boet med nogen af sine børn eller at de var økonomisk afhængige af ham, og at han til trods for lav tilknytning til Jamaica kunne forventes at ville kunne klare sig, forelå der ikke krænkelser) og EMD-2014-03-25 Palanci mod Schweiz (T, der var ankommet som 17-årig, idømt 19 domme for vold i hjemmet over en tiårig periode og advaret om udvisning ved flere lejligheder, kunne udvises, da T og hans ægtefælle og børn havde tilknytning til Tyrkiet og derfor kunne følge med T). Fra dansk retspraksis, se [U 1999 1500 H](#) (T, der tidligere havde afsonet 7 år for narkokriminalitet, blev udvist ved efterfølgende dom med 8 måneders fængsel for at sælge stoffer. Udvisning berettiget henset til ægtefællens fortsatte tilknytning til Tyrkiet og barnets alder), [U 2016 2883 H](#) (T, der var idømt en lang række domme og senest en dom på 1 år og 6 måneder for ulovlig våbenbesiddelse og trusler, og som ikke var velintegreret, kunne ikke udvises, henset til T's tilknytning og hensynet til hans mindreårige børn, der var uden kontakt til deres mor, og som ville få væsentligt vanskeligere ved at holde kontakten til ham efter en udvisning) og H.D. 24. maj 2018 i sag 42/2018 (1. afdeling) (T, der var idømt 8 måneders fængsel for vidnetrusler og afpresning, kunne udvises trods samlever og barn i Danmark, da han først havde stiftet samlivet efter første betingede udvisningsdom. Ikke krænkelser). For udvisning af en udlænding ved senest idømte fængselsstraf på op til 2 år, hvor der ikke forelå krænkelser af art. 8, se EMD 2002-06-11 Antate mod Frankrig (2 års fængsel for vold og tidligere straf for alvorlig færdselsforseelse kunne medføre udvisning henset til alvoren af handlingerne, trods tre børn og øvrig familie i Frankrig. Ikke krænkelser), EMD 2006-04-10 Cömert mod Danmark (T, der var idømt 3 års fængsel for narkokriminalitet, blev under afsoning skilt fra sin tyrkiske kone. Familielivet skulle derfor kun vurderes i forhold til T's tre børn, som fandtes at kunne fortsætte til trods for T's udvisning til Tyrkiet. Der blev lagt særligt vægt på, at T havde truet og begået seksuelt overgreb mod sin ene datter og derved skadet sin egen familie. Ikke krænkelser), EMD 2000-05-04 Aftab (pakistaner, der var idømt 5½ års fængsel for grove tilfælde af salg af euforiserende stoffer, blev udvist. Tillagt vægt, at ægtefælle og børn kun var let integreret i det norske samfund, og at man med rimelighed kunne forvente, at de kunne følge med. Ikke krænkelser), EMD 2000-03-21 Öztürk mod Norge (udvisning ved dom med 10 års fængsel proportionalt. Ikke krænkelser), EMD 2014-10-7 Loy mod Tyskland (udvisning af person, der var dømt til over 3 års fængsel sammenlagt, var proportionalt. Ikke krænkelser), EMD-2011-06-07 Anam mod Storbritannien (T blev udvist for grov kriminalitet med over 4 års fængsel, til trods for, at T's mentale problemer medførte, at han var afhængig af omsorg fra moder og søskende. Ikke krænkelser), EMD 2006-01-17 Aoulmi mod Frankrig (udvisning af algerier, der var idømt over 6 års fængsel for en række forhold, herunder særligt salg af euforiserende stoffer, og som på daværende tidspunkt havde været separeret fra sin ægtefælle i tre år og ikke havde nogen nærmere specificeret relation til sin datter. Ikke krænkelser), EMD 2006-10-18 Üner (udvisning til Tyrkiet for drab og idømt 7 års fængsel var foreneligt, selvom manden havde ægtefælle og små børn. Den alvorlige kriminalitet tillagdes større vægt end familielivet. Ikke krænkelser) og EMD 2014-07-08 M.E. mod Danmark (syrer, der var idømt 7 års fængsel for salg af euforiserende stoffer, kunne udvises, henset til hans manglende kontakt til sine to børn, og da han

ikke kunne have en berettiget forventning om at kunne blive i Danmark, da ægteskabet blev indgået omkring udvisningstidspunkt. Ikke krænkelse). Se endvidere EMD 2010-01-12 A. W. Khan mod Storbritannien (idømt 8 års fængsel for narko- og personfarlig kriminalitet. Manden havde dog ingen tilknytning til landet, den pågældende måtte forventes at tage ophold i. Krænkelser). Fra dansk retspraksis, se U 2000 1499 H (T1, der var idømt 3½ års fængsel for indførelse af heroin, blev ikke udvist af hensyn til frasepareret ægtefælle og tre børn), U 2005 142 H (5 års fængsel for narkokriminalitet, men ikke udvisning pga. jævnlig kontakt med tidligere samlever og deres to børn foruden ringe tilknytning til Makedonien), U 2002 736 H (8 års fængsel til T2 for salg af heroin medførte ikke udvisning), U 2018 2041 H (cambodiansk statsborger T, der var idømt 4 års fængsel for voldtægt, blev udvist. T var tidligere straffet og havde to mindre børn som han havde sporadisk kontakt med), U 2018 3480 (banderelateret irakisk statsborger, T, der var idømt fængsel på 2 år og 6 måneder, blev betinget udvist. T havde to børn i Danmark og havde i øvrigt stærk tilknytning til Danmark) og U.2018.736 H (T, der var idømt 4 års fængsel for at have ladet sig hverve til og modtage træning af Islamisk Stat, blev frakendt dansk indfødsret og udvist for bestandigt).

Udlændinge, der er kommet til værtslandet som *voksne* og *ikke* har stiftet familie:

Der er ifølge retningslinjerne i LFF 2018 nr. 156 vid adgang til at udvise på grund af kriminalitet. Se EMD 2015-04-23 Khan mod Tyskland (psykisk syg kvinde, der havde begået drab, kunne udvises, eftersom hun var fraskilt og hendes søn var voksen. Hun havde bevaret en vis tilknytning til Pakistan. Ikke krænkelse). Til illustration se også en sag, hvor udlændingen havde familie i opholdslandet, nemlig EMD 2009-04-14 Narenji Haghighi mod Nederlandene (der fandtes ikke at gælde en positiv pligt til at give opholdstilladelse til en iraner, der ankom til Nederlandene som 25-årig, og som dér giftede sig til trods for manglende varig opholdstilladelse. Manden kunne derfor ikke berettiget have forventet at kunne leve med ægtefællen i Nederlandene, også fordi, at manden begik flere strafbare forhold under sit ophold som han måtte have indset kunne mindske chancen for at få tildelt lovligt ophold, hvorfor han kunne nægtes opholdstilladelse. Ikke krænkelse). Fra dansk retspraksis, se U 2018 2192 H (syrisk statsborger T, der var idømt 30 dages fængsel for tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden, blev udvist betinget. T havde forældre og søskende i Syrien. T havde lært dansk, var i arbejde og under uddannelse og havde tilknytning til en dansk familie, som han boede hos).

Udlændinge, der er kommet til værtslandet som *voksne*, og *har* stiftet familie:

Ifølge retningslinjerne i LFF 2018 nr. 156 er udgangspunktet udvisning, hvor udlændingen senest idømmes straf på 1 års fængsel, i tilfælde, hvor det er muligt for familien at flytte med. Der er dog kun få afgørelser. For udvisning af en udlænding ved senest idømte fængselsstraf på op til 1 års fængsel, se EMD 2014-07-24 Kaplan m.fl. mod Norge (udvisning af tyrkisk asylansøger, der seks år forinden var blevet idømt 90 dages fængsel, hvoraf 60 dage blev gjort betinget, for knivangreb, og som ikke sidenhen havde begået kriminalitet, var ikke foreneligt med art. 8 henset til hans kone og mindreårige datter med autisme, som begge havde lovligt ophold i Norge, og da udvisning ikke ville være proportionalt efter myndighedernes inaktivitet i seks år. Krænkelser), EMD 2014-07-08 M.P.E.V. mod Schweiz (udvisning af T, der var idømt bøder og samfundstjeneste for færdselsforseelser og salg af hittegodt og tyvekoster, samt idømt 9 måneders betinget fængsel for videresalg af tyvekoster, var uforeneligt med art. 8 henset til karakteren af forbrydelserne og det forhold, at hensynet til T's fraskilte kone og fælles barn ikke var blevet inddraget tilstrækkeligt grad i myndighedernes

vurdering, herunder hensynet til barnets bedste), EMD 2017-04-25 Krasniqi mod Østrig (udvisning af mand fra Kosovo, der var idømt en række domme med mellem 10-12 måneders fængsel for indbrud, slagsmål, legemsbeskadigelse og overtrædelse af lov om euforiserende stoffer, var foreneligt henset til alvoren af kriminaliteten, og at han havde begået kriminalitet efter udvisningsdommen samt at hans familie kunne flytte med til Kosovo. Ikke krænkelse), EMD 2009-04-19 Narenji Haghighi mod Nederlandene (om betydning af varig opholdstilladelse for iraner og manglende berettiget forventning om at kunne leve med nygift ægtefælle i Nederlandene) og EMD 2014-03-25 Palanci mod Schweiz (se nærmere oven for. Udviste var 17 år på indrejsetidspunktet. Ikke krænkelse). Fra dansk retspraksis, se [U 2013 525 H](#) (nordmand, der var dømt til 14 dages fængsel for indføring af 25 kg khat til Danmark, kunne udvises henset til kriminalitetens karakter og hans begrænsede tilknytning til Danmark, hvor han dog havde en 4-årig datter han ikke havde besøgt i et år), [U 2018 437 H \(T\)](#), der var syrisk statsborger, som var idømt 30 dages fængsel for ulovligt at have hjulpet A med ulovligt at indrejse til Danmark, kunne udvises med seksårig indrejseforbud, selvom han havde fået familiesammenført familie til Danmark), [U 2012 3399 H](#) (iraker, der var idømt 50 dages fængsel for dokumentfalsk og ulovligt ophold, kunne udvises, da han ikke havde haft lovligt ophold og da forholdet til en rumænsk statsborger i Danmark blev etableret og deres fælles barn født på ulovligt grundlag) og [U 2014 3210 H](#) (betinget udvisning af ukrainsk statsborger T, der var idømt 60 dages fængsel for vold. Selvom T og T's kone ikke talte dansk og havde bevaret en stærk tilknytning til Ukraine, blev de begge anset for integreret i Danmark igennem deres familie- og arbejdsliv). Kun i enkelte sager har det været umuligt for familien at følge med udlændingen ved udvisning, i tilfælde, hvor udlændingen er idømt fængselsstraffe på mere end 1 års fængsel, se f.eks. EMD 2013-04-13 Udeh mod Schweiz og EMD 2002-07-11 Amrollah mod Danmark. For udvisning af en udlænding ved senest idømte fængselsstraf på op til 1-2 års fængsel, se EMD 1998-02-19 Dalia mod Frankrig (udvisning af algerier, der blev idømt 12 måneders fængsel for salg af heroin og 3 måneders fængsel for ulovligt at opholde sig i Frankrig, var foreneligt med art. 8, uanset, at hun havde født et barn i Frankrig under sit illegale ophold), EMD 2012-06-12 Bajsultanov mod Østrig (udvisning af russisk mand, der var idømt henholdsvis 8 og 12 måneders fængsel for blandt andet farlig vold, var foreneligt, henset til alvoren af kriminaliteten og det forhold, at familien kunne rejse med), EMD 2012-10-09 Onyejiekwe mod Østrig (mand, der var idømt 20 måneders fængsel for salg af euforiserende stoffer, kunne udvises, da han først havde indgået ægteskab efter udvisningsdom, hvorfor parret ikke kunne have nogen berettiget forventning om at kunne leve sammen i Østrig) og EMD 2009-10-09 Omojudi mod Storbritannien (udvisning af mand til Nigeria, der var idømt 15 måneders fængsel for blufærdighedskrænkelser, blev anset for uforeneligt med art. 8, idet det ville være svært for familien at rejse med, herunder særligt parrets børn, som ikke var i den omstillingsparate alder). Fra dansk retspraksis, se [U 2003 622 H](#) (ikke udvisning af irakisk statsborger, der blev idømt fængsel i 1 år for menneskesmugling og dokumentfalsk, da hans familie var integreret og ikke havde større tilknytning til andre lande). For udvisning af en udlænding ved senest idømte fængselsstraf på mindst 2 års fængsel, se EMD 2001-08-02 Boulitif mod Schweiz (algerisk statsborger, der var gift med schweizisk statsborger, blev idømt 2 års fængsel for røveri og grov vold og udvist. EMD fandt udvisning uforeneligt med art. 8, idet manden ikke forud eller i de 6 år efter den kriminelle handling havde begået yderligere kriminalitet og havde opført sig eksemplarisk i fængslet. Dertil tillagdes det vægt, at ægtefællen ikke kunne forventes at følge med til Algeriet), som dog formentlig må anses for begrænset præjudikatværdi i lyset af senere praksis, herunder særligt EMD 2010-06-01 Mawaka mod Nederlandene (ikke i strid med art. 8 at udvise mand fra DR Congo, der var idømt 2 års fængsel i Belgien, da hans kone og barn ikke havde lovligt ophold i Nederlandene og derfor ligeledes kunne risikere udvisning), EMD 2015-06-09 Ramzi mod

Rumænien (jordaner, der var idømt 2 års fængsel for narkokriminalitet, kunne udvises fra Rumænien, da hans rumænske kone, trods arbejde i Rumænien, og barn kunne rejse med. Ikke krænkelse), EMD 2011-10-13 Husseini mod Sverige (afghaner, der blev idømt 2 års fængsel for vold og voldtægt af sin ægtefælle over flere år, foruden vold mod fælles små børn, kunne udvises, henset til, hensynet til børnenes bedste og til hans fraskilte ægtefælle, der i kraft af skilsmissen ikke længere var omfattet af hans familieliv. Ikke krænkelse) og EMD 2011-11-03 Arvelo Aponte mod Nederlandene (venezuelaner, der var idømt 2,5 års fængsel for indsmugling af narko til Tyskland, fik efterfølgende på svigagtigt grundlag opholdstilladelse i Nederlandene ved fortielse af dommen, hvorefter hun giftede sig med en nederlandsk statsborger. Myndighedernes nægtelse af opholdstilladelse og indrejseforbud var foreneligt med art. 8, idet familien ikke kunne have berettiget forventning om at kunne blive i Nederlandene, samt henset til, at ægtefællen kunne rejse med til Venezuela, og at barnet var i en omstillingsparat alder). Se endvidere EMD 2000-10-05 Katanic mod Schweiz (mand fra Bosnien-Herzegovina, der var idømt over 3 års fængsel for våbensmugling og professionel forsikrings snyd, kunne udvises, da ægtefælle kunne følge med og da sønnen var i en omstillingsparat alder. Ikke krænkelse), EMD 2006-10-16 Lagergren mod Danmark (amerikaner, der var idømt 3 års fængsel for væbnet røveri og narkokriminalitet, kunne udvises selvom han havde kone og børn i Danmark som følge af alvoren af kriminaliteten. Ikke krænkelse), EMD 2013-11-26 Vasquez mod Schweiz (peruvianer, idømt 3 års fængsel for seksuelle overgreb, kunne udvises fra Schweiz, da hans tyske ægtefælle kunne følge med ham. Ikke krænkelse), EMD 2001-07-10 Nwosu mod Danmark (nigerianer, der var idømt 3½ års fængsel for narkokriminalitet, kunne udvises. Det forhold, at manden var gift med en dansk statsborger, var ikke i sig selv tilstrækkeligt til at hindre udvisning. Ikke krænkelse), EMD 2009-03-24 Mbengeh mod Finland (gambianer, idømt 4 års fængsel for narkokriminalitet, kunne udvises med indrejseforbud i 5 år, henset til alvoren af kriminaliteten, selvom manden havde kone og 11-årigt barn i Finland, der ikke kunne forventes at rejse med til Gambia. Ikke krænkelse), EMD 2000-12-07 Caglar mod Tyskland (tyrkisk statsborger, idømt 7 års fængsel for salg af heroin, kunne udvises, henset til alvoren af forbrydelsen, selvom han havde ægtefælle af tyrkisk oprindelse og voksne børn i Tyskland. Ikke krænkelse). EMD statuerede krænkelse i EMD 2016-05-19 Kolonja mod Grækenland (albaner, der var idømt 7 års fængsel for køb af euforiserende stoffer, blev udvist for bestandigt. Henset til, at udvisning ville have svære økonomiske og psykologiske problemer for hans familie, herunder hans ægtefælle og to børn, der var græske statsborgere og ejede egen ejendom i Grækenland, at han havde levet halvdelen af sit liv i Grækenland, som derved var centeret for hans privat- og familieliv, at han ikke havde begået ny kriminalitet efter udståelse af straffen og således ikke var til fare for den offentlige orden og at hans ægtefælle og børn havde levet hele deres liv i Grækenland, blev udvisning og indrejseforbud anset for uproportionalt. Krænkelse). Dommen antyder, at familielivet kan blive tillagt stor vægt, om end dommen ikke stemmer overens med øvrig praksis, jf. Institut for Menneskerettigheder, Udvisning af kriminelle udlændinge 2017, s. 37. Fra dansk retspraksis med, se [U 2004 1282 H](#) (T, der var irakisk statsborger, blev idømt fængsel i 5 år for røverier, men ikke udvist. H lagde vægt på, at T havde ægtefælle og et barn i Danmark og at T og hustruen ventede endnu et barn. T's forældre og seks søskende boede ligeledes i Danmark og var danske statsborgere. Det blev også lagt vægt på, at T, ifølge Retslægerådets erklæring, var sindssyg), [U 2006 522 H](#) (T, der var tanzaniansk statsborger, blev idømt 5 års fængsel og udvist for bestandigt for narkokriminalitet. Hun havde to børn på henholdsvis 18 og 14 år med sin nu afdøde mand. Under sagen udtalte Udlændingestyrelsen, at den 18-åriges opholdstilladelse ikke ville blive inddraget), [U 2006 802 H](#) (ghanesisk statsborger blev idømt fængsel i 4½ år og udvist for bestandigt for to røverier og tre forsøg herpå. T var fraskilt, men havde to børn på nu 13 og elleve år som han jævnligt havde

haft samkvem med), [U 2002 736 H](#) (T2 blev idømt 8 års fængsel for narkokriminalitet og ikke udvist henset til, at han havde ægtefælle og voksne børn i Danmark, at han måtte anses for integreret i det danske samfund, idet de til stadighed havde haft arbejde og beherskede det danske sprog, og at hans aktuelle tilknytning til hjemlandet var beskeden) og [U 2016 3235](#) (T, der blev idømt 4 års fængsel for terrorvirksomhed, fik frataget statsborgerskab og udvist. H lagde vægt på, at T havde en ikke ringe tilknytning til Marokko, at T ikke havde haft et egentligt familieliv med ægtefælle i Danmark samt, at T's barn var undfanget efter byrettens dom. Ikke krænkelse). Foruden længden af idømt straf, kriminalitetens karakter og ægtefællens mulighed for at følge med, kan en række andre forhold spille ind.

Det gælder særligt, om den kriminelle udlænding er *mindreårig* på gerningstidspunktet, da der i sådanne tilfælde kræves særligt vægtige grunde for at udvise, jf. EMD 2008-06-23 Maslov mod Østrig (mindreårig, som med en enkelt undtagelse var dømt for ikkevoldelig kriminalitet, kunne ikke udvises, henset til karakteren af forbrydelserne som ungdomskriminalitet), om end der ikke gælder et absolut forbud mod udvisning for nogen grupper, jf. EMD 2006-10-18 Ünner mod Nederlandene. Udvisning af mindreårig kunne gennemføres i EMD 2017-06-01 Külekci mod Østrig, da kriminaliteten var af alvorlig og voldelig karakter. Den mindreårige udlænding var senest straffet med 2½ års fængsel for groft røveri og tyverier. Se endvidere EMD 2011-09-20 A.A. mod Storbritannien (udlænding, der blev idømt 4 års fængsel for voldtægt begået som 15-årig, kunne ikke udvises, henset til, at myndigheder ikke havde taget skridt til udvisning i syv år efter, at han blev løsladt, og da han var velintegreret, straffri og kun havde begrænset tilknytning til Nigeria. Krænkelse) og EMD 2004-04-22 Radovanovic mod Østrig (udvisning af udlænding, der blev idømt 6 måneders fængsel og 2 års betinget fængsel for røveri og tyveri begået som 18-årig. Udvisning var uforeneligt med art. 8, henset til hans unge alder, gode personlige forhold, og at en væsentlig del af straffen var blevet gjort betinget. Krænkelse). Fra dansk retspraksis om udvisning af mindreårige, se [U 2010 1998 H](#) (T3, der var 16 år på gerningstidspunktet, udvist for voldtægt. Ikke krænkelse), [U 2005 3177 H](#) (T2, der var under 18 år, udvist for tre røverier. Ikke krænkelse), [U 2005 1766 H](#) (T1 og T2 blev udvist for røveri og grov vold begået som hhv. 16- og 17-årige. Ikke krænkelse). Udvisning var uforeneligt med art. 8 i [U 2007 105 H](#) (drab begået af en hhv. 15- og 17-årig kunne ikke medføre udvisning), [U 2011 1027 H](#) (ikke udvisning efter ny kriminalitet begået i prøvetiden af dom med betinget udvisning for forhold begået som mindreårig. Ny betinget udvisning fastsat), [U 2016 2783 H](#) (kriminalitet som mindreårig kunne ikke medføre udvisning af særligt hensyn til, at T var mindreårig) og [U 2016 2752 H](#) (T1 idømt betinget udvisning for fareforvoldelse, røveri og grov vold begået som 15-årig).

Endvidere tillægges det væsentlig betydning, om udlændingen har en reel tilknytning til landet som den pågældende forventes at tage ophold i, jf. EMD 2010-01-12 A. W. Khan mod Storbritannien (ingen tilknytning til landet, den pågældende måtte forventes at tage ophold i), EMD 2009-01-08 Joseph Grant mod Storbritannien (om betydning af familiemedlemmer og sprogkundskaber), EMD 2014-10-07 Loy mod Tyskland (om fem års ophold i nationalitetsland og sprogkundskaber), EMD 2011-09-20 Lukic mod Tyskland (sprogkundskaber og pas tilstrækkelig tilknytning) og EMD 2017-06-06 Alam mod Danmark (enkelte besøg til landet, kendskab til lokalsprog, familie i form af halvsøstre i landet m.v. var tilstrækkeligt).

Udlevering til strafforfølgning:

Se [U 2013 2240 Ø](#) (afgørelse om udlevering af en dansk statsborger til Tyskland med henblik på strafferetlig forfølgning udgjorde ikke krænkelse), [U 2014 294 V](#) (udlevering af rumænsk statsborger med henblik på strafforfølgning ikke i strid med art. 8) og [U 2014 423 H](#) (udlevering til strafforfølgning af bl.a. folkedrab var ikke uforeneligt med proportionalitetsprincippet). Der henvises i øvrigt til **Jesper Hjortenber** i EU-ret og Menneskeret 2014 nr. 3, s. 109 samt **J. Christoffersen** i [U 2017B.84](#) og **J. Vestergaard** i [TfK 2004.555](#).

Tvangsfjernelse af børn:

En medlemsstat har en positiv forpligtelse til at tvangsfjerne børn, der udsættes for meget alvorlige overgreb, ligesom en positiv forpligtelse kan opstå under art. 3, jf. **EMD 2001-05-10 Z** og andre mod Storbritannien. En tvangsfjernelse bringer ikke familielivet til ophør, jf. **EMD 1987-07-08 W.** mod Storbritannien. Det fremgår af samme dom samt anden praksis at der stilles visse *processuelle krav* til en afgørelse om tvangsfjernelse, herunder om forudgående underretning, aktindsigt, kontradiktion, adgang til effektiv prøvelse, så længe disse rettigheder ikke hindrer formålet med tvangsfjernelsen. Formålet er at involvere forældrene i tilstrækkelig grad til, at de kan varetage deres interesser. Såfremt det ikke efter en konkret, sagkyndig vurdering eller omstændighederne i øvrigt må antages at skade barnet, skal også barnet høres. Tilsvarende gælder i andre sager f.eks. om samvær. Domstolen foretager ved en vurdering af *nødvendigheden af en tvangsfjernelse* en afvejning af henholdsvis barnets og familiens interesser, og der skal foreligge tungtvejende grunde til at acceptere tvangsfjernelser. Der lægges i praksis vægt på, om myndighederne har indhentet udtalelse eller vurdering fra en psykolog til brug for deres afgørelse, og om de i øvrigt har et indgående kendskab til den konkrete sag, jf. **EMD 1988-03-24 Olsson** mod Sverige.

Medlemsstaternes skønsmargin er bred i forbindelse med selve tvangsfjernelsen, særligt fordi de nationale myndigheder - modsat **EMD** - har adgang til en tæt vurdering af de faktiske forhold i disse meget konkrete og for parterne yderst betydningsfulde sager. Tvangsfjernelse skal være en midlertidig foranstaltning, der skal have til formål at bringe familien sammen igen. Det kan derfor udgøre en krænkelse, hvis barn og familie anbringes i for stor geografisk afstand. Statens skøn er mindre i forhold til efterfølgende begrænsninger i familiens adgang til familieliv, idet begrænsninger kan indebære risiko for, at forholdet vil lide skade, jf. **EMD 1996-08-07 Johansen** mod Norge. Se også **EMD 2005-11-10 Süss** mod Tyskland, hvor spørgsmålet om afgørelse indenfor rimelig tid inddrages under art. 8. I **EMD 2017-01-24 Paradiso og Campanelli** mod Italien blev et barn født af surrogatmoder i Rusland, i strid med italiensk lov, tvangsfjernet. Barnet havde kun kort boet hos klagerne (ikke krænkelse). Om bortførelser af børn, se **I. Lund-Andersen** og **L. Frost** i [U 1994 B 239](#). Se [U 1989 928 H](#), hvor **EMD's** praksis fremhæves til støtte for ændring af prøvelsesomfanget i medfør af [grl § 71, stk. 6](#), uanset at tvangsfjernelse ikke har karakter af frihedsberøvelse. Se også [U 2011 2185 Ø](#) om mulighed for at kunne rejse krav om erstatning under prøvelse af afgørelse om tvangsfjernelse. [U 2012 344 V](#) (videreført anbringelse i medfør af [servicelovens § 68 a](#) af 11-årigt barn ikke i strid med art. 8). Se **E. B. Neergaard** i [U 1995 B 379](#) om tvangsfjernelse efter (da) bistandsloven. Se også [U 2018 1197 H](#) (om forældelse af krav om godtgørelse for uretmæssig tvangsanbringelse af barn uden for hjemmet).

Samvær:

I samværssager gælder ikke et ubetinget krav om psykologisk undersøgelse af barnet eller om høring af barnet, jf. **EMD 2003-06-11** Sommerfeld mod Tyskland, hvor barnet var 10, 11 og 13 år, da hun udtalte sig for en dommer. Modsat i **EMD 2000-07-13** Elsholz mod Tyskland, hvor et barns udtalelser for en dommer i en alder af 5 og 6 år blev anset for at nødvendiggøre en sagkyndig vurdering. Se [U 2000 1260 V](#), hvor fogedretskendelse om udlevering af knap 13-årigt barn til forældremyndighedsindehaver blev ophævet pga. manglende samtale med barnet. I **EMD 2007-10-04** Sanchez Cardenas mod Norge fastslog **EMD**, at de omtvistede bemærkninger, der var blevet lagt til grund i en sag, hvor klager ikke var blevet tilkendt samvær, udgjorde et indgreb i klagerens ret til respekt for familieliv og privatliv. **EMD** fandt at bemærkningerne stigmatiserede klager og var egentlig til at få stor indflydelse. Medtagelsen af bemærkningerne i landsrettens dom var ikke underbygget af nogen overbevisende begrundelse, og der var derfor sket en krænkelse. I **EMD 2010-12-21** Anayo mod Tyskland fandt **EMD**, at art. 8 var blevet krænket, idet myndighederne ikke havde fundet en rimelig balance mellem de forskellige interesser i en sag, hvor en biologisk far ikke havde fået adgang til samvær med sine børn, fordi han ikke var juridisk far til dem. **EMD 2011-04-12** Ghulakovic mod Kroatien; krænkelse af art. 8 idet de kroatiske myndigheder havde fastsat samvær mellem klager og dennes datter på tidspunkter og steder, hvor klager ikke havde mulighed for at deltage. Samvær med et barn må vurderes konkret og kan ikke afskæres automatisk med henvisning til, at der ikke er tale om biologisk slægtskab, jf. **EMD 2015-07-16** Nazarenko mod Rusland.

Om afslag på genoptagelse af faderskabssag, se **EMD 2017-03-07** R.L. mod Danmark (i overensstemmelse med art. 8, at tillægge børnenes interesser større vægt end den registrerede faders. Ikke krænkelse).

Overvågning:

En meget bred adgang til overvågning af elektronisk udenlandskommunikation udgjorde et indgreb i art. 8, jf. **EMD 2008-07-01** Liberty m.fl. mod Storbritannien. **EMD** fandt, at den omstændighed, at retningslinjerne, for i hvilke situationer og under hvilke forhold der kunne ske overvågning, ikke var offentligt tilgængelige indebar, at borgerne ikke var tilstrækkeligt beskyttet mod vilkårlig overvågning, hvorfor indgrebene ikke var i overensstemmelse med loven. Se også **EMD 2016-10-18** Vukota-Bojić mod Schweiz (forsikringsselskabs brug af overvågning var i strid med art. 8) og **EMD 2016-01-12** Szabó og Vissy mod Ungarn (mangel på effektive retssikkerhedsgarantier i lovgivning, der tillagde nationale terrormyndigheder meget vide overvågningsbeføjelser; krænkelse). Om afvejningen mellem art. 8 og 10 i forbindelse med mediernes ytringsfrihed med særligt fokus på anvendelsen af skjult kamera, se **V. Borberg** i [U 2014 B 258](#), **P. Skov**, **P. Lambert** og **I. Gjessing** i [U 2014 B 359](#), og **S. Schaumburg-Müller** i [U 2015 B 9](#).

Visitation:

I **EMD 2010-01-12** Gillan og Quinton mod Storbritannien tog Domstolen stilling til de britiske visitationsregler udformet med hjemmel i den britiske terrorlov. De to klagere var blevet visiteret, da de befandt sig i en af visitationszonerne. **EMD** fandt, at visitationsreglerne udgjorde et klart indgreb i art. 8. Domstolen rejste en lang række kritikpunkter over for lovgivningen. Herunder at der intet krav var om, at visitationen skulle være nødvendig, men alene hensigtsmæssig, samt kritik over for den skønsmargin, den enkelte politibetjent var tillagt. **EMD** fremhævede, at der end ikke skulle være en

subjektiv mistanke mod den person, der blev visiteret. **EMD** fandt herudover, at garantierne i national ret, som skulle beskytte mod vilkårlige indgreb, ikke udgjorde en reel begrænsning. Domstolen konkluderede på denne baggrund, at der forelå en krænkelse af art. 8. Se også **EMD 2012-05-15** Colon mod Nederlandene: om visitationszone i Amsterdam, hvor Domstolen afviste at realitetsbehandle sagen, da offentlighedens interesse vejede tungere end den ulempe zonen påførte klager.

Andre forhold:

Ved alvorlige fejlbehandlinger på sygehuse skal patienten have adgang til et effektivt og uafhængigt retssystem, hvor et eventuelt ansvar for fejlbehandling og skader kan fastslås, jf. **EMD 2006-10-05** Trocellier mod Frankrig. Medlemsstater kan have en positiv pligt til at beskytte andre mod krænkelse af rettigheder efter art. 8, og til at udføre en efterforskning på baggrund af en begrundet mistanke om krænkelse af art. 8. **EMD 2012-04-12** Stübing mod Tyskland, dom for incest udgjorde ikke en krænkelse. **EMD 2012-04-24** Yordanova m.fl. mod Bulgarien om planlagt rydning af en etableret roma bosættelse uden genhusning (krænkelser). EMD overlader en bred skønsmargin til medlemsstaterne i sager angående fordelingen af begrænsede ressourcer, se eks. **EMD 2014-05-20**, McDonald mod Storbritannien, om statens afgørelse om at fratage hjemmehjælp, og i stedet give bleer.

EMD 2012-09-12 Nada mod Schweiz: National implementering af en FN sikkerhedsrådsresolution om rejseforbud mod ind- og gennemrejse udgjorde en krænkelse af art. 8. Se Astrid Kjeldgaard-Pedersen [U 2013 B 75](#). **EMD 2014-03-07**, Raw m.fl. mod Frankrig: En dom beordrede klagers børn tilbageført til Storbritannien, hvilket faderen nægtede at efterkomme. EMD kritiserede ikke beslutningen om ikke at tvangsfulsbyrde dommen men fandt, at tvangsforanstaltninger kunne være blevet truffet over for faderen (krænkelser). **EMD 2013-12-05**, Vilnes og andre mod Norge: Klagerne havde som følge af deres arbejde mistet deres arbejdsevne, hvilket delvis skyldtes anvendelse af for hurtige dekompressionstabeller. EMD udtalte, at Norge burde have sikret offentlig fremlæggelse af tabellerne, idet staten har en positiv forpligtelse til at give borgerne adgang til væsentlig information, der gør det muligt at vurdere de risici for liv og helbred, der er forbundet med visse handlinger; krænkelse. **EMD 2013-11-12**, E.S. mod Sverige: Straffeloven indeholdt ikke en bestemmelse, der kunne dømme klagers stedfar for i skjul at have filmet hende, imens hun klædte sig af. Krænkelser. **EMD 2013-04-18**, M.K. mod Frankrig: Afslag på at slette klagers fingeraftryk fra en database i forbindelse med påstået tyveri udgjorde i den konkrete situation krænkelse. **EMD 2014-07-16**, Härmäläinen mod Finland: Myndighederne krævede at klagers ægteskab blev omregistreret til et registreret partnerskab efter klagers kønsskifteoperation. Ikke krænkelse. **EMD 2013-05-14**, Gross mod Schweiz: klager ønskede at få udleveret en dødelig dosis medicin, så hun kunne tage sit liv, men fik afslag. EMD fandt, at schweizisk ret ikke indeholdt tilstrækkeligt klare retningslinjer for muligheden, men tog med henvisning til subsidiaritetsprincippet ikke stilling til, om klager konkret skulle gives tilladelse.

Fra dansk praksis, se [U 1992 948 V](#) om opbevaring af fingeraftryk i identifikationsøjemed efter frifindelse ikke i strid med art. 8, jf. tilsvarende [U 2000 2101 V](#), [U 1994 15 Ø](#) om ransagning af Danmarks Radio, [U 1995 249 V](#) om genoptagelse af faderskabssag, [U 1999 321 Ø](#) om forældremyndighed til fader eller afdød mors slægtninge, [U 2000 743 Ø](#) om rockerloven, [U 2001 910 V](#) om gravsten med Hells Angels logo, [U 2001 1057 H](#) om rockerloven, [U 2004 1047 H](#), hvor drenge

på 5 og 9 år ikke blev fritaget for at afgive vidneforklaring i sag, hvori bl.a. deres mor var sigtet for vold mod 1½-årigt barn, [U 2006 427 H](#), hvor seksualdømt prøveudskrevet fra forvaring fortsat skulle undergives behandling med antabus og kønsdrifthæmmende medicin, [U 2007 196 H](#) om editionspålæg ang. egne lægejournaler i personskadeerstatningssag mod forsikringssselskab, [U 2007 2263 V](#) (beslaglæggelse af fotografier optaget af rockere under udlandsrejse opretholdt), [U 2009 2356 H](#) (servicelovens regler om magtanvendelse udelukkede, at en kvinde, der var ude af stand til selv at give samtykke, kunne flyttes til et nyt bosted tættere på sin mand og børn; ikke krænkelse af art. 8), [U 2011 2695 H](#) (pålæg om meldepligt i Center Sandholm og forbud mod at overnatte uden for centret uden særlig tilladelse; krænkelse), [U 2011 3021 Ø](#) (romanfigurs rettigheder ikke krænket under henvisning til art. 8 eller andre regler), [U 2013 3120/1 H](#) (ophævelse af lejemål pga. lejerens søns grove kriminalitet i bebyggelsen; ikke krænkelse), [U 2014 2785 H](#) forblivelsespligt til lokalt kraftvarmeværk medførte ikke brud på retten til privat- og familieliv).

60) De lovlige hensyn er i princippet udtømmende og fortolkes ikke udvidende, jf. art. 18. Se eksempelvis **EMD 2011-04-26 M.** mod Schweiz (ikke krænkelse idet formålet med det konkrete indgreb i retten til privat- og familieliv var bekæmpelse af kriminalitet).

Menneskerettighedskonventionen

Art. 10

Stk. 1. (63) Enhver har ret til ytringsfrihed. Denne ret omfatter meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker, uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser. Denne artikel forhindrer ikke stater i at kræve, at radio-, fjernsyns- eller filmforetagender kun må drives i henhold til bevilling.(64)

Stk. 2. (65) Da udøvelsen af disse frihedsrettigheder medfører pligter og ansvar, kan den underkastes sådanne formaliteter, betingelser, restriktioner eller straffebestemmelser,(66) som er foreskrevet ved lov(67) og er nødvendige i et demokratisk samfund(68) af hensyn til den nationale sikkerhed, territorial integritet eller offentlig tryghed, for at forebygge uorden eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden, for at beskytte andres gode navn og rygte eller rettigheder, for at forhindre udsprelse af fortrolige oplysninger, eller for at sikre dømsmagtens autoritet og upartiskhed.

Karnovs noter

63) Se generelt **L.V. Mortensen** »Ytringsfrihedens usikre grænser«, 2003, **Kyrre Eggen** »Ytringsfrihet«, 2002, **K. Miskowiak** »Ytringsfrihed under ansvar«, 1998. Se også **J.A. Jensen** i [U 1992 B 349](#) om dansk praksis, **M. Holdgaard Bukh** og **J.A. Jensen** i EU-ret og Menneskeret 1995/5 om »Svend Aukens Baghave«, **H. Zahle** i [U 1995 B 361](#) om privatansattes ytringsfrihed, **E. Werlauff** i **JUR 2002**-19 om proportionalitet, **P. Blume** i [U 2003 B 215](#) om databeskyttelse og ytringsfrihed, **S. Schaumburg-Müller** i [U 2006 B 229](#) om privatliv og pressefrihed, **H. Udsen** i [U 2006 B 161](#) samt **S. Schaumburg-Müller** i [U 2006 B 229](#) om personbilleder og offentlige/private steder, **O. Hasselbalch** i [U 2007 B 241](#) om konflikten mellem ytringsfrihed og racisme. Om offentligt ansattes ytringsfrihed se Justitsministeriets betænkning om offentligt ansattes ytringsfrihed og whistleblowerordninger nr. 1553.

Ytringsbegrebet er i praksis defineret bredt og omfatter bl.a. information, ideer, kunstneriske udtryk, jf. **EMD 1998**-05-24 Müller mod Schweiz nr. 133 og **EMD 2007**-01-25 Vereinigung Bildender Künstler mod Østrig, non-verbale udtryk, f.eks. i form af demonstrationer og besættelser, se eksempelvis **EMD 2011**-01-27 Aydin mod Tyskland (ikke krænkelse), samt kommercielle ytringer, der dog ikke nyder beskyttelse i samme omfang som ytringer med ideel eller politisk baggrund, jf. f.eks. **EMD** Barthold mod BRD nr. 90 (en dyrlæges ytring om sene åbningstider havde offentlig interesse og kun sekundært en reklameværdi; krænkelse). Se **EMD 2009**-03-05 Hachette Filipacchi Presse Automobile og Dupuy mod Frankrig om reklamer (et bilmagasin fik bøde for at bringe billede af kendte racerførere figurerende med kendte tobaksmærkelogoer; ikke krænkelse). I **EMD 2011**-01-13 Mouvement Raélien Suisse mod Schweiz tog domstolen stilling til, hvorvidt nationale myndigheder skulle give adgang til formidling af idéer gennem en plakatkampagne i det offentlige rum. Begrundelserne for afslaget var relevante og tilstrækkelige, og indgrebet var endvidere proportionalt; ikke krænkelse. Såvel form som indhold beskyttes, men jo stærkere mediets mulighed for at påvirke er, desto større krav kan stilles til mediets redelighed, jf. forudsætningsvis **EMD 1994**-09-23 Jersild mod Danmark. **EMD 2000**-02-29 Fuentes Bobo mod Spanien, om afskedigelse af privatansat producer, viser, at art. 10 kan krænkes i arbejdsretlige sager. Se modsat **EMD 2011**-09-12 Palomo Sánchez m.fl. mod Spanien, hvorefter der må skelnes klart mellem kritik og fornærmelse, og at et angreb på andre personers agtværdighed i en professionel sammenhæng kan rubriceres som en alvorlig tjenesteforbrydelse. Afskedigelse med grundlag i grov tjenesteforsømmelse ikke i strid med art. 10 sammenholdt med art. 11. Også offentligt ansatte

bevarer en ret til ytringsfrihed, hvorfor enhver begrænsning skal retfærdiggøres efter stk. 2, jf. f.eks. **EMD 1995-06-26** Vogt mod Tyskland om politisk afskedigelse af skolelærer og **EMD 1998-09-02** Ahmed m.fl. mod UK om centrale embedsmænd, der blev nægtet opstillingsret til visse valg, **EMD 2005-11-24** Otto mod Tyskland om nægtelse af forfremmelse af hensyn til opretholdelsen af en partineutral politistyrke og **EMD 2008-02-12** Guja mod Moldova om uproportional afskedigelse af offentlig ansat efter videregivelse af oplysninger, som **EMD** vurderede var af væsentlig og samfundsmæssig interesse. Se også **EMD 2011-07-21** Heinisch mod Tyskland, der ligeledes vedrørte afskedigelse af offentlig ansat efter videregivelse af oplysninger; krænkelse. **EMD 2009-07-16** Wojtas-Kaleta mod Polen om reprimande for at have overtrådt retningslinjer ved at være kommet med kritik af ledelsen på sin arbejdsplads; krænkelse.

Retten til at *modtage ytringer* er en selvstændig rettighed, jf. **EMD** Open Door mod Irland nr. 246 om forbud mod rådgivning om muligheden for at få foretaget abort udenfor Irlands grænser; krænkelse i forhold til dels organisationer, som ville informere, dels kvinder, som ville informeres). Se også **EMD 2011-09-20** Verein gegen Tierfabriken mod Schweiz, hvor det ikke udgjorde en krænkelse af art. 10, at postvæsenet ikke længere ville omdele en dyrevelfærdsforenings tidsskrift til husstande med et »reklamer-nej tak«-skilt på postkassen, og **EMD 2016-01-19** Kalda mod Estland, hvor en indsat blev nægtet adgang til visse hjemmesider med juridisk information (krænkelse). Se [U 1997 490 V](#) (udlejer, der ikke havde modsat sig, at lejere mod at betale udgifterne kunne modtage tv-programmer over et fælles parabolantlæg, var berettiget til at nægte lejere at opsætte parabol, hvilket ikke var i strid med art. 10), jf. også [U 1999 656 V](#) og [U 2009 1930 H](#).

Se **EMD 2009-10-20** Lombardi Vallauri mod Italien, hvor Domstolen udtalte, at de processuelle garantier, som er indeholdt i art. 10, indgår i vurderingen af, om retten til ytringsfrihed er respekteret. En universitetslærers afslag på en ansøgning fandtes at være i strid med art. 10.

Vedrørende negativ ytringsfrihed, se bl.a. **EMD 2010-11-02** Gillberg mod Sverige (aktindsigt i forskningsmateriale; ikke krænkelse) og storkammer afgørelsen **EMD 2012-04-03** Gillberg mod Sverige: nægtelse af at efterkomme en retskendelse om aktindsigt i forskningsmateriale; ikke krænkelse. Om udvikling imod en selvstændig ret til aktindsigt og ret til at få adgang til informationer i art. 10, se **EMD 2016-11-08** Magyar Helsinki Bizottság mod Ungarn, om myndigheders afslag på adgang til oplysninger om offentlige forsvarere; krænkelse.

64) Den selvstændige betydning er efter praksis meget begrænset, jf. **EMD 1990-05-22** Autronic AG mod Schweiz nr. 178 (afslag på tilladelse skal i praksis opfylde stk. 2's betingelser).

65) Om fortolkningen af stk. 2, se indledningsnote til art. 8, stk. 2.

66) *Indgreb* foreligger, selv om intensiteten af foranstaltningen er lille, jf. **EMD 2003-10-28** Steur mod Holland, om reprimander, der ikke anses som en sanktion. Både forudgående og efterfølgende, direkte og indirekte indgreb skal følge betingelserne i stk. 2. Forudgående indgreb, i særdeleshed mod pressefriheden, vurderes strengere end efterfølgende indgreb, og censurforanstaltninger bedømmes i praksis ganske strengt, jf. **EMD 1991-11-26** Observer og Guardian hhv. Sunday Times (nr. 2) mod Storbritannien nr. 216 hhv. 217. Se dog **EMD 2017-06-27** Satakunnan Markkinapörssi Oy og Satamedia Oy mod Finland, om et foreneligt forbud mod offentliggørelse af 1,2 mio personers skatteoplysninger uden offentlig interesse. Ytringsfriheden må ikke misbruges til at krænke andres rettigheder efter **EMRK**, jf. note til art. 17.

67) Om hjemmelskravet, se **EMD 2010-09-14** Sanoma Uitgevers B. V. mod Holland (krænkelse) og **EMD 2011-05-05** Redaktionen på avisen »Pravoye« og Shtekel mod Ukraine (krænkelse) samt **EMRK-**

kommentar i introduktionskapitlet.

68) Nødvendighedskravet er genstand for omfattende praksis, der konkretiserer betydningen af proportionalitetsprincipper. Til eksempel kan omtales:

Faktiske forhold og subjektive vurderinger:

Der sondres mellem ytringer om faktiske forhold modsat ideer/subjektive vurderinger, jf. den ledende dom **EMD 1986-07-08** Lingens mod Østrig nr. 103-B (bødestraf for hård kritik af forbundskansler var en krænkelse, bl.a. fordi politikere må acceptere at være udsat for kritik). Domstolen vurderer selvstændigt, hvorvidt der er tale om faktisk forhold eller subjektiv vurdering. Sondringen er ikke entydig, og vurderinger («value judgments») omhandler visse ytringer, som i dansk ret omfattes af sigtelser i [strfl § 267](#). **S. Schaumburg-Müller** påpeger i U 2002 B 118-122 vanskeligheder for [strfl's](#) bestemmelser om injurier i forhold til art. 10; jf. **samme** forfatter »Presseret« (2003). Ytringer om *faktiske forhold* anses i princippet for at være påviselige, hvorfor der foretages en vurdering af ytringens karakter, grovhed samt klagerens rimeligt begrundede gode eller onde tro med hensyn til sandhedsværdien, jf. f.eks. **EMD 1989-02-22** Barfod mod Danmark nr. 149 (om bødestraf for personlige beskyldninger om inhabilitet rettet mod lægdommere; ikke krænkelse). Jo grovere beskyldningen er, jo mindre skal der til, før indgreb anses for nødvendige. Journalister har en vis undersøgelsespligt, inden udtalelser fremsættes/videreformidles, jf. nedenfor om pressen og visse interesseorganisationer. *Subjektive vurderinger* anses i princippet for upåviselige, hvorfor det er i strid med art. 10 at forlange sandhedsbevis for subjektive vurderinger, jf. f.eks. **EMD 1991-05-23** Oberschlick mod Østrig nr. 204 (om kritik af politiker; krænkelse). Ytringerne vurderes bl.a. ud fra den samfundsmæssige betydning, hensigten med fremsættelsen, graden af faktisk understøttelse, jf. f.eks. **EMD 1992-06-25** Thorgeir Thorgeirson mod Island nr. 239 (bødestraf for barsk kritik om påstået politibrutalitet med henblik på at skabe debat og foranledige en offentlig undersøgelse; krænkelse) og U 1999 122 H om tv-udsendelsen »Politiets Blinde Øje«, der blev behandlet i **EMD 2004-12-17** Pedersen og Baadsgaard mod Danmark (frifindelse). Se også **EMD 2012-02-09** Vejdeland m.fl. mod Sverige, hvor idømmelse af bøder og betinget frihedsstraf for nedværdigende udtalelser i form af omdeling af løbesedler på et gymnasium, var nødvendige for at beskytte andres rygte og rettigheder (ikke krænkelse). Kravet om, at en vurdering underbygges af fakta mindskes, hvor disse fakta må anses for almindeligt kendt, jf. **EMD 2005-10-27** Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH mod Østrig. Om sandhedsbevis, se EMD 2017-06-27 Medžlis Islamske Zajednice Brčko m.fl. mod Bosnien-Hercegovina, hvor manglende sandhedsbevis og tilstrækkeligt faktisk grundlag for beskyldninger mod ansøger til en stilling som direktør for en multietnisk radio betød, at indgreb var foreneligt. Se også U 1999 509 Ø (frifindelse for nedsættende udtalelser om politiet i medfør af [strfl § 269](#), jf. art. 10) og U 2001 953 Ø (tilsvarende om fængselsfunktionærs udtalelser om fængslede medlemmer af rockergrupper).

Betydningen af ytringernes forfatter og deres genstand:

På grund af ytringsfrihedens betydning for demokratiets funktion har det stor betydning for proportionalitetsvurderingen efter art. 10, stk. 2, hvorvidt en ytring er fremsat i offentlighedens interesse. Ytringer om offentlige personer, institutioner, emner m.v. nyder derfor særlig beskyttelse, modsat f.eks. ytringer om offentlige personers rent private forhold, jf. **EMD 2001-02-06** Tammer mod Estland om politikers hustru. Se også **EMD 2008-10-02** Leroy mod Frankrig om en fransk karikaturtegner (ikke krænkelse) og **EMD 2011-03-15** Otegi Mondragon mod Spanien (krænkelse). Om den korrekte afvejning mellem pressefriheden og beskyttelse af kræftlægers omdømme, se EMD

2017-12-5 Frisk og Jensen mod Danmark. Ytring af oplysninger af fortrolig karakter vurderes bl.a. ud fra den generelle eller konkrete karakter og eventuel tidligere offentliggørelse, jf. **EMD 1995-02-09** Verening Weekblad Bluf! mod Holland. Selv om oplysninger er fremskaffet ved ulovlige midler, kan pressen have ret til at videregive dem, hvor offentlighedens interesse kræver det, navnlig hvor pressen ikke selv har foretaget lovovertrædelsen, jf. **EMD 2006-12-19** Radio Twist, A.S. mod Slovakiet. I **EMD 2016-03-29** Bédat mod Frankrig fandt domstolen, at bøde for en journalists offentliggørelse af fortrolige dokumenter fra en straffesag ikke var en krænkelse. Se også **EMD 2016-06-23** Baka mod Ungarn (krænkelser af både art. 10 og 6 ved førtidig afskedigelse af en dommer pga. offentlige ytringer om reformer af domstolssystemet). Staterne har videre adgang til at begrænse ytringer om moralske, etiske og religiøse forhold, jf. **EMD 1976-12-07** Handyside mod Storbritannien og **EMD 2007-12-10** Stoll mod Schweiz (ikke krænkelse). Se endvidere **EMD 2018-10-25** E.S. mod Østrig (ikke krænkelse, at en kvinde var blevet idømt bødestraf for i forbindelse med et politisk seminar at have fremsat nedsættende ytringer om profeten Muhammed). I **EMD 2007-10-22** Lindon m.fl. mod Frankrig fandt **EMD**, at indgreb i to forfatters og en redaktionschefts ytringsfrihed var nødvendigt i et demokratisk samfund, bl.a. fordi de pågældende passager selv i forhold til en kontroversiel politiker overskred grænserne for det tilladelige. Se **EMD 2008-03-27** Azevedo mod Portugal om en forskers videnskabelige værk - krænkelse. Se også **EMD 2009-04-16** Egeland og Hanseid mod Norge - om offentliggørelsen af billeder, hvor **EMD** fandt, at hensynet til privatlivet i den konkrete sag vejede tungere end pressens ret til at offentliggøre billederne; ikke krænkelse. Vedrørende højtstående offentligt ansattes ytringer i pressen se **EMD 2010-12-07** Poyraz mod Tyrkiet, hvor det blev fastslået, at der gælder en særlig diskretionspligt i sager vedrørende beskyttelse af personers ry; ikke krænkelse. Se også **EMD 2012-01-17** Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH mod Østrig, (tilpligtelse af klager til betaling af kompensation for offentliggørelse af en piges identitet; ikke krænkelse). **EMD 2016-11-08** Magyar Helsinki Bizottság mod Ungarn (En organisation blev nægtet adgang til oplysninger om offentlige forsvarere. Domstolen fandt ikke hensyn til beskyttelse af data kunne begrunde dette; krænkelse). I **EMD 2013-12-17** Perincek mod Schweiz var klager blevet straffet for at ytre, at han anså det armenske folkemord som en »international løgn« (krænkelser). Fra dansk retspraksis, se [U 2014 729 Ø](#), hvor direktøren for Danmarks Naturfredningsforenings udtalelse vedr. sprøjtegifte ikke udgjorde retsstridige injurier. Landsretten lagde vægt på, at der skal foreligge tungtvejende grunde for indgreb i den offentlige debat om emner af almen interesse, og at organisationen nyder en vidtgående ytringsfrihed i kraft af at være »offentlighedens vagthund«.

Politikere, myndighederne og regeringen:

Ytringer om politikere og politiske emner nyder særlig vid beskyttelse, jf. eks **EMD-2014-04-17**, Brosa mod Tyskland (Distribution af folder hvori klager påstod at borgmesterkandidat var tilhænger af en særligt farlig nynazistisk forening. Forbud mod distribution udgjorde krænkelse, da domstolens krav til dokumentation for udtalelsen var for strenge). Beskyttelsen omfatter i et vist omfang ytringer rettet mod politikeres privatliv, jf. **EMD 1992-08-28** Schwabe mod Østrig nr. 242-B (om bødestraf for fremhævelse af politikers dom for færdsejelse; krænkelse). Modsat **EMD 2009-06-04** Standard Verlags GmbH mod Østrig, hvor en østrigsk avis havde gengivet rygter om den daværende præsident og hans ægteskabelige problemer. Avisen blev dømt til at betale erstatning og offentliggøre dommen i avisen. **EMD** fandt ikke, at sanktionerne var i strid med art. 10, herunder at de nationale domstole havde vægtet hensynet til sagsøgers privatliv højere end hensynet til klagers ytringsfrihed. Se også **EMD 2010-10-12** Saaristo m.fl. mod Finland vedr. (indskrænkelser af

privatlivsbeskyttelse for kommunikationsansvarlig for en præsidentkandidat svarende til, hvad der gælder for politikere) eller **EMD 2012-02-21** Gąsior mod Polen, på trods af en videre margen til at kritisere politikere skal disse stadig have mulighed for at forsvare sig mod anklager. Sanktioner mod klager for injurier udgjorde derfor ikke en krænkelse. Hvor en politiker udtaler sig om et emne, må denne også tåle en streng kritik/genmæle, jf. **EMD 2005-10-27** Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH mod Østrig om Jörg Haiders udtalelser om det nationalsocialistiske styre og anden verdenskrig. Se også **EMD 2011-10-06** Vellutini og Michel mod Frankrig; krænkelse. Kritik af myndighederne nyder en tilsvarende bred beskyttelse, navnlig når der ikke er tale om navngivne personer, jf. om kommunalbestyrelse **EMD 2007-04-24** Lombardo m.fl. mod Malta, og om politiet **EMD 1999-01-21** Janowski mod Polen og **EMD 2004-12-17** Pedersen og Baadsgaard mod Danmark. Offentligt ansatte, herunder betjente, skal ikke have samme tolerancetærskel som politikere. Indgreb over for oppositionspolitikere underkastes en indgående prøvelse, jf. f.eks. **EMD 2001-02-27** Jerusalem mod Østrig. Også virksomhedsledere og -ejere såvel som andre offentlige personligheder, herunder journalister og kulturpersonligheder, må i et vist omfang tåle hårdere offentlig kritik og debat end den offentlige interesse i det omdiskuterede emne egentlig berettiger til, jf. **EMD 2007-03-01** Tønsbergs Blad A/S og Haukom mod Norge, hvor der lægges vægt på, at ytringerne ikke kunne anses for udelukkende at angå den private sfære. Se også **EMD 2008-09-18** Chalabi mod Frankrig om en moskes leder, som i sin egenskab heraf måtte tåle en vis kritik. Synspunktet om en videre ytringsfrihed ved omtale af politikere er accepteret i dansk retspraksis, jf. [U 2003 2044 H](#) (ytring om at en politiker havde racistiske synspunkter på grundlag af politisk leders udtalelser på et årsmøde, var efter en helhedsbedømmelse ikke utilbørlig og ikke en overskridelse af grænserne for ytringsfriheden). Politikere nyder selv en større grad af ytringsfrihed, og indgreb påkalder sig en meget nærgående proportionalitetsvurdering, jf. **EMD 1992-04-23** Castells mod Spanien (en baskisk oppositionspolitikere var blevet idømt fængselsstraf for at beskyldte regeringen for at stå bag politiske assassinationer. Krænkelser). Politikere har dog også en forpligtelse til ikke at fremsætte ytringer, der kan fostre intolerance i samfundet, jf. **EMD 2009-07-16** Féret mod Belgien. Se også [U 2014 2648](#) om et billedopslag på Facebook af to burkaklædte personer og to fyldte sorte affaldssække med teksten "he he... Husk storskrald i morgen". Henset til ytringsfriheden var opslaget, bl.a. under hensyn til personens politiske virke, ikke omfattet af [strfl § 266b, stk. 1](#). Angående injurier og politikeres ytringsfrihed, se [U 2018 2048 H](#) (udsagn om et lovforslag om meddelelse af statsborgerskab i en annonce for Dansk Folkeparti var ikke ærekrænkende). Domstolene beskyttes til en vis grad efter art. 10, stk. 2, hvorefter indgreb kan finde sted for at »sikre domsmagtens autoritet og upartiskhed« og for at »beskytte andres gode navn og rygte eller rettigheder«. Dette sker for at undgå, at den dømmende magt sættes under et utilbørligt pres, eksempelvis fra pressen. Se om pressens kritik af domstolene **EMD 1995-04-26** Prager og Oberschlick mod Østrig (ikke krænkelse) og **EMD 1997-02-24** De Haes og Gijssels mod Belgien (krænkelser). Se [U 2013 1067 H](#) om udtalelser om en forhenværende dommer udgjorde en ærefornærmende sigtelse, som ikke fandtes berettiget. Om offentliggørelse af billeder af anklagede eller straffede personer, se **EMD 2000-01-11** NEWS VERLAGS GmbH & Co.KG mod Østrig (krænkelser) og **EMD 2006-12-07** Österreichischer Rundfunk mod Østrig (krænkelser). Advokater har, ligesom tiltalte, en betydelig ytringsfrihed i forbindelse med retssagsbehandling, men advokaters kritik af domstolenes behandling af en sag bedømmes i lyset af advokaters rolle som mellemlid mellem domstolene og befolkningen og betydning for tilliden til retssystemet, jf. **EMD 1998-05-20** Schöpfer mod Østrig om advokat, der havde henvendt sig til pressen og derefter kærte. Se også **EMD 2011-12-15** Mor mod Frankrig, hvor **EMD** slog fast, at advokaters ytringsfrihed kun må indskrænkes i helt særlige tilfælde; krænkelse. **EMD 2012-01-24** Seckerson og Times Newspaper Limited mod Storbritannien vedrørte idømmelse af

bøde for foragt for retten for offentliggørelse af dele af en jurys hemmelige votering (ikke krænkelse). Desuden kan myndighederne have pligt til at udlevere oplysninger, se **EMD 2014-11-28**, Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Shaffung eines Wirtschaftlich gesunden Land- und Forstwirtschaftlichen Grundbesitzes mod Østrig. De regionale myndigheder gav afslag på at udlevere kopier af myndighedens afgørelser til en forening, der skulle anvende afgørelserne til forskning; krænkelse.

Pressen og visse interesseorganisationer:

Pressen nyder en markant beskyttelse grundet den væsentlige rolle som formidler og kommentator vedrørende samfundsforhold («offentlighedens vagthund»), jf. **EMD 1991-11-26** Observer og Guardian hhv. Sunday Times (nr. 2) mod Storbritannien nr. 216 hhv. 217 og **EMD 1997-02-24** De Haes og Gijssels mod Belgien samt **EMD 2000-05-02** Bergens Tidende mod Norge (kritik af navngiven plastikkirurg; krænkelse). Se også **EMD 2011-05-05** Redaktionen på avisen »Pravoye« og Shtekel mod Ukraine (fravær af journalistbeskyttende lovgivning vedrørende gengivelse af kilder fra internettet hindrede pressens funktion som »offentlig vagthund«; krænkelse). **EMD 2017-02-09** Selmani m.fl. mod Makedonien (journalister fjernet fra parlamentets galleri; krænkelse). **EMD 2012-02-07** Axel Springer AG mod Tyskland (bødepålæg til en landsdækkende avis for krænkelse af en skuespillers privatliv; krænkelse). **EMD 2014-07-01**, A.B. mod Schweiz (bøde til en journalist for at skrive en artikel om en straffesag og gengive fortrolige dokumenter; krænkelse). **EMD 2014-10-21**, Erla Hlynsdottir mod Island (journalist dømt for ærekrænkelser pga. artikel om straffesag vedr. seksuelle overgøb; krænkelse). Se modsat **EMD 2016-06-23** Brambilla m.fl. mod Italien (Journalister dømt for at aflytte politiets kommunikation; ikke krænkelse). Pressens ansvar omfatter efter omstændighederne imidlertid også læsers kommentarer, der feks. uploades på elektroniske nyhedsportaler, se **EMD 2013-10-10**, Delfi A/S mod Estland. Desuden har journalister ikke bedre ret end andre til at blive og dække en demonstration, når politiet har givet ordrer om at forlade området, jf. **EMD 2014-02-14**, Pentikäinen mod Finland. Den særligt stærke beskyttelse finder også anvendelse på visse interesseorganisationer, såsom miljøorganisationer, jf. eksempelvis **EMD 2005-02-15** Steel og Morris mod Storbritannien. Beskyttelsen angår både medierne og modtagerne, jf. **EMD 1990-03-28** Groppera Radio AG m.fl. mod Schweiz. Beskyttelsen varierer ifht. emnets offentlige interesse og nyhedsværdi. Bladejere, journalister og redaktører, der udtaler sig som privat personer, er ikke omfattet af den særligt stærke beskyttelse, jf. **EMD 1999-01-21** Janowski mod Polen. U 1989 399 H (grønjakkesagen) om bødepålæg til tv-journalist blev i **EMD 1994-09-23** Jersild mod Danmark nr. 298 fundet i strid med art. 10, idet **EMD** fastslog bl.a. at medierne har en redaktionel ytringsfrihed. Selv om pressen har en vis undersøgelsespligt, kan pressen som udgangspunkt forlade sig på rapporter affattet af offentlige myndigheder eller myndighedspersoner, jf. **EMD 1999-05-20** Bladet Tromsø og Stensaas mod Norge. Pressen nyder en ret til kildebeskyttelse, idet visse historier af klar offentlig, almen interesse ellers ikke ville komme til offentlighedens kendskab, jf. **EMD 1996-03-27** Goodwin mod Storbritannien, **EMD 2007-11-22** Voskuil mod Holland (journalist ret til at beskytte en kilde; krænkelse) og **EMD 2009-12-15** Financial Times Ltd. m.fl. mod Storbritannien (krænkelse). Se også **EMD 2017-10-05** Becker mod Norge, om vidnepligt for en journalist i en sag om kursmanipulation. Retten til at holde sine kilder hemmelige fratages ikke på grund af en kildes adfærd, eller fordi kildens identitet bliver kendt. I U 1994 988 H henvises til art. 10 i præmisserne i sag om journalists dækning af demonstration i politikers have; tilsvarende i U 1997 259/2 H om gengivelse af udtalelser i en klage til Advokatankenævnet. Se tillige **FED 2001 531** Ø, hvor udtalelser om rockeres betydning for afsoningsforholdene var omfattet af **strfl § 267, stk. 1**, men straffrie efter

strfl § 269, stk. 1, som måtte fortolkes i lyset af **EMRK** art. 10, samt [U 2014 1540 H](#) hvor det ikke var i strid med art. 10 at frakende et selskab, der var fundet skyldig i at have fremmet terrorvirksomhed gennem tv-udsendelser, retten til at udsende tv.

Fra dansk retspraksis, se [U 1989 399 H](#) om afvejning af minoritetsbeskyttelsen over for ytringsfriheden, jf. **L. A. Rehof** i [U 1994 B 444 ff.](#), [U 1994 988 H](#) (journalist frifindes for fredskrænkelser, idet resultat »tillige er bedst stemmende med« art. 10 praksis, jf. **B. Unmack Larsen** i [U 1995 B 250](#) og **E. Smith** i [U 1995 B 145](#))), [U 1995 402 Ø](#) om edition af dagblads fotooptagelser, [U 1997 259 H](#) om gengivelse af oplysninger i klage til Advokatnævnet, [U 1998 1367 H](#), jf. [U 1997 1406 V](#), om advokats overtrædelse af referatforbud, [U 1999 122 H](#) om Pedal Ove-sagen, jf. **EMD 2004-12-17 Pedersen og Baadsgaard mod Danmark** (ikke krænkelser), [U 1999 560 H](#) om strafbar sigtelse om brud på tavshedspligt, [U 1999 1113 Ø](#) om klart diskriminerende udtalelser, [U 1999 1462 Ø](#) om strafbart citat fra bog, [U 1999 1536 H](#) om besøgsforbud omfattende journalister, [U 1999 1675 H](#) om tv-journalister, der havde skaffet sig adgang til et ikke frit tilgængeligt sted under demonstration, frifundet for overtrædelse af [strfl § 264](#), da tilstedeværelsen ikke havde været uberettiget bl.a. under hensyn til aktionens debatskabende formål, [U 2000 1005 Ø](#) om edition over for dagblade og tv-station i sag om uro på Nørrebro, [U 2000 2143](#) om forening betegnet racistisk, [U 2001 723 Ø](#) om journalisters dokumentfalsk i form af sletning af to af hans fire navne mhp. at opnå ansættelse hos og optagelse på et seminar arrangeret af en virksomhed til brug for en tv-udsendelse, [U 2002 1586 V](#) (journalist vidnefriset i straffesag mod et amtsrådsmedlem, der var tiltalt for overtrædelse af tavshedspligt), [U 2002 2398 H](#) (journalists sigtelser i avisartikler om narkotikakriminalitet ikke straffri og 100.000 kr. i godtgørelse for tort), [U 2002 2503 H](#) (delvis edition af tv-producents uredigerede råbånd i sag om seksuelle overgreb), [U 2003 2044 H](#) om politikers racistiske synspunkter, [U 2004 698 Ø](#) (ansvarshavende redaktør og to journalister frifundet for udsagn om dansk Stasi-agent), [U 2004 734 H](#) (folketingskandidat straffet for udtalelse om muslimer på hjemmeside), [U 2004 1360 V](#) (dagbøder for nedsættende udtalelser), [U 2004 1773 H](#) (chefredaktør frifundet for ærekrænkelser), [U 2004 2478](#) (edition af råbånd til politiet), [U 2005 123 Ø](#) (journalister og redaktør dømt efter mediansvarlighedsloven og pålagt at betalt tort iht. [EAL § 26](#) for overtrædelse af [strfl § 264 d](#)), [U 2005 1145 Ø](#) (journalist ikke straffri for overtrædelse af politivedtægt under dækning af demonstration), [U 2006 65 Ø](#) (FE-ansats overtrædelse af tavshedspligt ved udlevering af oplysning til journalist straffet med fængsel i 4 mdr.), [U 2006 2178 Ø](#) (redaktør idømt dagbøder for overtrædelse af [strfl § 267](#)), [U 2007 1673 Ø](#) (journalister idømt bøde for besiddelse af krysantembomber), [U 2010 1859 H](#) (ikke grundlag for fagedforbud over for Danmarks Radio mod visning af tv-optagelser med skjult kamera), [U 2011 456 H](#) (afgørelse om dørlukning i sag om erstatningsansvar anlagt mod Forsvarsministeriet stadfæstet. Editionsplæg ikke meddelt), [U 2011 918 Ø](#) (beslaglæggelse af tv-stationers bankindeståender var i strid med **EMRK** art. 10), [U 2011 1285 H](#) (betingelserne for navneforbud og dørlukning fandtes opfyldt), H. K. 8. august 2018 i sag 24/2018 (navneforbud, som var nedlagt forud for, at der var rejst sigtelse, blev opretholdt), [U 2011 2172 Ø](#) (psykolog pålagt at afgive forklaring i straffesag under efterforskning) og [U 2011 2864 Ø](#) (dørlukning i medfør af [retsplejelovens § 29, stk. 3](#), nr. 1, burde ikke være sket. Afgivelse af forklaring fandtes ikke at være så belastende for tiltalte alene på grund af deres unge alder, at den burde ske for lukkede døre). Se tilsvarende [U 2011 2865 Ø](#) (da anklagemyndigheden ikke fandtes nærmere at have begrundet begæringen om dørlukning, afvistes den). [U 2012 2361 H](#) (ikke overtrædelse af [strfl. § 266 b](#), da forsæt til udbredelse af forhånende og nedværdigende udtalelser om muslimer manglede). [U 2012 1929 Ø](#) (tilrettelægger og redaktionschef idømt dagsbøder for sigtelser, i et tv-program om hospitalsbehandling, mod Rigshospitalet samt en overlæge, da sigtelser byggede på et

faktuelt forkert grundlag). [U 2013 1920 Ø](#) (art. 10 kunne ikke medføre straffrihed for to journalisters overtrædelse af [strfl § 174](#) i forbindelse med Tv-program om udstedelse af falske aldersbeviser). [U 2014 1033 Ø](#) (straffelovens forbud mod ærekrænkelser fortolket i lyset af [EMRK art. 6](#), stk. 2 og art. 10), [U 2015.3106 H](#) (historikers udtalelser om, at en journalist havde været KGB-agent, var ærefornærmende sigtelser. 7 ud af 18 udsagn kunne ikke anses for berettigede efter [straffelovens § 267](#), jf. § 269, stk. 1, således som bestemmelserne skal forstås i lyset af [EMRK artikel 8](#) og [10](#)). Om afvejningen mellem art. 8 og 10 i forbindelse med mediernes ytringsfrihed med særligt fokus på anvendelsen af skjult kamera, se **V. Borberg** i [U 2014 B 258](#) samt **P. Skov, P. Lambert** og **I. Gjessing** i [U 2014 B 359](#). [U 2015.1249H](#) (politiets beslaglæggelse af it-udstyr mv. tilhørende en ugebladsredaktion og rettens gennemgang heraf med sagkyndig bistand fra politiet var i overensstemmelse med art. 10). [U 2017 775 Ø](#) (dagbøder for demonstration i Folketinget foreneligt med art. 10). [U.2019.336 V](#) (fotojournalist frikendt for at have undladt at efterkomme politiets forbud om at forlade motorvej, hvor der gik en gruppe på ca. 300 flygtninge og migranter, idet forbuddet ikke fandtes nødvendigt for at forebygge forstyrrelse af den offentlige orden efter art. 10).

Menneskerettighedskonventionen

Art. 18

(78) De indskrænkninger, som er tilladt efter denne konvention i de her nævnte rettigheder og friheder, må ikke anvendes i nogen anden hensigt end den, som de er foreskrevet for.

Karnovs noter

78) Bestemmelsen tydeliggør, at undtagelsesbestemmelser ikke bør fortolkes udvidende. Klare tilfælde af magtfordrejning og varetagelse af ulovlige hensyn omfattes af bestemmelsen, jf. f.eks. **EMD 2004-05-19** Gusinskiy mod Rusland. Såfremt det eneste hensyn bag foranstaltningen er uhjemlet, vil der være en krænkelse af bestemmelsen. Hvis der både er et hjemlet og et uhjemlet hensyn, vil det afgørende være, hvilket af de to hensyn der er hovedhensynet («the predominant purpose»), jf. i det hele den ledende dom **EMD 2017-11-28** Merabishvili mod Georgien. Sagerne har især handlet om oppositionspolitikere, jf. f.eks. **EMD 2012-7-3** Lutsenkto mod Ukraine, hvor EMD fandt en krænkelse, idet det reelle hensyn bag retsforfølgningen var at udelukke klager, der var tidligere indenrigsministerer, fra det politiske liv, og om regeringskritikere, jf. **EMD 2014-3-17** Rasul Jafarov mod Azerbajdsjan, hvor EMD fandt, at det reelle formål med retsfølgning af klager var begrundet i klagers regeringskritik og menneskerettighedsaktiviteter.

FÆLLES MATERIALESAMLING**BIND II – RETSPRAKSIS**

I sagen for

Østre Landsret, 16. afdeling

BS-36799/2018-OLR

Foreningen imod Ulovlig Logning
Birkegade 15, 5. tv.
2200 København N
advokat Julie Bak-Larsen i henhold til proceduretilladelse
("Sagsøger")

mod

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

Sagen hovedforhandles den 5. maj 2021, kl. 9.30-15, og den 6. maj 2021, kl. 9.30-12.

INDHOLDSFORTEGNELSE

Retspraksis	Side
Danske domme	
U.1994.780/2Ø	4
U.1996.1300H	7
U.1999.841H	10
U.2005.2134H	18
U.2011.2646H	32
U.2011.539H	39
U.2012.2247Ø	48
U2014.1491H	55
U.2017.1243H	64
U.2017.824H	79
U.2019.2019OE	101
U.2021.958H	129
EU-domme	
C-106/77 - Simmenthal	145
C-213/89 - Factortame I	161
Forenede sager C-13/91 og C-113/91 - Debus	171
Forenede sager C-46/93 og C-48/93 - Brasserie du Pêcheur	182
Forenede sager C-231/06 - C-233/06 - Jonkman	215
C-118/00 - Larsy	232
Forenede sager C-10/97 - C22/97 - IN.CO.GE	232
Forenede sager C-293/12 og C-594/12 - Digital Rights Ireland	265
Forende sager C-203/15 og C-698/15 - Tele2/Watson	284
C-207/16 - Ministerio Fiscal	315

C-623/17 - Privacy International	329
Forenede sager C-511/18, C-512/18 og C-520/18 - La Quadrature du Net	352
<i>Forslag til afgørelser</i>	
Forslag til afgørelse fra generaladvokat H. Saugmandsgaard ØE i Forenede sager C-203/15 og C698/15 (Tele2/Watson)	414
<i>Forelæggelseskendelser</i>	
Sag C-793/19	456
Sag C-140/20	467
Sag C-339/20	475
Sag C-397/20	484
<i>Anmodninger om præjudiciel afgørelse</i>	
Anmodning om præjudiciel afgørelse i C-793 19 og 794 19	493
Anmodning om præjudiciel afgørelse i C-140 20	496
Anmodning om præjudiciel afgørelse i C-397 20	498
Anmodning om præjudiciel afgørelse i C-339 20	500

U.1994.780/2Ø**Ø.L.K. 1. juli 1994 i 13. afd. B-0783-93**

(Hanne Blegvad Jensen, Birte Lynæs, Michael Toftager (kst.)).

Miljøorganisationen Greenpeace Danmark (adv. Ole Krarup, København)

mod

Trafikministeriet (Kammeradvokaten v/ adv. Hagel Sørensen).

Miljøret 1.9 Retspleje 22.2

Miljøorganisation havde søgsmålskompetence.

- ◆ Miljøorganisationen Greenpeace G anlagde sag mod Trafikministeriet T med påstand om, at T skulle anerkende, at T var uberettiget til at lade de anlægsarbejder udføre, der omhandlede i lov om anlæg af fast forbindelse over Øresund. T påstod afvisning under påberåbelse af manglende søgsmålskompetence hos G. Landsretten fandt efter en samlet vurdering af G's påstand og af G's struktur og formål, at G i forbindelse med sagsanlægget havde en så væsentlig interesse i at føre sag, at G havde den fornødne søgsmålskompetence.¹

Østre Landsret**Østre Landsrets kendelse.**

Under denne sag, der er anlagt den 18. marts 1993, har Miljøorganisationen Greenpeace Danmark, påstået sagsøgte, Trafikministeriet, dømt til at anerkende, at det sagsøgte ministerium er uberettiget til at lade de anlægsarbejder udføre, der omhandles i lov nr. 590 af 19. august 1991 om anlæg af fast forbindelse over Øresund.

Sagsøgte har principalt påstået afvisning, subsidiært frifindelse, og har i den forbindelse gjort gældende:

1. at der ikke foreligger en aktuel og konkret tvist,
2. at sagsøger under alle omstændigheder er ubeføjet til at rette sit søgsmål mod lov nr. 590 af 19. august 1991 om anlæg af fast forbindelse over Øresund.

Sagsøgte påstand om afvisning af søgsmålet er udtaget til særskilt forhandling i medfør af retsplejelovens § 253.

Det er oplyst om Miljøorganisationen Greenpeace Danmark, at den har ca. 20.000 støttemedlemmer. Den har hjemsted i Københavns Kommune. Det fremgår af vedtægterne af 25. oktober 1991, at foreningens formål er:

4.1. --- på ikke-voldelig basis, at forhindre overgreb på natur og økosystemer. Foreningen søger at sikre en verden i fred og økologisk balance.

781

4.2. Foreningen skal på ingen måde kunne deltage i eller støtte nogen politisk kampagne til fordel for politiske partier eller politiske kandidater.

Foreningens støttemedlemmer er ikke stemmeberettigede. Foreningen har 15-18 stemmeberettigede medlemmer, der vælges af foreningssamlingen. 5-6 heraf skal være erfarne medlemmer, 5-6 eksterne medlemmer og 5-6 internationale medlemmer, der vælges for 3 år ad gangen. De internationale medlemmer er personer, der er eller har været ansat af Greenpeace i andre lande.

Foreningssamlingen består af foreningens stemmeberettigede medlemmer og har bl.a. som ansvarsområde at vælge en bestyrelse. Beslutninger i foreningsforsamlingen træffes normalt ved almindelig stemmeflertal.

Bestyrelsen består af 5-7 medlemmer og suppleanter valgt for 2 år ad gangen.

Støttemødet er et årligt møde, hvor der bl.a. indstilles medlemmer til foreningssamlingen. Bestyrelsen er dog selvsupplerende og behøver ikke at tage medlemmer blandt de, der er indstillet.

Sagsøgeren gør vedrørende realiteten gældende, at den faste forbindelse over Øresund som vedtaget ved lov nr. 590 af 19. august 1991 er vedtaget i strid med den fremgangsmåde, der er foreskrevet i Rådets direktiv af 27. juni 1985 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet (VVM-direktivet, 85/337 EØF).

Desuden gøres det gældende, at loven er vedtaget i strid med konvention om vurdering af virkningerne på miljøet på tværs af landegrænserne (Espookonventionen) af 25. februar 1991.

Sagsøger har nærmere anført, at der ved loven er sket en tilsidesættelse af VVM-direktivets krav om en forudgående miljøvurdering. Undtaget fra kravet er alene sådanne tilfælde, hvor projektet er vedtaget i enkeltheder ved anlægsloven. Sagsøger gør gældende, at anlægsloven ikke er omfattet af undtagelserne, idet navnlig den endelige linieføring ikke er fastsat ved loven.

Det påberåbte direktiv vedrører gennemførelse af anlægsarbejder eller andre installationer eller arbejder og andre indgreb i det naturlige miljø.

Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger med henblik på, at projekter, der bl.a. på grund af deres art, dimensioner eller placering kan få væsentlig indvirkning på miljøet, undergives en vurdering af denne indvirkning, inden der gives tilladelse.

Undtaget fra direktivet er projekter, der vedtages i enkeltheder ved en særlig national lov, idet de mål, der følges ved direktivet, herunder at stille oplysninger til rådighed, nås gennem lovgivningsprocessen.

Efter artikel 2 i direktivet kan medlemsstaterne i undtagelsestilfælde fritage et konkret projekt helt eller delvis fra bestemmelsen i direktivet.

Vurderingen af indvirkningen på miljøet kan indgå i staternes gældende procedurer for projektkodkendelse eller i særlige procedurer, der etableres for at opfylde direktivets målsætninger.

Aftalen om anlæg af en fast forbindelse over Øresund blev indgået mellem den svenske og den danske regering den 23. marts 1991. Lov nr. 590 af 19. august 1991 om anlæg af fast forbindelse over Øresund ratificerer denne aftale.

Loven giver trafikministeren bemyndigelse til at træffe bestemmelse om udførelse af de foranstaltninger, der er nødvendige for gennemførelsen af regeringsaftalen.

Efter § 4, stk. 1, i loven skal den endelige udformning af Øresundsforbindelsen foretages under hensyn til, hvad der er økologisk motiveret, teknisk muligt og økonomisk rimeligt, således at skadelige virkninger på miljøet forebygges.

Det anlæg, der forudsattes gennemført ved loven, omfattede en 2,0 km lang sænketunnel under Drogden, en 2,5 km lang kunstig ø som overgang mellem tunnel og bro, en lavbro på 2,5 km og en højbro over Flinterenden og Trindelrenden med en samlet længde på 7,45 km. Efter anlægslovens § 4, stk. 2, opstilles der en kvalitetsmålsætning for anlæggenes miljøeffekter i Østersøen og Øresund samt på land, der tillige med et overvågnings- og

¹ U.1973.694 H, U.1974.525 H, U.1976.1010 Ø, U.1984.1038 Ø, U.1987.923 H, U.1990.611 H, EF-domstolens domme i sagerne 158/1980, 240/1987 og C-170/1989, Ellen Margrethe Basse i J 1979 s. 485 og Bent Christensen: Forvaltningsret (1988) s. 19 ff.

kontrolprogram skal godkendes af trafikministeren efter samråd med miljøministeren inden igangsættelse af anlægsarbejderne.

Trafikministeren fastsætter efter lovens § 15 den endelige linieføring af Øresundsforbindelsen på dansk søterritorium.

Den danske og den svenske regerings endelige godkendelse af linieføringen foreligger endnu ikke.

Det fremgår af det fremlagte materiale, at linieføringen på projektplan har været ændret flere gange siden lovens vedtagelse.

I den danske lovgivning er organisationen Greenpeace udtrykkeligt nævnt som klageberettiget i § 99, stk. 3, i lov om miljøbeskyttelse (lov nr. 358 af 6. juni 1991), der er sålydende:

Stk. 3. Greenpeace og Danmarks Fiskeriforening kan påklage amtsrådets afgørelser efter kap. 4 og 5 for så vidt angår spørgsmål om forurening af havet.

Ferskvandsfiskeriforeningen for Danmark kan påklage amtsrådets afgørelser efter kapitel 4 og 5 for så vidt angår spørgsmål om forurening af vandløb og søer.«

På tilsvarende måde er der givet Greenpeace påtaleret i havøkologiske spørgsmål ved lov nr. 181 af 8. maj 1985 om ændring af lov om beskyttelse af havmiljøet (lov nr. 130 af 9. april 1980), idet loven oprindeligt var affattet således:

»Stk. 2. Afgørelse efter § 27, stk. 1 og 2, skal meddeles skriftligt til ansøgeren og til de myndigheder,

782

der har været inddraget i sagens behandling. Underretning om tilladelse skal endvidere gives til privatpersoner, der må antages at have en væsentlig, individuel interesse i afgørelsen, samt til de i § 54, stk. 1, nævnte organisationer. Underretning til de nævnte privatpersoner kan eventuelt finde sted ved offentlig annoncering.«

Greenpeace, Danmark, blev tilføjet kredsen af klageberettigede ved et ændringsforslag, der blev stillet af miljøministeren på udvalgets foranledning.

Ifølge § 52 i den nugældende lov nr. 476 af 30. juni 1993 om beskyttelse af havmiljøet kan afgørelser efter § 26 (om tilladelser til dumpning) påklages af:

- »1) afgørelsens adressat,
- 2) Enhver, der må antages at have en individuel væsentlig interesse i sagens udfald.

- 10) Greenpeace ---«

Sagsøgeren Miljøorganisationen Greenpeace Danmark har om sagens realitet anført, at projektet om anlæg af Øresundsbroen efter sin art uomtvistet er omfattet af VVM-direktivet. Det følger af direktivet, at den miljøvurdering, der skal finde sted, skulle ske, før beslutningen om projektet blev truffet. Anlægsloven kan ikke anses for undtaget efter direktivets § 1, stk. 5, idet anlægget ikke kan anses som vedtaget i enkeltheder ved loven om den faste forbindelse. VVM-direktivet er umiddelbart anvendeligt i Danmark, men selv om det ikke skulle være tilfældet, er domstolene alligevel forpligtet til at fortolke dansk ret i overensstemmelse med direktivet.

Vedrørende formaliteten har Greenpeace gjort gældende, at Greenpeace har søgsmålskompetence til at få spørgsmålet om lovens gyldighed i forhold til EF-retten prøvet ved domstolene. At Greenpeace har søgsmålskompetence støttes bl.a. på, at Greenpeace gennem de senere år i lovgivningen er blevet anerkendt som talsmand for miljøet, og dermed ikke alene har fået partsevne, men også søgsmålskompetence i væsentlige miljøspørgsmål.

Det må anses som urigtigt, når sagsøgte hævder, at en sag om Øresundsforbindelsens lovlighed i forhold til EF-retten alene kan anlægges for EF-domstolen, således at sagen verserer mellem EF-kommissionen på den ene side og den danske stat på den anden side. En sådan ordning ville betyde, at den enkelte borger ville være

afskåret fra sagsanlæg med staten, og at borgerens kontrolmuligheder over for staten ville være illusoriske.

Greenpeace har den fornødne retlige interesse i at anlægge denne sag. Søgsmålskompetencen skal alene afgøres efter dansk ret.

Kredsen af klageberettigede er ikke snævrere end den kreds, der har klageadgang i den administrative rekurs. Tendensen går utvivlsomt i retning af udvidelse af kredsen af søgsmålsberettigede. Miljøet ville i væsentligt omfang være uden nogen form for retsbeskyttelse, hvis miljøorganisationerne ikke havde søgsmålskompetence.

Det bestrides, at Greenpeace ikke har den nødvendige, aktuelle og konkrete interesse i sagens udfald, fordi projektet ikke er endeligt vedtaget med hensyn til linieføringen. Den omstændighed, at det kan være uklart, hvilket projekt det er, der bliver gennemført, kan ikke bevirke, at sagen først kan anlægges, når det endelige projekt er vedtaget. Dette gælder navnlig, fordi søgsmålet retter sig imod den formelle fremgangsmåde ved anlægslovens vedtagelse.

Sagsøgte har gjort gældende, at Greenpeace Danmark savner den nødvendige, aktuelle og konkrete interesse, fordi projektet ikke er endeligt vedtaget i den forstand, at der fortsat er valg mellem flere projekter, således at indflydelsen på havmiljøet endnu ikke kan vurderes. Det er Øresundskonsortiet, der består af et dansk og et svensk selskab, som skal fastlægge den endelige linieføring i henhold til anlægsloven. Først når der foreligger et af trafikministeren godkendt projekt efter anlægslovens § 15, kan anlægget betragtes som endeligt fastlagt. Som følge af dette har Greenpeace Danmark ikke for tiden retlig interesse i søgsmålet.

Sagsøgte bestrider endvidere, at en organisation som Greenpeace Danmark har søgsmålskompetence til nærværende sag. Ganske vist har organisationen fået tillagt klageret efter havmiljøloven og miljøbeskyttelsesloven i forbindelse med spørgsmål om »dumpning« og »klapning«, men denne klageret omfatter kun yderst begrænsede lovområder og således ikke miljølovgivningen generelt.

Miljøorganisationen medinddrages i den politiske proces i forbindelse med ny lovgivning, og dens interesser varetages derfor på denne vis, således at en søgsmålskompetence ikke synes påkrævet.

Der kan ikke sluttes fra den omstændighed, at en organisation i et vist omfang har administrative klagebeføjelser til, at samme organisation også har søgsmålskompetence.

Landsretten skal udtale:

Spørgsmålet om søgsmålskompetencen må afgøres ved en vurdering af, om sagsøgerens interesse i at få sagen prøvet ved domstolene kan anses som så konkret, individuel og væsentlig, at sagen bør nyde fremme.

Landsretten finder, at der foreligger en aktuel og konkret tvist, idet søgsmålet navnlig angår spørgsmålet om proceduren forud for anlægslovens vedtagelse. Den omstændighed, at linieføringen fortsat ændres på projektplan kan ikke føre til noget andet resultat.

783

Det lægges til grund, at Greenpeace i enkelte tilfælde i lovgivningen har fået tillagt administrativ klageret vedrørende miljøspørgsmål.

Et søgsmål af et indhold som det foreliggende falder klart inden for det formål, der er beskrevet i sagsøgers organisations vedtægter.

Efter en samlet vurdering af sagsøgerens påstand og af den sagsøgende organisations struktur og formål finder landsretten, at organisationen Greenpeace i forbindelse med dette sagsanlæg har

en så væsentlig retlig interesse i at føre sag, at organisationen har den fornødne søgsmålskompetence.

Som følge af det anførte tages sagsøgtes afvisningspåstand ikke til følge, - - -

U.1996.1300H

H.D. 12. august 1996 i sag I 272/1994

1) socialrådgiver Hanne Norup Carlsen, 2) studerende Ingeborg Fangel, 3) edb-operator Nicolas Fischer, 4) vægter Jørgen Erik Hansen, 5) fiskerkone Marianne Henriksen, 6) skibsværftsarbejder Ole Donbæk Jensen, 7) førtidspensionist Karen Marie Møller Jensen (tidl. Nielsen), 8) arbejdsløs Yvonne Petersen, 9) forpagter Iver Reedtz-Thott, 10) journaliststuderende Lars Ringholm og 11) musiker Arne Würgler (adv. Claus Bergsøe, Kbh., og adv. Chr. Harlang, Kbh.)

mod

statsminister Poul Nyrup Rasmussen (Km.adv. Gregers Larsen, Kbh.). Biintervenienter: Foreningen Grundlovskomité 93 som mandatar for Frode Mathiesen m.fl. (i alt 777 personer) og professor, dr.jur. Ole Krarup.

Retspleje 22.2 Statsforfatningsret 21.2

Retlig interesse i søgsmål med påstand om, at loven om Danmarks tiltrædelse af Traktaten om Den Europæiske Union var i strid med Grundlovens §20.

- ◆ En række personer B anlagde retssag mod statsministeren med påstand bl.a. om, at lov nr. 281 af 28. april 1993 om gennemførelsen af Danmarks tiltrædelse af Traktaten om Den Europæiske Union var i strid med Grundloven, idet det blev gjort gældende, at der ikke var tale om suverænitetssafgivelse »i nærmere bestemt omfang« som krævet efter Grundlovens §20, stk. 1. Østre Landsret afviste sagen med den begrundelse, at B ikke havde konkret og aktuel interesse i at få deres påstande prøvet. Højesteret fandt, at B havde fornøden retlig interesse, idet det bl.a. anførtes, at tiltrædelsen indebærer overførsel af lovgivningskompetence inden for en række almene og væsentlige livsområder og derfor i sig selv er af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed, at sagen herved adskilte sig fra sædvanlige sager om prøvelse af loves overensstemmelse med Grundloven, at B på grund af tiltrædelseslovens generelle og indgribende betydning havde en væsentlig interesse i at få deres påstande prøvet, og at der under disse omstændigheder ikke var tilstrækkeligt grundlag for yderligere at betinge adgangen til domstolsprøvelse af, at B kunne påvise, at der i medfør af traktaten var udstedt retsakter, som konkret og aktuelt berørte deres forhold. Sagen hjemvistes herefter til landsretten til prøvelse i realiteten.¹

Østre Landsret

Østre Landsrets dom 30. juni 1994 (3. afd.)

(Reisz, Østerborg, Blinkenberg).

Under denne sag, der er anlagt den 17. maj 1993, har sagsøgerne efter deres endelige påstand påstået sagsøgte, statsminister Poul Nyrup Rasmussen, tilpligtet at anerkende:

1 at lov nr. 281 om ændring af lov om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber af 28. april 1993, §1, pkt. 12, er i strid med Danmarks Riges Grundlov af 5. juni 1953,

2 at sagsøgte er uberettiget til på Danmarks vegne at ratificere Traktat om den Europæiske Union af 7. februar 1992.

3 at de forpligtelser, der følger af Traktat om den Europæiske Union og af de retsakter, der udfærdiges på grundlag af traktaten, ikke har gyldighed over for sagsøgerne.

Sagsøgte har påstået principalt afvisning, subsidiært frifindelse. Afvisningspåstanden, der bl.a. støttes på det synspunkt, at sagsøgerne ikke har retlig interesse i at få søgsmålet påkendt, har været særskilt forhandlet, jf. retsplejelovens §253. Sagsøgerne har herunder påstået sagen fremmet i realiteten.

Sagsøgerne har til støtte for deres søgsmålsret anført, at de som danske statsborgere hver for sig og tilsammen har tilstrækkelig retlig interesse i at opnå en prøvelse af de nedlagte påstande. Begrebet retlig interesse må afgrænses under hensyntagen til den samlede retlige sammenhæng, hvori påstandene i realiteten indgår. Under denne sag er sagsøgernes hovedanbringende, at den suverænitetssafgivelse, der hjemles ved den i påstand 1 nævnte lov (Unionsloven) ikke, som krævet i grundlovens §20, finder sted »i nærmere bestemt omfang«. Påstanden om grundlovsbrud er følgelig ikke knyttet til et bestemt kvalitativt indhold i suverænitetssafgivelsen, men derimod til dennes kvantitet og dens kvalitative ubestemthed. Det er ikke Unionsorganernes konkrete udnyttelse af en kompetence i henhold til den danske suverænitetssafgivelse, men derimod suverænitetssafgivelsen som sådan, der anfægtes. Efter grundloven er det ikke udnyttelsen af kompetencen, men overdragelsen, der er underlagt de retlige begrænsninger, der påtales under denne sag. Hidtidig retspraksis med hensyn til søgsmålsret i forhold til grundlovens §20 bygger på den retsopfattelse, at en sagsøgers søgsmålsgrund skal reflektere ikke blot en konkret interesse, men også en aktuel interesse i at opnå domstolens afgørelser. Denne snævre søgsmålsret må forudsætte, at der består alternative prøvelsesmuligheder, hvor danske statsborgeres interesse i at opnå en domstolsprøvelse af grundlovens §20's grænser tilgodeses gennem en adgang til søgsmål, der retter sig mod konkrete aktuelle EU-retsakter. Denne forudsætning er ikke opfyldt i denne sag. Hvis det under en retssag gøres gældende, at en beslutning, der træffes over for sagsøgerne på grundlag af EU-retlig regulering, er uforbindende som følge af,

1301

at grundloven er overtrådt i forbindelse med Unionsloven, følger det af Romtraktatens art. 177, at et sådant spørgsmål kan eller - for Højesterets vedkommende - skal forelægges for EU-domstolen til bindende afgørelse. Det følger af den gældende kompetenceordning i forholdet mellem EU og medlemsstaterne, at EU-retten har forrang frem for national ret, herunder nationale grundlove, samt at den endelige afgørelse af normkonflikter mellem EU-ret og national ret træffes af EU-domstolen. Da det EU-retlige forrangsprincip også gælder i forhold til grundlovens §20, betyder dette, at en EU-retsakt ikke efterfølgende vil kunne anfægtes af en dansk domstol som stridende mod §20. Det ville være traktatbrud. Der er således ikke realistiske processuelle alternativer til sagsøgernes anerkendelsessøgsmål, hvis sagsøgerne skal have mulighed for at opnå en dansk retsafgørelse af spørgsmålet om grundlovens grænser, og det må indgå med betydelig vægt ved afgrænsningen af begrebet retlig interesse. Domstolen må derfor nødvendigvis slække på det - i forhold til udenlandske forfatninger - strenge og rigoristiske aktualitetskrav, der hidtil sædvanligvis har været opstillet i retspraksis.

¹ U 1972.903 H, U 1973.694 H, U 1994.29 H, Max Sørensen: Statsforfatningsret (2. udg. 1973) s. 302 ff, Ross: Dansk Statsforfatningsret (3. udg. 1980) s. 186, Zahle: Dansk Forfatningsret, bind 2 (1989) s. 355, Germer: Statsforfatningsret (2. udg. 1995) s. 179 ff, Gomard: Civilprocessen (4. udg. 1994) s. 282 ff, Gulmann og Hagel-Sørensen: EU-ret (3. udg. 1995) s. 200 f, Hjalte Rasmussen: EU-ret i kontekst (1995) s. 516, Albæk Jensen i U 1991 B s. 1 ff samt Krarup i U 1994 B s. 75 ff.

Sagsøgerne har endvidere anført, at de har søgsmålsret som følge af hver enkelt sagsøgers personlige og/eller erhvervsmæssige tilknytning til de forpligtelser, der følger af Unionsloven.

Fælles for alle sagsøgerne gælder, at de er påvirket af den generelle økonomiske udvikling, der i unionen og især under forberedelserne til denne vil være præget af mål som inflationsbekæmpelse og valutastabilitet snarere end hensynet til beskæftigelsen. Overførslen af lovgivningskompetence til EU-niveauet vil medføre, at deres relative indflydelse på egne forhold mindskes voldsomt. De er alle borgere i det danske samfund med ret til at nyde godt af den åbenhed og offentlighed samt inddragelse af relevante organisationer m.v. i høringsprocedurer, der kendetegner dansk offentlig forvaltning og lovgivningsarbejde. Denne indseende med og indflydelse på, hvorledes myndighederne og lovgiverne arbejder, reduceres i takt med, at kompetence overlades til EU-myndighederne og lovgiverne på EU-plan.

Hver enkelt af sagsøgerne har desuden en konkret og aktuel interesse i at få konstateret, om tiltrædelsesloven er grundlovsstridig. Således har Karen Marie Nielsen, Yvonne Petersen og Tora Raknes direkte interesse i, hvorledes traktatens bestemmelser om socialpolitikken vil blive forvaltet, og Ingeborg Fangel og Lars Ringholm har også en vis interesse heri. Selvom ingen af disse sagsøgere kan dokumentere, at de har lidt forringelser af deres position, så kan der ikke være tvivl om, at målet med unionen er at integrere og harmonisere socialpolitikken, og det vil kunne føre til udhuling af den danske socialpolitik. Hanne Norup Carlsen, Nicolas Fischer, Jørgen Erik Hansen og Ole Donbæk Jensen har alle som lønmodtagere erhvervsmæssig interesse i, hvorledes traktatens bestemmelser om arbejdsmarkedspolitikken gennemføres. Hidtil har de som medlemmer af deres faglige organisationer haft adgang til ved urafstemning at tage stilling til opnåede forhandlingsresultater mellem deres faglige organisationer og deres arbejdsgivere. Denne grundlæggende individuelle rettighed til selv at tage stilling til indholdet af fremtidige løn- og arbejdsvilkår er nu principielt overdraget til EU, idet Unionstraktatens protokol nr. 14 rummer mulighed for, at der på fællesskabsplan etableres overenskomstsmæssige forbindelser om arbejdsmarkedspolitikken. Tilsvarende gælder for Iver Reedtz-Thott og Marianne Henriksen, der som henholdsvis arbejdsgiver og gift med en arbejdsgiver kan få deres forhold forringet på samme måde som lønmodtagere. Arne Würgler er udøvende og skabende musiker, og inddragelsen af kulturområdet under EU åbner op for harmonisering og mulighed for styring af kulturen og statsstøtten hertil fra EU-organer frem for nationalt som hidtil.

Sagsøgte har til støtte for afvisningspåstanden anført, at sagsøgerne hverken hver for sig eller tilsammen har en konkret og aktuel interesse i at få spørgsmålene i påstandene påkendt af domstolene og dermed ikke fornøden retlig interesse i søgsmålet. Sagsøgerne har ikke kunnet henvise til en eneste konkret traktatsbestemmelse eller en konkret retsakt udstedt i medfør af de nugældende traktater, som skulle være udtryk for en kompetenceoverskridelse, og som berører deres forhold på en konkret og aktuel måde. En afvisning af sagen vil ikke indebære, at spørgsmålet om grundlovens grænser ikke vil kunne efterprøves for en dansk domstol. Sagsøgernes beskrivelse af betydningen af danske domstoles forelæggelse af spørgsmål for EU-Domstolen efter traktatens art. 177 er en misforståelse. Hvis det i en konkret situation gøres gældende, at en retsakt fra EU's institutioner er i strid med den danske grundlov eller er udtryk for en udøvelse af en beføjelse, der ikke er overladt til institutionerne, er det naturligt, at den danske domstol i første omgang spørger EU-Domstolen, om den pågældende retsakt er ugyldig, bedømt efter EU-rettens regler. Hvis EF-Domstolens svar går ud på, at retsaktens har fornøden hjemmel og må anses for gyldig,

må den danske domstol tage stilling til, om der foreligger en krænkelse af en dansk grundlovsbestemmelse.

Sagsøgte har endvidere anført, at påstand 1 er for generelt formuleret til, at den kan tages under påkendelse, idet det må præciseres, hvilke bestemmelser i Unionstraktaten der nødvendiggør en grundlovsændring efter grundlovens §88. Påstand 2 vedrører spørgsmål, der efter deres indhold og karakter

1302

ikke kan tages under påkendelse af domstolene. Regeringens ratifikation af en traktat skaber folkeretlige rettigheder og forpligtelser mellem Danmark og de øvrige kontraherende parter, men det er ikke ratifikationen som sådan, der har betydning for sagsøgerne som borgere i Danmark. Sådanne retsvirkninger skabes ved inkorporeringen, d.v.s. ved lov nr. 281 af 28. april 1993, der er omfattet af sagsøgernes påstand 1. Der er ikke i folkeretten noget krav om, at en stat skal have gennemført de nødvendige interne opfyldelseskridt, førend ratifikationen kan finde sted. Hvis det viser sig, at den internretlige opfyldelseslovgivning lider af retlige mangler, må det afgøres efter almindelige folkeretlige regler, herunder særligt traktatretskonventionen, hvilke konsekvenser dette måtte have. Efter grundlovens §19 er det regeringens prerogativ at afgøre, hvilke skridt der i denne situation skal tages over for de øvrige medkontrahenter. Udøvelsen af dette prerogativ kan ikke gøres til genstand for prøvelse ved en dansk domstol.

Påstand 3 og også påstand 1 må afvises, fordi sagsøgerne ikke har en loyal interesse i at få dem påkendt, da påstandene ser bort fra sammenhængen mellem Unionstraktaten og Edinburgh-afgørelsen, der er indsat i tiltrædelsesloven som §4, nr. 12 og 13 ved lov nr. 281 af 28. april 1993. For påstand 3's vedkommende gælder endvidere, at blanco-henvisningen til »de retsakter, der udfærdiges på grundlag af traktaten« er alt for generel til at kunne tages under påkendelse, hvortil kommer, at det er uklart, hvad rækkevidden af en dom i overensstemmelse hermed ville være, f.eks. i forholdet mellem sagsøgerne og andre borgere.

Sagsøgerne har heroverfor anført, at Edinburgh-afgørelsen ikke er medtaget i påstand 1 og 3, da den kun har politisk betydning og intet ændrer i Unionstraktaten. Sagsøgerne er ikke uenige i, at påstand 1 og 3 nok er vidtgående, men sagsøgerne har ikke set andre muligheder for deres formulering, når regeringen har valgt at lægge hele traktaten uspecificeret ind i tiltrædelsesloven.

Landsretten skal udtale:

Da der ikke foreligger noget konkret eller aktuelt retsforhold, der kan berettige sagsøgerne til hver for sig eller tilsammen at få de nedlagte påstande prøvet af domstolene, tages sagsøgtes afvisningspåstand allerede som følge heraf til følge.

- - -

Sagsøgerne skal en for alle og alle for en til statsminister Poul Nyrup Rasmussen betale 30.000 kr. i sagsomkostninger.

Højesteret

Højesterets dom.

Den indankede dom er afsagt af Østre Landsret.

I pådømmelsen har deltaget ni dommere: Pontoppidan, Hornslet, Marie-Louise Andreasen, Melchior, Per Sørensen, Blok, Walsøe, Lorenzen og Asbjørn Jensen.

Appellanterne har påstået sagen hjemvist til behandling i realiteten ved Østre Landsret.

Biintervenienterne har udtalt sig til støtte for appellanternes påstand.

Indstævnte har påstået stadfæstelse.

Det er oplyst, at Tora Raknes er afgået ved døden.

Til brug for Højesteret er der afgivet forklaring af Nicolas Fischer, Yvonne Petersen og Arne Würgler og tilvejebragt yderligere oplysninger.

Møller Jensen, Yvonne Petersen, Iver Reedtz-Thott, Lars Ringholm og Arne Würgler.

Indstævnte har i tilslutning til sine anbringender for landsretten anført, at en borger, der konkret og aktuelt er berørt af en retsakt fra EU's institutioner, under en sag ved danske domstole vil kunne få prøvet ikke alene spørgsmålet, om retsakten er i strid med Grundloven eller er udtryk for udøvelse af en beføjelse, der ikke er overladt til institutionerne, men også det generelle spørgsmål, om tiltrædelsesloven af 28. april 1993 er grundlovmæssigt vedtaget.

Appellanterne har yderligere gjort gældende, at en afvisning af sagen vil være i strid med deres ret til domstolsprøvelse efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 6, stk. 1. Indstævnte har bestridt, at denne bestemmelse vedrører et søgsmål som det foreliggende.

Højesterets bemærkninger.

Appellanterne gør til støtte for deres påstande gældende, at den suverænitetsafgivelse, som fandt sted ved Danmarks tiltrædelse af Traktaten om Den Europæiske Union, jf. §4, nr. 12, i lov om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber som indføjet ved lov nr. 281 af 28. april 1993, ikke kunne gennemføres i medfør af Grundlovens §20, men alene ved en grundlovsændring i medfør af Grundlovens §88. Efter appellanternes opfattelse var der ikke tale om en suverænitetsafgivelse »i nærmere bestemt omfang« som krævet efter Grundlovens §20, stk. 1.

Ved afgørelsen af, om appellanterne bør have adgang til at få dette spørgsmål prøvet ved domstolene, må der lægges vægt på, at tiltrædelsen af Traktaten om Den Europæiske Union indebærer overførsel af lovgivningskompetence inden for en række almene og væsentlige livsområder og derfor i sig selv er af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed. Herved adskiller denne sag sig fra sædvanlige sager om prøvelse af loves overensstemmelse med Grundloven. På grund af tiltrædelseslovens generelle og indgribende betydning har appellanterne en væsentlig interesse i at få deres påstande prøvet. Højesteret finder, at der under disse omstændigheder ikke er tilstrækkeligt grundlag

1303

for - som sket ved Højesterets dom gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 1973 side 694 - yderligere at betinge adgangen til domstolsprøvelse af, at appellanterne kan påvise, at der i medfør af Traktaten om Den Europæiske Union er udstedt retsakter, som konkret og aktuelt berører deres forhold. Der er herved tillige lagt vægt på, at et krav herom ikke ville være egnet til at sikre en bedre oplysning af det spørgsmål om grænserne for anvendelsen af Grundlovens §20, som appellanterne har rejst.

Højesteret finder herefter, at appellanterne har fornøden retlig interesse i at få deres påstande prøvet. Der er ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at påstandene efter deres udformning eller af andre grunde er uegnede til at blive taget under påkendelse.

Appellanternes påstand om hjemvisning af sagen til landsretten til behandling i realiteten tages derfor til følge.

Thi kendes for ret:

Landsrettens dom ophæves, og sagen hjemvises til behandling i realiteten ved landsretten.

I sagsomkostninger for landsret og Højesteret skal indstævnte, statsminister Poul Nyrup Rasmussen, inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse betale 75.000 kr. til appellanterne, Hanne Norup Carlsen, Ingeborg Fangel, Nicolas Fischer, Jørgen Erik Hansen, Marianne Henriksen, Ole Donbæk Jensen, Karen Marie

U.1999.841H

§ 7 i lov om ændring af friskoleloven m.v. ugyldig som stridende mod grundlovens § 3, 3. punktum.

Statsforfatningsret 21.2 og 2.2.

- ◆ I marts 1996 fremsatte undervisningsministeren forslag til ændringer af bl.a. friskoleloven. Forslagene havde i første række til formål at klargøre lovenes krav om, at de skoler, der opnår støtte i henhold til lovene, skal være selvejende institutioner. Forslagene indeholdt desuden bestemmelser om bestyrelsesmedlemmers og revisorers habilitet og om de vilkår, skolerne må indgå bl.a. husleje- og ejendomsaftaler på. Endvidere fastsattes regler om, hvordan skolernes midler skal forvaltes, og om undervisningsministerens muligheder for at tilbageholde tilskud, lade tilskud bortfalde eller kræve tilskud tilbagebetalt. Da undervisningsministeren ikke havde tillid til, at skoler med tilslutning til skolesamvirket Tvind, T, ville anvende offentlige tilskud til de formål, som Folketinget og regeringen ønsker at fremme med støtten, fremsatte ministeren forslag til en særlig lovbestemmelse, hvorved nogle konkret angivne Tvind-skoler helt blev afskåret fra at modtage offentlige tilskud efter den 31. december 1996. Baggrunden for den manglende tillid var resultatet af nogle undersøgelser foretaget af Undervisningsministeriet og Rigsrevisionen, der først nu gav et dækkende billede af »de ulovlige og kritisable forhold på skolerne«. Et flertal i Folketinget tilsluttede sig undervisningsministerens generelle mistillid til skolernes vilje til at administrere offentlige tilskud i overensstemmelse med lovgivningen og

842

vedtog den foreslåede bestemmelse i § 7. En friskole F med tilslutning til T anlagde sag mod undervisningsministeren med påstand om, at § 7 var ugyldig i forhold til skolen. Landsretten frifandt ministeriet, men Højesteret gav F medhold i, at § 7 var ugyldig som stridende mod grundlovens § 3, 3. punktum. Begrundelsen herfor var, at lovgivningsmagten med virkning for bl.a. F havde afgjort uoverensstemmelsen mellem T og ministeriet. Et sådant lovindgreb - der havde som konsekvens, at T blev afskåret fra domstolsprøvelse af skolernes tilskudsberettigelse - måtte sidestilles med en endelig afgørelse af en konkret retstvist. En sådan afgørelse henhører ikke under lovgivningsmagten, men under den dømmende magt med de deri liggende retsgarantier for borgerne.¹

H.D. 19. februar 1999 i sag I 295/1998

Den Selvejende Institution Friskolen i Veddinge Bakker (adv. Henrik Chrstrup, Kbh., e.o.)
mod
Undervisningsministeriet (Km.adv., Kbh.).

Østre Landsret**Østre Landsrets dom 13. maj 1998 (13. afd.)**

(Reisz, Hedegaard Madsen, Michael Dorn).

Under denne sag, der er anlagt den 26. november 1996, har sagsøgeren, Den Selvejende Institution Friskolen i Veddinge Bakker, principalt nedlagt påstand om, at sagsøgte, Undervisningsministeriet, tilpligtes at anerkende, at § 7 i lov nr. 506 af 12. juni 1996 om ændring af lov om folkehøjskoler, efterskoler, husholdningsskoler og håndarbejdsskoler, lov om friskoler og private grundskoler m.v., lov om gymnasiet m.v. og lov om kursus til højere forberedelseseksamen og om studieforberedende enkeltfagsundervisning for voksne m.v., er ugyldig i forhold til sagsøgeren.

Subsidiært har sagsøgeren nedlagt påstand om, at sagsøgte, Undervisningsministeriet, tilpligtes at anerkende, at sagsøgeren er berettiget til fuldstændig erstatning for det tab, som sagsøgeren lider som følge af den omhandlede lovs § 7.

Sagsøgte, Undervisningsministeriet, har påstået frifindelse.

Sagsøgeren har fri proces.

Friskolen i Veddinge Bakker blev oprettet i 1986. Af skolens vedtægter fremgår bl.a. følgende:

»1.

Friskolen i Veddinge Bakker er en selvejende institution med hjemsted i Dragsholms Kommune, Vestsjællands Amt.

2.

Institutionens formål er at drive friskole med kostafdeling fra børnehaveklasse til og med 10. klasse efter de til enhver tid gældende bestemmelser om friskoler og private grundskoler m.v.

3.

Over institutionens aktiver og passiver ved stiftelsen udarbejdes en åbningsstatus pr. 10/2 1986.

4.

Skolens drift gennemføres ved frivillige bidrag fra skolekredsen, på grundlag af skolepenge fra eleverne og ved tilskud fra det offentlige. Skolepengene fastsættes af den selvejende institutions bestyrelse. Et evt. overskud ved skolens drift tilfalder institutionen. Kapital, som ikke er bundet i fast ejendom, inventar og samlinger m.v., eller som er nødvendig for skolens drift, skal anbringes efter reglerne for anbringelse af midler, der tilhører legater m.v. under offentlig bestyrelse eller offentligt tilsyn.

5.

Forældrene har ret til at blive medlemmer af skolekredsen, og derudover kan enhver, som føler sig knyttet til skolen, blive medlem. Optagelse af andre end forældre skal godkendes af bestyrelsen og kan indannes for generalforsamlingen, såvel af den, bestyrelsen har afslået, som af et eventuelt mindretal i bestyrelsen.

...«

Skolen, der efter det oplyste har haft ca. 420 elever og ca. 400 gæster på feriekurser, har siden oprettelsen oppebåret tilskud i henhold til lov om friskoler og private grundskoler m.v., senest lovekendtgørelse nr. 524 af 22. juni 1995, som ændret ved § 1 i lov nr. 310 af 24. april 1996.

Den 8. maj 1996 fremsatte undervisningsministeren forslag til lov om ændring af lov om folkehøjskoler, efterskoler, husholdningsskoler og håndarbejdsskoler, lov om friskoler og private grundskoler m.v. (Lovforslag nr. L 268). Ifølge lovforslagets

¹ Bet. fra Forfatningskommissionen af 1946, s. 39, U 1961 B.340, U 1965.293 H med komm. i U 1965 B.241, FT 1995/96, s. 3570-6617, 7093-7112 og 7385-7394, Poul Andersen: Dansk statsforfatningsret (1954), s. 306 og 563 ff, Max Sørensen: Statsforfatningsret (2. udg. 1977), s. 287 ff, Alf Ross: Dansk statsforfatningsret I (3. udg. 1983), s. 240, Jens Peter Christensen: Forfatningsretten og det levende liv (1990), s. 202 ff, Peter Germer: Statsforfatningsret (2. udg. 1995), s. 22 ff og 74 f, Henrik Zahle: Dansk forfatningsret I (1995), s. 237 ff, samme: Dansk forfatningsret 2 (1996), s. 102 ff, og samme i Jussens Venner, hæfte 1.2 1998.

§§ 7 og 8 ydes der efter den 31. december 1996 ikke statslige og kommunale tilskud i henhold til loven til 32 navngivne skoler, herunder Friskolen i Veddinge Bakker, Riisvej 3, 4540 Fårevejle, ligesom ydelser til elever på disse skoler vil bortfalde fra denne dato.

I de almindelige bemærkninger til lovforslaget anføres bl.a. følgende:

»Lovforslaget fremsættes i forlængelse af de den 13. marts 1996 fremsatte lovforslag, L 218 og L 219. Disse forslag har bl.a. til formål at klargøre den gældende lovgivnings krav om, at de frie skoler skal være selvejende institutioner.

Lovforslaget har til formål yderligere at beskrive

843

kravene til de selvejende uddannelsesinstitutioner samt udbygge adgangen til at trække godkendelse og tilskud tilbage.

På baggrund af flere undersøgelser af skolerne, der har været tilknyttet Skolesamvirket Tvind, foreslås det samtidig, at disse skoler efter den 31. december 1996 ikke kan modtage tilskud fra stat og kommuner i henhold til lovgivningen om de frie skoler.

Den 26. januar 1996 afsluttede ministeriet en undersøgelse af, om skolerne under Skolesamvirket Tvind er selvejende institutioner i overensstemmelse med lovgivningen om de frie skoler. Konklusionen var, at ministeriet efter en samlet vurdering fandt, at skolerne ikke opfylder den fundamentale tilskudsbetingelse om at være selvejende institutioner, således som det er krævet i lovgivningen om de frie skoler.

På denne baggrund forlangte ministeriet i breve af 26. januar 1996, at samtlige skoler under skolesamvirket foretager de ændringer, der er nødvendige, for at ministeriet kan anerkende dem som selvstændige, frie, uafhængige skoler.

Skolerne har som svar på dette indsendt stort set ensartede planer for gennemførelse af de krævede ændringer til ministeriet. Skolerne angiver herunder, at skolesamvirket er under opløsning.

Den 2. maj 1996 afgav Rigsrevisionen til Statsrevisoratet en beretning til statsrevisorerne om sine undersøgelser af Skolesamvirket Tvind. Beretningen blev offentliggjort den 7. maj 1996 og behandles på Statsrevisorernes møde den 8. maj 1996. Rigsrevisionens undersøgelser omfatter 9 repræsentativt udvalgte skoler i samvirket. Undervisningsministeriet har endvidere den 6. maj 1996 modtaget resultatet af en undersøgelse af de 18 øvrige Tvind-kostskoler, som Undervisningsministeriet har bestilt hos revisionsfirmaet Deloitte & Touche. Undersøgelserne bekræfter og underbygger:

- * at skolerne ikke fungerer som uafhængige, frie, selvejende institutioner, men er underkastet en central økonomisk styring af omfattende karakter med mange muligheder for udbytning af de enkelte skoler,
- * at skolerne systematisk og ensartet fortolker og hermed omgår tilskudsbestemmelserne med det formål at maksimere de statslige tilskud til skolerne hver for sig og samlet,
- * at skolerne som følge af den centrale styring ikke udviser skyldige økonomiske hensyn, herunder formodentlig tilsidesætter elevernes/kursusdeltagernes interesser (i undervisning, betryggende tilsyn m.v.) til fordel for formål, der er uvedkommende for de enkelte skoler,
- * at offentlige midler bevilget til skoleformål hermed systematisk trækkes ud af skolerne til uvedkommende formål,
- * at elevernes arbejdskraft tillige anvendes til uvedkommende formål (indsamling, rutinemæssigt arbejde),
- * at skolerne unddrager sig kontrol gennem lømfældig revision, samt at der foreligger indicier for betydelige

efterrationaliseringer i skolernes dokumentation for tilskudsgrundlaget.

...

I alle de år Tvind-skolerne har eksisteret, har der været problemer. Det har ikke hidtil været muligt at dokumentere omfanget, men de seneste undersøgelser fra Undervisningsministeriet og Rigsrevisionen viser, at skolerne er sammenflettet i et indbyrdes økonomisk, administrativt og ledelsesmæssigt netværk - en koncern - der styret udefra bl.a. har til formål at føre penge ud af skoledriften, og dermed fra eleverne, til aktiviteter, der ligger uden for lovgivningen om frie kostskoler og om frie grundskoler.

Først nu efter en umådeligt omfattende og krævende juridisk undersøgelse og revisionsmæssig gennemgang af regnskabsbilag, tilskudsmateriale, kontrakter, bestyrelsesprotokoller osv. på alle skoler har myndighederne kunnet samle et dækkende billede af de ulovlige og kritisable forhold på skolerne, der i øvrigt synes at være tiltagende i styrke og omfang.

Alle disse forhold tilsammen gør, at skolerne afgørende har svigtet den tillid, der er en forudsætning for at være en fri og uafhængig skole, der forvalter de modtagne store offentlige tilskud til størst mulig gavn for eleverne.

I forbindelse med de igangværende undersøgelser og forhandlinger må det konstateres, at Undervisningsministeriet ikke mener, at skolernes erklæringer om at ville følge lovgivningen er reel, idet skolernes afhængighed af bagvedliggende organer, fonde m.v. efter Undervisningsministeriets vurdering kun ændres på papiret, men ikke sikres reelt brudt.

Et konstaterbart forhold er således, at næsten al kapital, som er en forudsætning for skoledriften, og som i vid udstrækning må stamme fra denne, er blevet koncentreret i de erhvervsdrivende fonde inden for koncernstrukturen - specielt i Fælleseje, der ejer de bygninger, som skolerne anvender. Kun en opløsning af disse fonde med overførsel af bygninger og hermed forbunden tilbageførsel af egenkapital til de enkelte skoler ville kunne sikre skolerne reel økonomisk uafhængighed af de bagvedliggende erhvervs- og kapitalinteresser. En sådan tilbageførsel ville samtidig modsvare den anvendelse af offentlige midler til erhvervsdrivende kapitaldannelse, som Fælleseje og øvrige erhvervsdrivende Tvind-fonde er udtryk for.

Da de erhvervsdrivende fonde er lovgivningen om frie skoler uvedkommende, er der efter Undervisningsministeriets vurdering behov for en lovgivningsmæssig indgriben over for de skoler under Tvind-samvirket, der modtager statslige tilskud.

Der må her blive tale om direkte indgriben overfor disse skoler, idet en yderligere opstramning af de i Folketinget den 13. marts 1996 fremsatte lovforslag, L 218 og L 219,

844

efter ministeriets vurdering stort set kun vil ramme skoler, hvis forhold ikke er kritisable.

Undervisningsministeren har ifølge de gældende love for henholdsvis folkehøjskoler, efterskoler, husholdningsskoler og håndarbejdsskoler samt for friskoler og private grundskoler hjemmel til administrativt at træffe afgørelse, der betyder stop for fremtidig tilskudsudbetaling.

Dels kan ministeren for højskoler m.v. bl.a. tilbagekalde godkendelsen, såfremt skolen ikke opfylder kravet om at være en selvejende institution, og i øvrigt hvis undervisning og øvrige forhold findes åbenbart i strid med sædvanlig praksis for den pågældende skoleform. Endvidere kan ministeren ifølge samme lov lade tilskud bortfalde, hvis skolen ikke følger eller opfylder bestemmelserne i loven eller regler fastsat af ministeren eller finansministeren.

Dels findes den sidstnævnte hjemmel om tilskudsbortfald også i loven om de frie grundskoler. Det er en tilskudsbetingelse i denne lov, at skolerne er selvejende institutioner.

En afgørelse om lukning af et så stort antal skoler er imidlertid så usædvanlig i det danske skolesystem og derfor af så principiel rækkevidde, at det findes nødvendigt at sikre en stillingtagen hertil fra Folketingets side. Hertil kommer, at en administrativ løsning mere sandsynligt end en lovgivningsmæssig løsning vil resultere i et stort antal retssager, der i en årrække vil betyde store og mangeartede omkostninger for samfundet. Også af denne grund bør beslutningen træffes af Folketinget.

Det foreslås derfor, at der efter den 31. december 1996 ikke ydes tilskud til skoler, der har været tilknyttet Skolesamvirket Tvind. Indtil denne dato har skolerne et retskrav på udbetaling af tilskud.

...

Undersøgelserne af Tvind-skolerne vil uanset dette lovforslag give anledning til fremsættelse af betydelige tilbagebetalingskrav overfor skolerne med deraf følgende udgifter til revisionsmæssig og juridisk bistand. Udgifterne hertil kan ikke skønnes på nuværende tidspunkt. Det må forventes, at tilbagebetalingskravene i de fleste tilfælde overstiger skolernes betalingsevne, således at heller ikke de samlede tilbagebetalinger kan skønnes på nuværende tidspunkt.

...«

§§ 7 - 10 i lovforslaget vedrører de skoler, der er omfattet af Tvindsamfundet (»Tvindskolerne«). I bemærkningerne til disse bestemmelser er anført bl.a. følgende:

»...

Da skolerne i efteråret 1995 har modtaget en tilskudsmeddelelse fra Undervisningsministeriet, der giver skolerne et retskrav på udbetaling af tilskud indtil den 31. december 1996, kan bestemmelserne i §§ 7 og 8 først finde anvendelse på ydelser, der vedrører perioden efter denne dato.

...«

I undervisningsministerens fremsættelsestale i Folketinget hedder det bl.a. følgende:

»...

Lovforslaget fremsættes i forlængelse af de den 13. marts 1996 fremsatte lovforslag nr. L 218 og L 219. Disse forslag har bl.a. til formål at klargøre den gældende lovgivnings krav om, at de frie skoler skal være selvejende institutioner.

Nærværende lovforslag har til formål yderligere at beskrive kravene til de selvejende uddannelsesinstitutioner samt udbygge adgangen til at trække godkendelse og tilskud tilbage i tilfælde, hvor der ikke findes at være tilstrækkelig sikkerhed for, at skolen er uafhængig af andre (virksomheder, fonde osv.), eller for, at skolens midler ikke anvendes til uvedkommende formål. Godkendelse og tilskud vil af samme grund kunne nægtes givet til nye skoler.

På baggrund af forårets undersøgelser af skolerne, der har været tilknyttet Skolesamvirket Tvind, foreslås det samtidig, at disse skoler efter den 31. december 1996 ikke kan modtage tilskud fra stat og kommuner i henhold til lovgivningen om de frie skoler. Ydelser til elever på disse skoler vil ligeledes bortfalde efter denne dato.«

I forbindelse med Folketingets behandling af lovforslaget blev der rejst spørgsmål om, hvorvidt lovforslagets bestemmelser om ophør af tilskud m.v. til de navngivne skoler var forenelige med grundloven og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Justitsministeriet udarbejdede på den baggrund et notat af 13. maj 1996 om »Visse forfatnings- og menneskeretlige spørgsmål i forbindelse med Undervisningsministeriets lovforslag L 268 om blandt andet bortfald af økonomiske tilskud til Tvind-skolerne.«

Notatet har følgende konklusion:

»...

6. Afsluttende bemærkninger:

Der er over for Justitsministeriet rejst spørgsmål om, hvorvidt bestemmelserne i §§ 7-9 i Undervisningsministeriets lovforslag L 268 af 8. maj 1996 er i overensstemmelse med grundloven og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Notatet omhandler derfor alene spørgsmålet om, hvorvidt der under hensyn til grundloven og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er retlige hindringer for, at det foreliggende lovforslag vedtages.

Som anført finder Justitsministeriet ikke, at sådanne hindringer foreligger.

Som nævnt i pkt. 1.2 og pkt. 5.2.6 kan den foreslåede lovgivning imidlertid give anledning til principielle retspolitiske overvejelser. Det gælder navnlig det forhold, at der er tale om en lovændring, som undtager nærmere opregnede skoler fra lovens generelle tilskudsregler, som de pågældende skoler hidtil har modtaget støtte i henhold til. En sådan lovgivning bør Folketinget ud fra

845

almindelige principper kun anvende, når der foreligger tungtvejende grunde hertil.«

Efter 2. behandlingen af lovforslaget i Folketinget blev forslaget henvist til fornyet udvalgsbehandling.

Af den af Uddannelsesudvalget den 29. maj 1996 afgivne tillægsbetænkning fremgår om flertallets tilslutning til lovforslaget følgende:

»...

Flertallets tilslutning til dette lovforslag er begrundet i, at flertallet ikke har tillid til, at disse skoler tilknyttet Tvindkoncernen fremover vil anvende tilskuddene til de formål, som Folketinget ønsker at fremme med støtten.

Den valgte lovgivningsmåde har til formål at sikre opfyldelsen af flertallets ønske om ikke fremover at yde tilskud til netop de nævnte skoler.

Flertallet er opmærksom på, at lovgivningsmåden vil have den virkning, at der ikke, for så vidt angår denne del af lovforslaget, skal træffes administrative afgørelser om nye tilskud til de pågældende skoler med mulighed for efterfølgende domstolsprøvelse. Denne følge er ikke i sig selv et formål med loven, og den har kun betydning for fremtidige tilskud, som de pågældende skoler ikke har noget retsbeskyttet krav på.

...«

Lovforslaget blev vedtaget under tredjebehandlingen i Folketinget den 31. maj 1996. Den vedtagne lov (lov nr. 506 af 12. juni 1996) indebærer bl.a. en ændring af de generelle krav til selvejende uddannelsesinstitutioner samt en udvidet adgang til at tilbagekalde meddelte godkendelser og tilskud til institutionerne.

Ændringerne trådte i kraft den 1. juli 1996.

§ 7 i loven har følgende ordlyd:

»§ 7

Stk. 1. Efter den 31. december 1996 ydes der ikke statslige og kommunale tilskud i henhold til lov om friskoler og private grundskoler m.v. til følgende skoler:

...

Friskolen i Veddinge Bakker,

Riisvej 3

4540 Fårevejle

...

stk. 2. Efter den 31. december 1996 ydes der ikke statslige og kommunale ydelser i henhold til den lov, der er nævnt i stk. 1, til elever på de skoler, der er nævnt i stk. 1.

...«

Under anbringende af, at § 7 i den nævnte lov er ugyldig i forhold til sagsøgeren, har denne herefter anlagt nærværende retssag.

Sagsøgeren har til støtte for den principale påstand gjort gældende, at den lovgivende magt gennem vedtagelsen af § 7 har handlet i strid med grundloven, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og EU-Traktaten.

For så vidt angår forholdet til grundloven har sagsøgeren gjort gældende, at vedtagelsen af § 7 er i strid med grundlovens § 3, 3. pkt., hvorefter »den dømmende magt er hos domstolene«. Sagsøgeren har herved henvist til de almindelige bemærkninger til lovforslaget, hvorefter forskellige undersøgelser af Tvindskolerne bl.a. skulle bekræfte, at disse skoler ikke opfylder den fundamentale tilskudsbetingelse om at være selvejende institutioner. Undersøgelserne skulle endvidere bekræfte og underbygge en række kritisable forhold hos skolerne. Bestemmelsens forarbejder indeholder herved en tilkendegivelse om, at skolerne har overtrådt tilskudslovgivningen. På grund af dette påståede misbrug af tilskudsordningen har lovgivningsmagten ønsket at fratage skolerne, heriblandt sagsøgeren, tilskud. Tvindskolerne er derved blevet frataget adgangen til under en retssag at få mulighed for at dokumentere, at de var selvstændige, frie og uafhængige skoler, som herved opfyldte de generelle betingelser i loven for at få tilskud. At dette tillige har været lovgivningsmagtens ønske er udtrykkeligt udtalt på side 7, højre spalte, 3. afsnit, i lovforslagets almindelige bemærkninger. Gennem vedtagelsen af § 7 har lovgivningsmagten således afgjort en konkret retstvist, hvorom parterne forinden havde tilkendegivet deres standpunkter. Afgørelsen har lighed med rettighedsfrakendelse, jf. straffelovens §§ 78 og 79. Hertil kommer, at Folketinget i modsætning til domstolene er et ganske uegnet forum til at træffe afgørelser af denne art, hvorunder der skal tages konkret stilling til, om en part har udvist misbrug. Lovgivningsmagten har gennem vedtagelsen af § 7 også tiltaget sig dømmende myndighed på en måde, der er i strid med principperne i grundlovens § 61, 2. pkt., om, at der ikke kan nedsættes særdomstole med dømmende myndighed.

Sagsøgeren har for så vidt angår grundlovens § 3 subsidiært gjort gældende, at vedtagelsen af § 7 er i strid med denne bestemmelses 2. pkt., hvorefter »den udøvende magt er hos kongen« og har herved nærmere anført, at afgørelsen af spørgsmålet, om en eller flere skoler måtte opfylde betingelserne for at modtage statstilskud, er af en sådan karakter, at den klart henhører under den udøvende magt, d.v.s. centraladministrationen. Herved sikres, at der inden afgørelsen finder en grundig og saglig undersøgelse af de enkelte skolars forhold sted, således at generelle politiske hensyn ikke bliver bærende for afgørelsen.

Sagsøgeren har videre gjort gældende, at § 7 er i strid med grundlovens § 73 om beskyttelse af ejendomsretten. Sagsøgeren har herved anført, at lov nr. 506 af 12. juni 1996 efter sin ordlyd berettiger alle, der opfylder lovens almindelige betingelser til at modtage tilskud. Ved herudover særskilt at undtage de i § 7 nævnte Tvindskoler til under nogen omstændigheder at kunne modtage tilskud har lovgivningsmagten i grundlovens forstand »tilpligtet« disse skoler til at »afstå« deres ejendom. De i teorien

846

opstillede og almindeligt accepterede kriterier for antagelse af en ejendomsafståelse, omfattet af grundlovens § 73, stk. 1, 2. pkt., er til stede i det foreliggende tilfælde. Det fremgår imidlertid af forarbejderne til § 7, at grundlaget for bestemmelsen er en række udokumenterede beskyldninger mod skolerne, som herved blev hindret i at få en domstolsprøvelse heraf. Disse usaglige hensyn falder klart uden for betingelsen i grundlovens § 73, stk. 1, 2. pkt., om, at »almenvellet kræver« det ekspropriative indgreb, hvorfor § 7 er ugyldig i forhold til sagsøgeren. § 7 er endvidere ugyldig i

forhold til sagsøgeren, fordi lovforslaget ikke blev fremsat i Folketinget som et lovforslag, der tilkendegav, at forslaget indebar ekspropriation. Havde dette været tilfældet, ville partier, der traditionelt er modstandere af ekspropriative indgreb, med stor sandsynlighed have stemt imod lovforslaget og efter en vedtagelse i givet fald have forsøgt at anvende den i § 73, stk. 2, foreskrevne procedure til at forhindre forslagens endelige vedtagelse.

Sagsøgeren har yderligere gjort gældende, at lovgivningsmagten gennem vedtagelsen af § 7 har handlet i strid med en uskreven lighedsgrundsætning af grundlovsmæssig karakter. Sagsøgeren har herved anført, at loven er singularer og udtryk for grov og vilkårlig forskelsbehandling af Tvindskolerne. En sådan forskelsbehandling kan alene finde sted i situationer, hvor der foreligger såkaldt forfatningsretlig nødret eller andre særdeles tungtvejende grunde, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

For så vidt angår Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har sagsøgeren gjort gældende, at lovgivningsmagten har overtrådt konventionens artikel 6, stk. 1, artikel 14 og protokol nr. 1, artikel 1. Tvindskolerne er ved vedtagelsen af § 7 blevet afskåret fra domstolsprøvelse af Undervisningsministeriets vurdering af skolerne i forhold til den tidligere gældende lov, hvilket er i strid med artikel 6, stk. 1. Tvindskolerne har som anført ovenfor endvidere været udsat for en forskelsbehandling, der er i strid med artikel 14's udtrykkelige forbud herimod, og har gennem fratagelsen af protokol nr. 1, artikel 1. Der er herved tillige sket en overtrædelse af Traktaten om Den Europæiske Union, jf. traktatens artikel F.

Sagsøgeren har til støtte for den subsidiære påstand gjort gældende, at lovgivningsmagten gennem vedtagelsen af § 7 ved lov har eksproprieret en sagsøgeren tilkommende rettighed. Særlig i det foreliggende tilfælde, hvor loven ikke er vedtaget som en ekspropriationslov, er der intet til hinder for, at domstolene skønner, at almenvellet har krævet det pågældende indgreb. Sagsøgeren har derfor krav på fuld erstatning, jf. grundlovens § 73, stk. 1, 3. pkt.

Sagsøgte har til støtte for frifindelsespåstanden anført, at § 7 i ændringsloven er en gyldigt vedtaget bestemmelse, der ikke er i strid med grundloven, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention eller EU-Traktaten.

Denne sag vedrører udelukkende spørgsmålet, om ændringslovens § 7 er ugyldigt vedtaget - som påstået af sagsøgeren - fordi sagsøgerens mulighed for at opnå tilskud fra de offentlige kasser ved ændringsloven er blevet bragt til ophør med virkning for fremtiden.

Spørgsmålet, om sagsøgeren måtte have overtrådt de før ændringsloven gældende regler for tilskud, er uden betydning for sagen. De tilsagn om tilskud, sagsøgeren og øvrige Tvindskoler havde modtaget i henhold til de før ændringsloven gældende regler, er alle blevet opfyldt af sagsøgte, der ikke har rejst noget tilbagebetalingskrav. Med virkning fra den 1. januar 1997 bortfaldt sagsøgerens mulighed for tilskud. Efter dette tidspunkt er der ikke opstået nogen ret til tilskud for sagsøgeren, der følgelig heller ikke er blevet frataget en sådan ret.

Lovgivningsmagten har haft kompetence til i ændringslovens § 7 at bringe sagsøgerens - og de øvrige navngivne Tvindskolars - mulighed for at opnå tilskud fra de offentlige kasser til ophør med virkning for fremtiden.

Det tilkommer lovgivningsmagten at afgøre, hvorledes lovene bør udformes, herunder om lovene direkte skal regulere navngivne juridiske eller fysiske personers forhold, eller om lovene skal indeholde abstrakte regler. Der er i lovgivningen talrige eksempler på såkaldte singularer love, som retspraksis også har haft lejlighed til at tage stilling til, f.eks. i sagen om Esbjerg Seminarium (UFR 1993, side 321 H). Hverken grundloven, Den Europæiske

Menneskerettighedskonvention eller EU-Traktaten indeholder forskrifter om loves udformning.

Baggrunden for vedtagelsen af ændringslovens § 7 er angivet i tillægsbetænkningen. Det er heri anført, at et flertal i Folketinget ikke havde tillid til, at skoler tilknyttet Tvindkoncernen fremover ville anvende tilskuddene til de formål, som Folketinget har ønsket at fremme med støtten. Den valgte lovgivningsmåde havde til formål at sikre opfyldelsen af flertallets ønske om ikke fremover at yde tilskud til netop de nævnte skoler.

Det er endvidere i tillægsbetænkningen udtrykkeligt anført, at flertallet var opmærksom på, at den konkrete lovgivningsmåde ville have den virkning, at sagsøgte herefter ikke skulle træffe administrative afgørelser om nye tilskud til de navngivne skoler med mulighed for efterfølgende domstolsprøvelse heraf. Det blev imidlertid herom videre anført, at denne følge i sig selv ikke var et formål med ændringsloven, og at loven kun havde betydning for fremtidige tilskud, som de pågældende skoler ikke havde noget retsbeskyttet krav på.

Lovgivningsmagten har ved udtrykkeligt at navngive skolerne i loven herved på den klareste mulige måde sat stop for Tvindkoncernens tilskudsmuligheder, således som flertallet i Folketinget har ønsket det. Dette var en

847

følge af, at lovgivningsmagten ikke havde kunnet forudse, at skoler ville indgå i koncernstrukturer som Skolesamvirket Tvind.

Ændringslovens formål var ikke at sanktionere eventuelle overtrædelser af den tidligere lov om tilskud. Der er i tillægsbetænkningen netop intet udtalt om eventuelle overtrædelser af de tidligere regler. Lovgivningsmagten havde imidlertid ud fra indhentede oplysninger om Skolesamvirket Tvind fundet, at skolerne, der var tilknyttet denne koncern, ikke levede op til tilskudslovens ånd om skoler som reelt selvejende institutioner. Det var ikke til dette formål hensigtsmæssigt at stramme yderligere op i lovens tilskudsbetingelser, da en sådan opstramning - der i så fald skulle have til formål at hindre omgåelsesmuligheder - stort set kun ville ramme skoler, hvis forhold ikke var kritisable.

Ved afgørelsen af denne sag må det tages i betragtning, at Folketinget ved vedtagelsen af ændringslovens § 7 har haft ovennævnte bevæggrunde og forudsætninger for at ville stoppe Tvindskolernes fremtidige tilskudsmuligheder.

Det tilkommer ikke domstolene at efterprøve, om lovgivningsmagtens bevæggrunde/forudsætninger for en lov kan bevises eller modbevises.

Hvis der måtte være fejl i de oplysninger, der har ligget til grund for folketingsflertallets bevæggrunde for lovændringen, må det være op til Folketinget eventuelt at ændre lovgivningen. I øvrigt kunne sagsøgeren og andre Tvindskoler have anlagt anerkendelsessøgsmål, hvorunder der kunne være taget stilling til rigtigheden af de fremkomne oplysninger om Skolesamvirket Tvind.

Det må endvidere ved sagens afgørelse tages i betragtning, at Folketinget inden vedtagelsen af loven har haft kendskab til de af sagsøgeren fremførte synspunkter om lovens ugyldighed, men desuagtet har fastholdt dens gyldighed.

Særligt vedrørende grundlovens § 3 har sagsøgte anført, at det ifølge den forfatningsretlige litteratur må anses for tvivlsomt, om der heri kan opstilles nogen begrænsning i lovgivningsmagtens kompetence. Under alle omstændigheder kan ændringslovens § 7 ikke anses for at stride mod denne grundlovsbestemmelse.

Der er ikke tale om en indgriben i en eksisterende retstvist og dermed intet domstolsanliggende. Ændringsloven har ikke frataget sagsøgeren noget bestående retskrav, da allerede givne tilsagn om tilskud er overholdt.

Loven er udelukkende en regulering af muligheden for at få tilskud for fremtiden. Bevillingskompetencen vedrørende tilskud hører netop til kerneområdet for lovgivningsmagten.

Ændringslovens § 7 er heller ikke i strid med grundlovens § 3, fordi det - som påstået af sagsøgeren - skulle tilkomme sagsøgte, og ikke lovgivningsmagten, at træffe bestemmelse om tilskudsretten. Der er intet belæg for det synspunkt, at administrationen skulle have enekompetence med hensyn til anvendelse af statens midler.

Det følger af det anførte i relation til grundlovens § 3, at sagsøgeren ikke er blevet frataget en bestående rettighed, et grundlovsbeskyttet formuegode. Ændringsloven er således ikke udtryk for noget ekspropriativt indgreb og er dermed allerede af den grund ikke i strid med grundlovens § 73, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention eller EU-Traktaten.

Særligt vedrørende den af sagsøgeren påberåbte lighedsgrundsætning har sagsøgte anført, at det må anses for tvivlsomt, om der kan opstilles en sådan grundsætning med grundlovsrang, der begrænser lovgivningsmagtens kompetence. Under alle omstændigheder kan sagsøgerens synspunkt ikke medføre ændringslovens ugyldighed, da sagsøgeren og de øvrige Tvindskoler gennem Skolesamvirket Tvinds struktur har adskilt sig fra de tilskudsberettigede skoler. Lovgivningsmagten har netop fundet, at disse forskelle burde medføre en forskellig stilling i tilskudsmæssig henseende, idet et flertal i Folketinget ikke havde tillid til, at Tvindskolerne ville opgive koncernstrukturen.

Landsrettens bemærkninger.

Ændringslovens § 7 har efter lovens forarbejder alene haft til formål at sikre folketingsflertallets ønske om ikke fremover at yde tilskud til de navngivne skoler tilknyttet Tvindkoncernen.

Det fremgår af forarbejderne, at der til grund for lovændringen har ligget en række oplysninger om disse skoler, der har begrundet, at folketingsflertallet ikke havde tillid til, at de pågældende skoler fremover ville anvende tilskuddene efter den hidtidige lov om friskoler m.v. til de formål, som Folketinget ønskede at fremme med støtten.

Vedtagelsen af den omhandlede lovændring må anses for omfattet af den bevillingskompetence, der tilkommer lovgivningsmagten.

Der er derfor ikke grundlag for at antage, at lovens § 7 er i strid med grundlovens § 3, 2. pkt., om, at »den udøvende magt er hos kongen«. Der er heller ikke grundlag for at antage, at bestemmelsen er i strid med grundlovens § 3, 3. pkt., om, at »den dømmende magt er hos domstolene«, ligesom der ikke foreligger en rettighed, der nyder beskyttelse efter grundlovens § 73.

Herefter, og idet der af de af sagsøgte anførte grunde ikke kan gives sagsøgeren medhold i de øvrige synspunkter om ændringslovens ugyldighed, tager landsretten sagsøgtets frifindelsespåstand til følge.

Den omstændighed, at lovændringen, som påpeget under sagen, kan give anledning til visse principielle retspolitiske overvejelser kan ikke føre til noget andet resultat.

848

Efter omstændighederne skal hver part bære egne omkostninger.

Højesteret

Højesterets dom.

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 13. afdeling den 13. maj 1998.

I pådømmelsen har deltaget elleve dommere: Pontoppidan, Marie-Louise Andreasen, Wendler Pedersen, Poul Sørensen, Melchior,

Per Sørensen, Jørgen Nørgaard, Walsøe, Børge Dahl, Lene Pagter Kristensen og Søgaard.

Appellanten, Den Selvejende Institution Friskolen i Veddinge Bakker, har gentaget sine påstande.

Indstævnte, Undervisningsministeriet, har påstået stadfæstelse.

Parterne er enige om, at en konsekvens af at give Friskolen i Veddinge Bakker medhold i den principale påstand vil være, at skolen får mulighed for at søge om tilskud efter de almindelige regler i loven om friskoler og private grundskoler m.v. (friskoleloven) på samme måde som andre skoler, men at den ikke uden videre vil have krav på et sådant tilskud.

Undervisningsministeren fremsatte den 13. marts 1996 lovforslag nr. L 218 om ændring af bl.a. friskoleloven og lovforslag nr. L 219 om ændring af lov om folkehøjskoler m.v. Forslagene havde i første række til formål at klargøre lovenes krav om, at skolerne skal være selvejende institutioner.

I bemærkningerne til lovforslag nr. L 218 (Folketingstidende 1995/96, tillæg A, s. 4372) hedder det bl.a.:

»En central del i selvejebegrebet er kravet om uafhængighed i ledelsesmæssig og økonomisk henseende. Hovedsigtet med lovforslaget er at præcisere dette og samtidig at ændre enkelte bestemmelser herom.

...
Forslaget skal klargøre indholdet i det grundlæggende krav om reel uafhængighed og sikre, at skolerne for fremtiden opfylder dette. Der foreslås derfor en række præciseringer af loven og i visse tilfælde egentlige stramminger af tilskudsbetingelserne.

...
Tilskudssystemet for de frie grundskoler, private gymnasier og hf-kurser bygger i høj grad på, at de af skolerne valgte revisorer foretager en omfattende revision af grundlaget for tilskudsberegning og skolernes årsregnskaber. Det bør derfor sikres, at revisionen ikke kommer i en interessekonflikt, hvor revisor både skal påse, at skolen og den, der udlejer bygninger, forvalter sine interesser bedst muligt.

...
På undervisningsministerens område er der flere former for selvejende institutioner, der alle normalt får store statslige driftstilskud, og undervisningsministerens hjemmel til at tilbageholde tilskud, lade tilskud bortfalde og kræve tilskud tilbagebetalt, bør derfor være enslydende og bør i øvrigt præciseres.«

Lovforslag nr. L 218 blev vedtaget som lov nr. 503 af 12. juni 1996. Som anført i bemærkningerne var den væsentligste ændring, at lovens krav om, at skolerne skal være selvejende institutioner, blev klargjort. Derudover indsat en række habilitetsbestemmelser vedrørende bestyrelsesmedlemmer og revisorer og regler om, på hvilke vilkår skolerne må indgå bl.a. husleje- og ejendomsaftaler. Det fastsattes endvidere, at en skoles midler skal forvaltes, så de bliver til størst mulig gavn for dens formål. Endelig skete der en udvidelse af undervisningsministerens muligheder for at tilbageholde tilskud, lade tilskud bortfalde eller kræve tilskud tilbagebetalt.

Lovforslag nr. L 268, der blev fremsat den 8. maj 1996, blev undergivet 1. behandling den 14. maj 1996, 2. behandling den 28. maj 1996 og 3. behandling den 31. maj 1996. Lovforslaget blev vedtaget som lov nr. 506 af 12. juni 1996. Ved loven, hvorved § 7 blev gennemført, blev der indsat følgende bestemmelser i friskoleloven:

»§ 5, stk. 2. Skolen skal i sit virke som selvejende uddannelsesinstitution være uafhængig, og skolens midler må alene komme skolens skole- og undervisningsvirksomhed til gode.

§ 5, stk. 3. Skoler med kostafdeling, der ikke har modtaget tilskud i 1996, og skoler, der ikke har modtaget tilskud til kostafdeling i 1996, skal være ejer af skolens bygninger eller hovedparten heraf og må ikke eje bygninger sammen med andre.

§ 21 a. Undervisningsministeren kan endvidere træffe beslutning om, at der ikke ydes tilskud til en skole, herunder en ny skole, hvis der efter ministerens skøn ikke er tilstrækkelig sikkerhed for, at skolen opfylder kravet i § 5, stk. 2, om uafhængighed og forvaltning af skolens midler. Der kan herved navnlig lægges vægt på, om

- 1) skolen indgår i et fællesskab eller et samarbejde med skoler, institutioner, fonde, virksomheder, foreninger m.fl., der indebærer en nærliggende risiko for, at skolen styres af andre,
- 2) skolens midler anvendes til formål uden for skolen,
- 3) skolens ledelse og lærere står i et juridisk eller økonomisk afhængighedsforhold til de i nr. 1 nævnte institutioner m.fl. eller
- 4) skolens elever udfører arbejde, herunder indsamlings- eller agitationsarbejde eller lignende, på en måde, der er usædvanlig for skoleformen.«

Folketinget behandlede den 22. maj 1996 følgende forespørgsel fra medlemmer af Socialistisk Folkeparti til undervisningsministeren:

»Hvilke oplysninger kan ministeren give om de initiativer, som er blevet truffet, og som vil blive truffet på baggrund af Rigsrevisionens undersøgelser, de af Undervisningsministeriet foranstaltede undersøgelser og statsrevisorernes bemærkninger samt eventuelle andre

849

undersøgelser vedrørende Tvindsamvirket, Tvindskolerne m.v.?«

I besvarelse af forespørgslen udtalte undervisningsministeren bl.a. (Folketingstidende 1995/96, s. 6884 ff.):

»...

»Og nu kommer vi så til det komplicerede i denne sag: Hvordan får vi stoppet overførslen af statsmidler fra skolerne til Tvindkoncernen? Ved udformningen af de gældende love for frie skoler forudså man ikke, at skolerne kunne indrette sig i sådanne koncernstrukturer, som tilfældet er her, og derfor er der i dag ikke et direkte forbud mod skolekoncerner eller en tilstrækkelig præcis definition af begrebet »en selvejende institution«. Der er ikke tilstrækkelig hjemmel til at undlade at udbetale tilskud til en skole alene af den grund, at den er en del af en koncern, og administrative stop for tilskud kan derfor kun baseres på en konkret vurdering af, om den enkelte skole isoleret set har overtrådt loven og dens forudsætninger. Hvordan eventuelle retssager om tilskudsstop vil ende, er usikkert, bl.a. fordi der ikke findes nogen praksis på området. Ingen andre skoler har jo bragt sig i samme situation.

Jeg har ikke mulighed for administrativt at stoppe Tvindkoncernen uden at komme i strid med gældende lovgivning, og det er baggrunden for, at jeg med det fremsatte lovforslag først og fremmest beder Folketinget om at tage stilling til, om skolekoncerner er en acceptabel organisationsform for frie skoler med stort offentligt tilskud til følge. Dernæst beder jeg om Folketingets stillingtagen til, om Tvinds skolekoncern har overskredet grænsen for vores tillid så groft, at vi ikke længere tror på, at skolerne nogen sinde reelt kan eller vil leve op til kravene om selveje og selvstændighed, eller om de umiddelbart bør fortsætte inden for den nye lovgivnings rammer. Min egen vurdering er, at Tvindskolerne under imperiet har bragt sig selv i et sådant afhængighedsforhold til Fællesejet og de øvrige dele af imperiet, at de reelt hverken kan eller vil løsrive sig. Jeg kan stadig ikke se andre muligheder for at sætte en effektiv stopper for Tvinds

skolekoncern end regeringens lovforslag, og jeg anbefaler selvfølgelig, at Folketinget vedtager det.

Loven vil træde i kraft den 1. januar næste år, fordi skolerne har fået tilsagn om, at de vil få tilskud i hele 1996. Dette tilsagn vil jeg ikke anfægte, men jeg vil modregne for eventuelle overtrædelser af de gældende tilskudsregler. Til gengæld får en skole ikke ret til statstilskud i al fremtid. Folketinget har i sin tid søgt at afgrænse, hvilke skoler der falder ind under støtteregele. Denne grænse vil altid kunne flyttes, og det er det, jeg nu beder Folketinget om at gøre på en måde, der er til at forstå.

...

I starten af dette år afsluttede Undervisningsministeriet en undersøgelse af, om skolerne under skolesamvirket Tvind er selvejende institutioner i den forstand, der ligger til grund for godkendelses- og tilskudslovgivningen for frie skoler. Konklusionen er kort og godt, at det er de ikke. Tvindskolerne og Poul Jørgensen fik den 26. januar tilsendt ministeriets afgørelse om selvejespørgsmålet, og skolerne erklærede alle i løbet af marts måned, at de ville rette sig efter ministeriets krav, og indsendte deres planer for, hvordan de ville opfylde dem.

Den 13. marts tog jeg et politisk initiativ og fremsatte to lovforslag, der begge har til formål at klargøre kravene om, at de frie skoler skal være selvejende institutioner. Lovforslagene strammer habilitetskravene til bestyrelsesmedlemmer, begrænser skolernes adgang til at anbringe deres likvide midler og giver adgang til at kræve skolernes revisor udskiftet. Det er alt sammen noget, som Tvindskolekoncernen har tvunget mig til at fremsætte, men det var ikke nok, og derfor har jeg ikke accepteret, at Tvindskolerne faktisk selv opløser koncernen. Det er svært at fæste lid til skolerne endnu en gang. Deres gennemførelsesplaner er provokerende ensartede, og de bærer præg af at have en fælles inspirationskilde.

...

Det primære formål med L 268 er at stoppe for tilskud til skolekoncerner i det hele taget. Der stilles krav til, hvordan en selvejende uddannelsesinstitution skal opføre sig, og ministeren får adgang til at tilbagekalde godkendelsen og tilskuddet, hvis kravene ikke opfyldes med rimelig sikkerhed. Denne adgang er skønmæssig - det vil jeg ikke lægge skjul på - og det giver sig selv, at skønnet skal udøves inden for lovens rammer, dens motiver og de almene retsgrundsætninger.

...

Men jeg kan ikke stoppe hele Tvinds skolekoncern på én gang. De nugældende love har hverken en tilstrækkelig præcis definition af selveje eller hjemmel til at tage godkendelsen tilbage og stoppe for tilskud til skoler, fordi de indgår i en koncern.

Skolekoncernen er oplagt i strid med ånden bag lovene for de frie skoler, men at bygge sin administration på lovens ånd er et uholdbart grundlag for en minister at bevæge sig ind på. Derfor har jeg valgt at forelægge sagen i fuld åbenhed for Folketinget, så vi gennem en ansvarsfuld demokratisk proces kan få udtrykt de folkevalgte medlemmers vilje i en tydelig og administrerbar lovgivning.

Det er ikke overtrædelserne af tilskudsreglerne, der er anledningen til regeringens lovforslag om stop for tilskud til Tvindskolerne og om skærpede beføjelser i forhold til alle skoler, der måtte indgå i koncernlignende samarbejde.

Det, jeg foreslår, er at stoppe for tilskud til skolekoncerner og gøre det nu for Tvindskolerne, som dokumenteret deltager i en omsiggribende skolekoncern. Det afgørende er, at skolekoncerner giver basis for en evig udvidelse af såvel antallet af skoler som eksisterende skolers virksomhed finansieret af en kapital, som

stammer fra de enkelte skoler, men som er udført til og ophobes i de bagvedliggende fonde m.v.

Andre frie skoler end Tvind etablerer og udvider sig primært på grundlag af deres egen og lovlige tilvejebringelse af et økonomisk grundlag, hvorimod ekspansionen i Tvindskolekoncernen er baseret på Fællesejes køb og fordeling af ejendomme, finansiering af huskøb via andre skolers husleje, centralt styrede hvervning og fordeling af det tilstrækkelige antal elever samt systematiske overtrædelser af tilskudsreglerne. Tvindskolerne ekspanderer ikke, fordi kunderne står i kø, men fordi det er et åbenbart formål i sig selv at sikre en så stor skolekoncern som muligt.

...

Jeg forstår den kritik og betænkelighed, der er kommet til udtryk både her i Tinget og udenfor, når det gælder lovforslaget, og jeg overvejer stadig, om der er muligheder for at løse den stillede opgave på en bedre måde, om der er andre muligheder, om der er behov for ændringer.

Men der er også et bredt krav om, at vi nu griber ind, og vi må acceptere, at vi en gang imellem må bruge usædvanlige midler for at sikre de traditionelle og værdifulde frihedsrettigheder og en unik friskolelovgivning.«

Højesterets bemærkninger.

Grundlovens § 3 lyder således:

»Den lovgivende magt er hos kongen og folketinget i forening. Den udøvende magt er hos kongen. Den dømmende magt er hos domstolene.«

I overensstemmelse med den almindelige opfattelse i den forfatningsretlige litteratur må det antages, at grundlovens § 3, 3. pkt., sætter visse grænser for, i hvilket omfang lovgivningsmagten kan træffe bestemmelse om enkelte personers retsforhold (singular lovgivning). Denne forståelse er i overensstemmelse med det retssikkerhedshensyn, der er et af de bærende hensyn bag magtadskillelsen i § 3.

Ved lov nr. 503 og lov nr. 506 af 12. juni 1996 om ændring af bl.a. friskoleloven blev det præciseret, at en friskole i sit virke som selvejende uddannelsesinstitution skal være uafhængig, og at skolens midler alene må komme dens skole- og undervisningsvirksomhed til gode. Såfremt der efter undervisningsministerens skøn ikke er tilstrækkelig sikkerhed for, at en skole opfylder kravene om uafhængighed og forvaltning af midlerne, kan ministeren beslutte, at der ikke skal ydes tilskud til skolen. Ved den særlige bestemmelse i § 7 i lov nr. 506 blev Friskolen i Veddinge Bakker og nogle andre konkret angivne skoler med tilknytning til Skolesamvirket Tvind helt afskåret fra at modtage offentlige tilskud efter den 31. december 1996.

Det fremgår af bemærkningerne til forslaget til lov nr. 506 (Folketingstidende 1995/96, tillæg A, s. 5238), at begrundelsen for § 7 var, at undervisningsministeren ikke havde tillid til, at Tvindskolerne ville anvende offentlige tilskud til formål, som Folketinget og regeringen ønsker at fremme med støtten. Erklæringer fra skolerne om at ville følge lovgivningen blev ikke anset for reelle. Baggrunden for den manglende tillid var, at undersøgelser foretaget af Undervisningsministeriet - med bistand af et privat revisionsfirma - og Rigsrevisionen »viser, at skolerne er sammenflettet i et indbyrdes økonomisk, administrativt og ledelsesmæssigt netværk - en koncern - der styret udefra bl.a. har til formål at føre penge ud af skoledriften, og dermed fra eleverne, til aktiviteter, der ligger uden for lovgivningen om frie kostskoler og om frie grundskoler«, og at myndighederne »først nu« efter omfattende undersøgelser havde kunnet samle et »dækkende billede af de ulovlige og kritisable forhold på skolerne, der i øvrigt synes at være tiltagende i styrke og omfang«. Undervisningsministeren gav udtryk for

lignende synspunkter under forespørgselsdebatten den 22. maj 1996.

I tillægsbetænkningen fra Folketingets uddannelsesudvalg (Folketingstidende 1995/96, tillæg B, s. 1114) er det anført:

»Flertallets tilslutning til dette lovforslag er begrundet i, at flertallet ikke har tillid til, at disse skoler tilknyttet Tvindkoncernen fremover vil anvende tilskuddene til de formål, som Folketinget ønsker at fremme med støtten.

Den valgte lovgivningsmåde har til formål at sikre opfyldelsen af flertallets ønske om ikke fremover at yde tilskud til netop de nævnte skoler.

Flertallet er opmærksom på, at lovgivningsmåden vil have den virkning, at der ikke, for så vidt angår denne del af lovforslaget, skal træffes administrative afgørelser om nye tilskud til de pågældende skoler med mulighed for efterfølgende domstolsprøvelse. Denne følge er ikke i sig selv et formål med loven, og den har kun betydning for fremtidige tilskud, som de pågældende skoler ikke har noget retsbeskyttet krav på.«

Folketinget har således tilsluttet sig undervisningsministerens generelle mistillid til Tvind-skolernes vilje til at administrere offentlige tilskud i overensstemmelse med lovgivningen og har ved § 7 i lov nr. 506 frataget bl.a. Friskolen i Veddinge Bakker adgangen til - efter friskolelovens almindelige regler og på lige fod med friskoler uden tilknytning til Skolesamvirket Tvind - at søge om offentlige tilskud til sin skolevirksomhed.

Lovgivningsmagten har herved med virkning for de skoler, der er nævnt i § 7 - herunder Friskolen i Veddinge Bakker - afgjort uoverensstemmelsen mellem Tvind-skolerne og Undervisningsministeriet, der var af den opfattelse, at skolerne - uanset deres tilkendegivelser og løfter - ikke overholdt og heller ikke i fremtiden ville overholde betingelserne for offentlige tilskud til skoledrift. Et sådant lovindgreb - der havde som konsekvens, at Tvind-skolerne blev afskåret fra domstolsprøvelse af deres tilskudsberettigelse - er reelt en endelig afgørelse af en konkret retstvist. Efter grundlovens § 3 henhører en

851

sådan afgørelse ikke under lovgivningsmagten, men under den dømmende magt med de deri liggende retsgarantier for borgerne. Højesteret finder derfor, at § 7 i lov nr. 506 af 12. juni 1996 er ugyldig i forhold til Friskolen i Veddinge Bakker som stridende mod grundlovens § 3, 3. pkt.

Højesteret tager herefter friskolens principale påstand til følge.

Thi kendes for ret:

Indstævnte, Undervisningsministeriet, skal anerkende, at § 7 i lov nr. 506 af 12. juni 1996 om ændring af lov om folkehøjskoler, efterskoler, husholdningsskoler og håndarbejds-skoler, lov om friskoler og private grundskoler m.v., lov om gymnasiet m.v. og lov om kursus til højere forberedelseksamen og om studieforberedende enkeltfagsundervisning for voksne m.v. er ugyldig i forhold til appellanten, Den Selvejende Institution Friskolen i Veddinge Bakker.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger for landsret eller Højesteret til den anden part eller til statskassen.

U.2005.2134H

**Ikke retlig interesse i anerkendelsepåstand.
Fuldbyrdelsepåstand uklar og ubestemt.**

Retspleje 23.1 og 23.2.

- ♦ I medfør af Ørestadsloven stiftede Ørestadsselskabet I/S sammen med Københavns Amtskommune, KA, Østamagerbaneselskabet I/S, Ø, der var bemyndiget til at anlægge en letbane, Østamagerbanen, fra Amagercentret til lufthavnen i Kastrup. I 2002 vedtog Hovedstadens Udviklingsråd, HUR, et forslag til regionplantillæg for metroens 3. etape - Østamagerbanen. I forbindelse med den forudgående offentlige høring om projektet havde bl.a. en forening, Amager Metro Gruppen, AMG, fremsat indsigelser mod forslaget, under henvisning til at man burde nedgrave banen i videst muligt omfang, og AMG klagede til Naturklagenævnet, der imidlertid stadfæstede regionsplantillægget i marts 2003. I maj 2003 meddelte KA Ø, at man ville medvirke til etablering af banen, idet man ønskede yderligere miljøforbedringer gennemført, hvis det var muligt inden for anlægsrammen på 1.440 mio. kr. I november 2003 anlagde AMG sag mod Ø med påstand om bl.a., at Ø skulle »anerkende, at der inden for anlægsrammen (budgettet) for metroens 3. etape på kr. 1.440.000.000 kan ske nedgravning i videre omfang end i det foreliggende projektforslag«, og at Ø skulle »tilpligtes at lade metroens 3. etape nedgrave i overensstemmelse hermed«. Ø påstod afvisning. Højesteret udtalte, at en afgørelse om 1. led i AMG's påstand alene ville angå et faktisk forhold og ikke i sig selv ville have betydning for parternes retsstilling. AMG havde derfor ikke retlig interesse i eventuel at få medhold alene i denne del af påstanden. 2. led i påstanden om pligt til at grave banen ned »i videre omfang« rummede en sådan uklarhed og ubestemthed, at den ikke var egnet til at danne grundlag for behandling af sagen. Højesteret afviste derfor sagen.¹

H.D. 19. april 2005 i sag 582/2004 (1. afd.)

*Amager Metro Gruppen (adv. Vivi Bruhn Knudsen, Kbh., e.o.)
mod*

Østamagerbaneselskabet I/S (adv. K. Hagel-Sørensen, Kbh.).

Østre Landsret**Østre Landsrets dom 4. november 2004 (6. afd.)**

(Lyngesen, Arne Brandt, Gyrithe Ulrich (kst.)).

Under denne sag, der er anlagt den 12. november 2003 og henvist til Østre Landsret, har sagsøgeren, Amager Metro Gruppen, oprindeligt nedlagt følgende påstande over for sagsøgte, Østamagerbaneselskabet I/S:

I. Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at der inden for anlægsrammen (budgettet) for metroens 3. etape på kr. 1.440.000.000 kan ske nedgravning i videre omfang end i det foreliggende projektforslag.

II. Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at de den 13., 14. og 15. maj 2003 gennemførte ekspropriationer er ulovlige.

Sagsøgeren har endvidere under sagens forberedelse fremsat begæring om, at søgsmålet tillægges opsættende virkning, således

at sagsøgte tilpligtes at standse anlæggelsen af metroens 3. etape fra nord for Italiensvej til Skøjtevej.

Østamagerbaneselskabet I/S, i det følgende kaldet Baneselskabet, har over for påstand I og II påstået afvisning, subsidiært frifindelse. Over for begæringen om opsættende virkning har Baneselskabet principalt nedlagt påstand om, at begæringen ikke tages til følge, subsidiært at begæringen tages til følge mod en sikkerhedsstillelse på 100 mio. kr.

Afvisningspåstandene og begæringen om opsættende virkning er udskilt til særskilt afgørelse i medfør af retsplejelovens § 253.

Amager Metro Gruppen har i processkrift af 10. august 2004 ændret påstand I som følger:

I. Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at der inden for anlægsrammen (budgettet) for metroens 3. etape på kr. 1.440.000.000 kan ske nedgravning i videre omfang end i det foreliggende projektforslag, og sagsøgte tilpligtes at lade metroens 3. etape nedgrave i overensstemmelse hermed.

2135

Baneselskabet har protesteret imod ændringen af påstanden og subsidiært påstået den ændrede påstand afvist.

Amager Metro Gruppen har ved deldomsforhandlingen, der påbegyndtes den 31. august 2004, frafaldet påstand II.

Denne sag drejer sig overordnet om, hvorvidt de økonomiske overslag, der ligger til grund for det endelige valg af løsning vedrørende metroens 3. etape, er korrekte, samt om, hvorvidt Københavns Amts forudsætninger for at medvirke ved projektet, hvorefter der skulle gennemføres det bedst mulige anlægsprojekt inden for en samlet økonomisk ramme på kr. 1.050.000.000, og anlægsarbejderne skulle udbydes i omvendt licitation, er blevet tilsidesat.

Amager Metro Gruppen er meddelt fri proces til denne deldomsforhandling.

Sagens faktiske omstændigheder

Østamagerbaneselskabet I/S blev stiftet med hjemmel i lov nr. 477 af 24. juni 1992 om Ørestaden m.v. Af loven fremgår blandt andet:

»§ 1. Københavns Kommune og finansministeren kan stifte et interessentskab. Interessentskabets navn er Ørestadsselskabet I/S. Københavns Kommune ejer 55 pct. af interessentskabet, finansministeren 45 pct.

...

Stk. 3. Ørestadsselskabet I/S kan stifte et interessentskab sammen med Københavns Amtskommune. Dette interessentskabs navn er Østamagerbaneselskabet I/S. Ørestadsselskabet I/S ejer 55 pct. af interessentskabet, Københavns Amtskommune 45 pct.«

Om ledelsen af selskabet fremgår af § 1, stk. 5 og stk. 8:

»Stk. 5. ... Bestyrelsen for Østamagerbaneselskabet I/S består af 6 medlemmer, heraf 4 udpeget af Ørestadsselskabet I/S og 2 udpeget af Københavns Amtskommune.

Stk. 8. Bestyrelserne er beslutningsdygtige, når mindst 5 medlemmer er til stede. Bestyrelsernes beslutninger træffes ved stemmeflertal. Beslutninger om alle væsentlige afgørelser, herunder i forbindelse med planlægning, anlægsforslag, offentligt udbud, salg af arealer og låneoptagelse, kræver dog, at mindst 5 medlemmer stemmer for beslutningen.«

Om anlæg af Østamagerbanen bestemmes det i § 3, stk. 3, at Østamagerbaneselskabet I/S kan anlægge en letbane, Østamagerbanen, fra Amagercentret til lufthavnen delvis i Amagerbanens tracé.

¹ U 1976.626 Ø, U 1985.389 H, U 1996.1300 H, U 2001.2065 H, U 2002.418 H, U 2002.1245 H, Spleth i Proceduren (1969), s. 55, betænkning 698/1973, s. 122-23, Torben Jensen: Højesteret og Retsplejen (1999), s. 79, Bernhard Gomard: Civilprocessen, 5. udg. under medvirken af Michael Kistrup (2000), s. 345-46 og 442.

Bemyndigelsen til at anlægge Østamagerbanen fremgår direkte af lovens § 6, stk. 3:

»Stk. 3. Østamagerbaneselskabet I/S bemyndiges til at anlægge Østamagerbanen. Østamagerbanen føres fra Amagercentret til lufthavnen delvis i Amagerbanens tracé. Mellem Amagercentret og Nørreport benytter Østamagerbanen samme anlæg som Ørestadsbanen.«

Den 7. november 2000 stiftedes foreningen »Amager Metro Gruppen«. Foreningens formål er ifølge vedtægtens § 2:

»1.

At øve indflydelse på en eventuel bygning af metroens tredje ben, således at det også for de i området boende bliver en miljømæssig acceptabel løsning.

2.

At øve indflydelse på en eventuel ændring af de stationsnære områders status, således at disse vedbliver at være O1/B1 - områder.

3.

At sikre et højt informationsniveau blandt foreningens medlemmer om alle forhold vedrørende Metrobyggeriet og de formodede konsekvenser dette måtte få«.

Om foreningens medlemmer anføres i vedtægtens § 3:

»1.

Som medlem kan optages enhver, der enten aktivt eller passivt ønsker at bidrage til opfyldelsen af foreningens formål samt betaler kontingent til denne.

2.

For foreningens forpligtelser hæfter medlemmerne alene med deres indbetalte kontingent.

...«

Den 16. maj 2001 besluttede Københavns Amtsråd at medvirke ved etableringen af Østamagerbanen, og ved skrivelse af 17. maj 2001 underrettede amtsrådet Ørestadsselskabet om beslutningen. Af skrivelsen fremgår:

»Københavns amtsråds stillingtagen til det videre forløb i Østamagerbanesagen

Københavns amtsråd har den 16. maj 2001 behandlet stillingtagen til det videre forløb i Østamagerbanesagen og besluttet følgende:

at Københavns amtsråd beslutter at medvirke ved etableringen af Østamagerbanen, med udgangspunkt i at der gennemføres det bedst mulige anlægsprojekt inden for en samlet økonomisk ramme på netto 1.050 mio. kr. (1.1.1999-priser ekskl. moms)

at amtsrådet dermed på nuværende tidspunkt forpligtiger sig til gennem I/S Østamagerbaneselskabet at finansiere sin andel af de hidtidigt afholdte projektforbereelsesudgifter, de fortsatte projektforbereelsesudgifter ved tilvejebringelse af udbudsmateriale og gennemførelse af licitationer mv. samt den økonomiske risiko ved togleverancen

at amtsrådet først kan træffe endelig beslutning om udførelsen af anlægsarbejderne og udnyttelsen af optionerne med tilhørende tidsbegrænsninger på de relevante tidspunkter i 2002 som følge af den igangværende VVW-undersøgelse og indhentningen af tilbud

2136

at amtsrådet står uforstående overfor, at der ikke igennem projekteringsarbejdet er sket en formindskelse af beregningsusikkerheden ved det økonomiske overslag for anlægsprojektet, og at amtsrådet som konsekvens heraf ønsker, at anlægsarbejder i så høj grad som muligt udbydes i omvendt licitation på baggrund af funktionskrav

at amtsrådet ser etableringen af Østamagerbanen som et element i en samlet helhedsløsning af de kommende års trafikale infrastrukturforhold i amtet og forventer i den forbindelse særligt, at der arbejdes videre med en løsning af udviklingen af den

tværgående trafikkorridor i amtet såvel i forhold til den kollektive som individuelle trafik og en overordnet planlægning for Amager at amtsrådet forventer, at der samtidig med idriftsættelsen af Østamagerbanen sker en koordineret tilpasning af bustrafikken på Amager, jf. Amtsrådets principielle trafikpolitiske beslutninger fra juni 1999

at amtsrådet finder, at der er behov for at bestyrelsen for I/S Østamagerbaneselskabet i fremtiden afholder sine møder uafhængigt af de øvrige metroselskaber, da amtet ikke har nogen andel i gennemførelsen af metroens etape 1 og 2

at amtsrådet forventer større politisk indsigt i Østamagerbaneselskabets virksomhed, dels i form af at større beslutninger forelægges ejerne dels i form af at beslutningsreferater tilgår økonomiudvalget som fortrolig information

at amtsrådet ønsker, at amtets tekniske direktør bliver tilforordnet ved Østamagerbaneselskabets bestyrelsesmøder.«

Hovedstadens Udviklingsråd (HUR) fremlagde i juni 2001 i offentlig høring forslag til regionplantillæg med tilhørende VVM-redegørelse for Østamagerbanen - metroens 3. etape. Forslaget indeholdt et »Hovedforslag« og en række »Høringsalternativer«.

Hovedforslaget er i HUR's indledende redegørelse kort beskrevet således:

»Ørestadsselskabet har på baggrund af forskellige forarbejder udarbejdet et hovedforslag til Østamagerbanens udformning. Forslaget omfatter en ca. 4,1 km lang dobbeltsporet strækning mellem slutpunktet for Metroens 1. etape umiddelbart øst for Strandlodsvej og Københavns Lufthavn Station. Banen ligger i terræn på knap en tredjedel af strækningen, men løftes på dæmning ved passage af de tværgående veje. Der etableres stationer ved Øresundsvej, Italiensvej, Hedegaardsvej og Alléen samt ved Lufthavnen. Stationerne anlægges i niveau ca. 6 m over terræn på dæmning, bortset fra stationen ved Lufthavnen, som delvist indgår i et nyt parkeringshus på lufthavnsområdet.

...

Udførelsen af hovedforslaget medfører, at nogle af de nuværende vejes og stiers forløb over banetracéet skal ændres:

Østamagerbanen føres over Øresundsvej, Italiensvej, Hedegaardsvej, Saltværksvej og Alléen, der dermed kan holdes åbne for biltrafik. Følgende nuværende overkørsler spærres for biltrafik: Pallesvej/Ramundsvej (privat fællesvej), Kirsten Kimersvej (privat fællesvej), Svend Dyringsvej (privat fællesvej), Formosavej (privat fællesvej), adgangsvej til Haveforeningen Fortbo (privat vej) og Skøjtevej (kommunevej).

Følgende nuværende overkørsler og overgange spærres for stitrafik: Adgangssti til tidligere trinbræt »Engvej« ved Andelshaveforeningen Strandbo, Kirsten Kimersvej, Svend Dyringsvej, Formosavej, adgangsvej til Haveforeningen Fortbo, Søværnet (privat fællessti, kun overgang over banen) og sti i Kastrup Fremme (kommunal sti).

Der etableres stipassager for gående og cykler ved Pallesvej/Ramundsvej (stitunnel ca. 3 m under terræn), ved Greisvej (stibro), ved Vægtergangen (sivetunnel, dvs. stitunnel med passage mulighed for personbiler), ved Skøjtevej (stitunnel) og ved nordsiden af Øresundsforbindelsen (stitunnel). Anlæggets nærmere udformning og de miljømæssige forhold, der knytter sig til det, er beskrevet i VVM-redegørelsen.

...«

I VVM-redegørelsen er blandt andet anført følgende om støjpåvirkninger i driftsfasen i forbindelse med hovedforslaget:

»Generelt for strækningen

...

Generelt vil afstanden til den vejledende grænseværdi for støjbelastning, LAeq, 24=60 dB, være ca. 10-15 m fra nærmeste

spormidte, hvor Metrotoget kører i terræn, og 6-10 m fra nærmeste spormidte ved til- og frakørsel til stationer.

Det anslås, at antallet af ejendomme, hvor støjbelastningen forventes at overskride grænseværdien for det gennemsnitlige støjniveau udgør 10-20 ejendomme. I de nævnte afstande vil det maksimale støjniveau, LA, max, være henholdsvis ca. 79 dB og ca. 85 dB. Ingen boliger vil blive støjbelastet med et maksimalt støjniveau over 85 dB, da afstanden til nærmeste spormidte er større end ca. 7 m.«

Der er endvidere redegjort for blandt andet vibrationsgener i bygninger, barriereeffekt i forhold til trafikken, banedæmningernes skyggevirksomhed, indsigtsgener og natlige lysgener fra forbikørende tog i forhold til boliger.

VVM-redegørelsen beskriver som høringsalternativ blandt andet en løsning, hvor banen er nedgravet delvist:

2137

»9.2.5 Delvis nedgravet løsning

Denne løsning er i lighed med banen i åben grav etableret som en vandtæt konstruktion i armeret beton (betontrug). Den delvis nedgravede bane er kun fuldt nedgravet ved stationer og krydsende veje. På de mellemliggende strækninger er banen nedgravet til ca. 2,5 m under terræn.

Anlægsaktiviteterne omfatter bl.a., at der skal håndteres ca. 550.000 m³ jord og udstøbes ca. 75.000 m³ beton. Det vil sige en jordmængde, der udgør ca. 2/3 og en betonmængde, der udgør ca. 2/3 af mængderne for den nedgravede bane.

...

Miljøpåvirkninger i anlægsfasen

Miljøpåvirkninger i anlægsfasen vurderes overordnet set at svare til beskrivelsen af den nedgravede bane. Dog vil miljøgenerne fra transport og afgravning af jord blive af kortere varighed, hvilket også gælder generne fra etableringen af betonkonstruktionen.

Miljøpåvirkninger i driftsfasen

Med metro-toget kørende i en åben afgravning kan der i en afstand af ca. 10-15 m til 30-35 m fra nærmeste spormidte forventes en støjbelastning på ca. 53 dB til ca. 46 dB, som kan sammenlignes med den vejledende grænseværdi på 60 dB.

...«

I forbindelse med den offentlige høring vedrørende projektet gjorde blandt andre Amager Metro Gruppen indsigelser imod hovedforslaget, idet man argumenterede for, at banen burde nedgraves i videst muligt omfang.

Amager Metro Gruppen anmodede blandt andet Ørestadsselskabet om nærmere oplysninger om de økonomiske beregninger bag henholdsvis hovedforslaget og høringsalternativerne. Ørestadsselskabet sendte i den anledning den 5. oktober 2001 et memo udarbejdet af COWI til sagsøgeren. Memoet, der er afgivet til HUR den 17. maj 2001, indeholder en vurdering af anlægsinvesteringer for VVM-redegørelsens høringsalternativer. Det fremgår af vurderingen:

»1. Indledning

I forbindelse med HUR's udarbejdelse og vedtagelse af Regionplantillæg med VVM-redegørelse, er det blevet besluttet at supplere med en vurdering af de nødvendige anlægsinvesteringer for VVM-redegørelsens Høringsalternativer. Denne vurdering fremgår af vedlagte skema, som også angiver den tilhørende usikkerhed på anlægsinvesteringen samt en vurdering af de driftsmæssige konsekvenser i forhold til Hovedforslaget. For at kunne sammenligne anlægsinvesteringerne med Hovedforslagets nødvendige anlægsinvesteringer priseniveauet 01.01.99.

Grundlaget for vurderingen af Høringsalternativernes anlægsinvesteringer er en beregning af mængder og et kendskab

til enhedspriser fra de øvrige Metro etaper og anlægsarbejder i øvrigt. Ud over den løsningsafhængige del af anlægsinvesteringen er der på alle løsninger, bortset fra Nul-alternativet, tillagt faste udgifter til Metrotog, fast betaling til Københavns Lufthavn, allerede kontraherede arbejder på Etape I (Lergravsparken st.) samt Kontrol- og Vedligeholdelsescenter.

Usikkerhedsniveauet på Høringsalternativernes anlægsinvestering, set i forhold til Hovedforslaget, afspejler at detaljeringniveauet for Høringsalternativerne ikke er det samme som for Hovedforslaget, der på nuværende tidspunkt foreligger som Projektforslag.

2 Anlægsinvesteringer for Høringsalternativer

I det følgende afsnit vil de væsentlige årsager til Høringsalternativernes afvigelser i anlægsinvestering i forhold til Hovedforslaget kort blive nævnt.

Fuldt nedgravede løsninger:

Cut & Cover m. mekanisk ventilation og naturlig ventilation:

- Omfattende jordarbejder som følge af nedgravning
- Håndtering af store mængder forurennet jord
- Store anlægsarbejder i forbindelse med omlægning af krydsende ledninger
- Flere ekspropriationer som følge af store udgravninger
- Anlæg af ca. 4 km lang vandtæt betontunnel med nødsakker, pumpestationer m.m.
- Anlæg af underjordiske stationer med tilhørende perrondøre og sikkerhedsudstyr
- Etablering af fast sporbefæstigelse

I Cut & Cover løsningen med naturlig ventilation er den mekaniske ventilation erstattet af jævnlige ventilationsåbninger i hele tunnelens længde og en større åbning over stationerne, hvilket alt i alt gør den billigere end løsningen med mekanisk ventilation.

Varianter af fuldt nedgravet løsning.

Åben grav løsninger:

- Omfattende jordarbejder som følge af nedgravning
- Håndtering af store mængder forurennet jord
- Store anlægsarbejder i forbindelse med omlægning af krydsende ledninger
- Etablering af broforbindelser over den åbne grav
- Flere ekspropriationer som følge af store udgravninger
- Anlæg af et ca. 4 km langt vandtæt betontrug eller trug med spunsvægge og med eller uden betonbund

Åben grav løsningen med betontrug vil sammenlignet med spunsvægløsningen give mere omfattende jordarbejder, større mængder forurennet jord samt flere ekspropriationer.

Løsninger med reduceret længde og dybde af nedgravning reducerer anlægsinvesteringerne.

2138

Banen i terræn:

Afviger ikke væsentligt i anlægsinvestering i forhold til Hovedforslaget.

Stationsvarianter:

Disse løsninger knytter sig til Hovedforslaget, og afvigelsen i anlægsinvestering skyldes de ekstra eller sparede anlægsarbejder i forbindelse med stationer samt ekstra eller sparet indkøb og montering af baneteknisk udstyr.

Nul-alternativer. Buslinie i Amagerbanens trace:

Denne løsning vil i givet fald ikke skulle anlægges af Østamagerbaneselskabet. Se i øvrigt indledningen.«

Af et skema vedlagt vurderingen fremgår blandt andet:

»Østamagerbanen, Metroens 3. etape.

Anlægsinvesteringer for høringsalternativer

Østamagerbanen. Anlægsløsninger	VVM-redeg. reference	Samlet anlægsinvestering Priseniveau 01.01.99 ekskl. Moms Mio. kr.	Usikkerhed på anlægsinvestering	Forøgede årlige driftsudgifter i forhold til hovedforslag
Hovedforslag (...)	(6)	1050	- 10%/+20%	-
Åben grav. Delvist nedgravet. Betontrug. (...)	(9.2.5)	2050	- 20%/+30%	Ja

I november 2001 udsendte Baneselskabet prækvalifikationsmateriale vedrørende bygge- og anlægsarbejdet. Af udbudsmaterialets punkt 2.2 fremgår blandt andet, at tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud.

HUR offentliggjorde i december 2001 i en »Hvidbog« resultatet af den offentlige høring i perioden august-oktober 2001 om forslaget til regionplantillægget. Der var indkommet 78 indsigelser og bemærkninger, hvoraf 2 var underskrevet af henholdsvis 5.498 personer og 180 personer.

Forslaget til regionplantillægget blev vedtaget af HUR den 30. januar 2002, som tillæg nr. 4 til Regionplan 2001 for »Metroens 3. etape - Østamagerbanen«. Om fremkomne indsigelser, der vedrører en nedgravning af banen frem for en bane i terræn og på dæmning, anføres det:

»Lokalplanforhold, m.v.

Københavns Kommune har modtaget 102 indsigelser til lokalplanforslaget for Østamagerbanen, hvoraf de fleste er for en nedgravning af banen og imod en løsning, hvor banen etableres i terræn og på dæmning.

Det foreliggende lokalplanforslag drejer sig om en bane i terræn og på dæmning. Hvis banen skal graves ned, skal der formentlig udarbejdes et nyt lokalplanforslag. Det er Københavns Kommune, der skal tage stilling til dette spørgsmål. Kommunen forventes på denne baggrund ikke at tage det nu foreliggende lokalplanforslag op til behandling, for de nævnte drøftelser er gennemført

Borgmesteren i Tårnby Kommune har overfor pressen meddelt, at kommunen er imod »hovedforslaget«, og at man ønsker Østamagerbanen gravet ned igennem Tårnby. Synspunktet fremgår tillige af kommunens indsigelse mod forslaget til regionplantillægget. Kommunen afventer efter det oplyste færdiggørelsen af regionplantillægget, før de tager stilling til lokalplansspørgsmålet.

Mulige ændringer i projektet

Det er Østamagerbaneselskabet, der som bygherre skal tage stilling til projektets endelige udformning inden for de givne planmæssige rammer. Københavns Amt og Københavns Kommune indgår sammen med Trafikministeriet i Østamagerbaneselskabets ejerkreds. Københavns Amt har i maj 2001 besluttet at medvirke ved etablering af Østamagerbanen med udgangspunkt i, at der gennemføres det bedst mulige anlægsprojekt inden for en samlet økonomisk ramme på netto 1.050 mio. kr. (1.1.99-priser, ekskl. moms). Østamagerbaneselskabets forslag til banens udformning - regionplantillæggets »hovedforslag« - er udarbejdet inden for denne økonomiske ramme.

Den nedgravede løsning er vurderet som »høringsalternativ« i VVM-redegørelsen. Retningslinierne i regionplantillægget muliggør, at »anlægget kan etableres på dæmning, i terræn eller nedgravet i overensstemmelse med det hovedforslag og de alternativer, der er beskrevet i VVM-redegørelse for Metroens 3. etape - Østamagerbanen, HUR maj 2001, dog således at der bibeholdes mindst det antal tværgående forbindelser, der fremgår

af hovedforslaget. Anlægget kan også inden for VVM-redegørelsens rammer etableres som en kombination af de beskrevne alternativer.«

Retningslinierne muliggør således en realisering af hovedforslaget, men vil ikke være til hinder for, at hele eller dele af banen graves ned, hvis det bliver resultatet af de kommende drøftelser. Retningslinierne ses heller ikke at være til hinder for, at den konkrete placering og karakter af de tværgående vej- og stiforbindelser med vejmyndighedernes accept tages op til nyvurdering, hvis projektændringer gør det hensigtsmæssigt, og hvis det samlede antal tværforbindelser - veje og stier - ikke bliver mindre end de 10, der er angivet i hovedforslaget.«

2139

Indsigelserne vedrørende indblikproblemer og stationsnærhed gav anledning til følgende vurdering med forslag til ændringer:

»Indsigelserne vedrørende to specifikke emner giver dog, som det fremgår af Hvidbogen, administrationen anledning til at foreslå følgende ændringer i regionplanretningslinierne:

1. Vedrørende indblikproblemer, jf. Hvidbogens side 21-22 og 66: Med henblik på at øge sikkerheden for, at indblikproblemerne indgår i projekteringen på linie med andre miljøforhold, foreslås det, at der i regionplantillæggets retningslinieafsnit indføres en supplerende forudsætning på side 8, 2. spalte: »at der i forbindelse med gennemførelse af ekspropriationsproces og kontrahering gennemføres konkrete vurderinger af mulige indblikproblemer for de nærmestboende med henblik på at minimere generne på særligt udsatte steder.«

2. Vedrørende stationsnærhed, jf. Hvidbogens side 56-57 og 66: Med henblik på at undgå usikkerhed i banens nærområde, om hvornår stationsnærhedsprincippet er gældende, foreslås det, at der indføres en regionplanretningslinie i regionplantillægget på side 8, der præciserer, at »områderne indenfor 1 km fra de planlagte stationer på Østamagerbanen vurderes som ikke-stationsnære indtil lokalplanerne for bane og stationer er endeligt vedtaget, og der er truffet endelig beslutning om anlæggets etablering.«

For så vidt angår nr. 1 har Ørestadsselskabet som den berørte part ikke udtalt sig imod, at retningslinierne ændres som foreslået. Ændringerne vurderes herudover ikke at have en sådan karakter, at de nødvendiggør en fornyet høring, jf. planlovens § 27. stk. 3.

...

Indstilling

Det indstilles, at

- HUR tiltræder vurderingerne i »Hvidbog af december 2001; Metroens 3. etape - Østamagerbanen« og »Notat af 18. december 2001 om Tillæg nr. 3 til Kollektiv Trafikplan 1998 - høringssvar«.

- HUR vedtager regionplantillægget for Metroens 3. etape - Østamagerbanen endeligt som Tillæg nr. 4 til Regionplan 2001, med de ændringer som fremgår ovenfor;

...

Indstillingen tiltrådt.«

Niels Th. Kiær, NTK Consulting, rettede den 9. marts og den 14. april 2002 henvendelse til trafikministeren vedrørende projektet. Niels Th. Kiær anførte, at hans overslag klart viste, at metroen kunne nedgraves over ca. 2.400 m i åben 2,5 m grav og føres under Hedegaardsvej inden for den nu forventede ramme på 1.440 mio. kr.

Den 16. april 2002 besluttede ejerne bag Østamagerbaneselskabet (Københavns Amt, Københavns Kommune og Trafikministeriet) at øge omkostningerne til projektet fra 1.050 mio. kr. til 1.440 mio. kr. Det blev besluttet at ændre projektet, således at banen føres i åben grav under Øresundsvej til en nedgravet station syd for vejen, og herefter i niveau over Italiensvej frem til Hedegaardsvej, hvor banen og stationen placeres på en dæmning. Italiensvej lukkes for gennemkørende biltrafik, og der etableres en cykel- og gangtunnel. Der blev endvidere afsat en pulje til at reducere støjgener for boliger med høj støjbelastning, der ligger nær banen. Det fremgår af den mellem ejerne indgåede aftale, at alle finansieringsbidrag »sker til fuld og endelig afregning. Østamagerbaneselskabet bærer således den fulde budgetrisiko ved hele 3. etapes gennemførelse.«

Den 24. april 2002 fik Trafikministeriet Finansudvalgets tilslutning til, at Ørestadsselskabets låneramme kunne udvides tilsvarende.

Ørestadsselskabet besvarede den 16. april 2002 Niels Th. Kiærs henvendelser til trafikministeren. Ørestadsselskabet henviste til, at høringsalternativet »Åben grav, delvist nedgravet, betontrug« som beskrevet i regionplantillæggets punkt 9.2.5 i henhold til COWI's memo ville koste 2.050 mio. -20%/+30%, medens hovedforslaget kostede 1.050 mio. kr. -10/+20%, og at der således er tale om en merudgift på 1 mia. kr.

I et notat af 3. maj 2002 påviser Niels Th. Kiær gennem en række beregninger, at overslagsprisen for metroens 3. etape i åben nedgravet udførelse vil være ca. 1.293 mio. kr.

Niels Th. Kiær deltog den 7. maj 2002 i et møde i Ørestadsselskabet vedrørende det alternative forslag til en delvist nedgravet bane. I mødet deltog endvidere lektor ved Handelshøjskolen i København Vagn Thorsgaard Jakobsen. Fra Ørestadsselskabet deltog Helge Erlandsen og fra COWI deltog Christian Hartmann. Det fremgår af et mødereferat udfærdiget af Niels Th. Kiær, at Christian Hartmann ingen indvendinger havde til selve konceptet og syntes, at prisen for bygningsdelen var i orden, men at der manglede penge på omkostningsdelen, hvilket ville hæve overslaget væsentligt. Niels Th. Kiær og Vagn Thorsgaard Jakobsen fandt, at indvendingerne mod overslaget kunne kapitaliseres til ca. 100 mio. kr., og at det justerede overslag inklusive ca. 50 mio. kr. til uforudsete udgifter herefter lå på ca. 1.400 mio. kr. og derfor stadig rigeligt inden for anlægssummens rammer på 1.440 mio. kr. Mødereferatet blev sendt til Ørestadsselskabet og Trafikudvalget.

HUR's vedtagelse af tillæg nr. 4 til Regionplan 2001 for metroens 3. etape blev påklaget til Naturklagenævnet blandt andre af Amager Metro Gruppen. Naturklagenævnet stadfæstede den 18. marts 2003 regionplantillægget med tilhørende VVM-redegørelse. I afgørelsen anføres blandt andet:

»... .

2140

Ørestadsselskabet har på Østamagerbaneselskabets vegne udarbejdet et hovedforslag (projekt) til banens udformning. Forslaget omfatter en ca. 4,1 km lang dobbeltsporet strækning mellem slutpunktet for metroens 1. etape umiddelbart øst for Strandlodsvej og Københavns Lufthavns Station. Ifølge forslaget ligger banen i terræn på knap en tredjedel af strækningen, men løftes på en dæmning ved passage af de tværgående veje. Der etableres stationer ved Øresundsvej, Italiensvej, Hedegaardsvej og Alléen samt ved lufthavnen. Stationerne anlægges på dæmninger

ca. 6 m over terræn, bortset fra stationen ved lufthavnen, som delvist indgå i et nyt parkeringshus på lufthavnsområdet. Herudover etableres en indfatningsvæg på ca. 1 m således, at det samlede baneanlæg får en højde på ca. 7 m.

Ifølge hovedforslaget vil banen således på 2/3 del af strækningen forløbe på en dæmning. Denne ligger ikke direkte ud til kysten, men i en afstand af 300-500 m derfra. Landskabet er i øvrigt fladt, bortset fra voldanlægget ved Kastrup Fort og en lille bakke nord for Kastrup lystbådehavn. Fra nord mod syd er området omkring banen og ud til kysten præget af først industribebyggelse mod øst og etageboligbebyggelse mod vest, dernæst primært villabebyggelse og kolonihaver indtil området ved Kastrup Fort, hvor der ligger haveboliger mod øst mellem fortet og banen og etagebebyggelse mod vest. Syd for fortet er der åbne arealer øst for banen og etageboliger, kontorbebyggelse mv. mod vest. Længere mod syd er området omkring banen indtil Øresundsforbindelsen præget af villabebyggelse, etageboliger og erhvervsbyggeri.

Samtlige eksisterende overkørsler og overgange skal enten erstattes af niveaufrie skæringer eller nedlægges. Der etableres 5 nye niveaufrie vejskæringer og 5 nye niveaufrie stiforbindelser, mens en række eksisterende overkørsler spærres for bil- eller stitrafik.

HUR fremlagde i 2001 et forslag til regionplantillæg med tilhørende VVM-redegørelse om projektet.

VVM-redegørelsen indeholdt en beskrivelse og vurdering af hovedforslagets indvirkning på miljøet i såvel anlægs- som driftsfasen. Redegørelsen omfattede endvidere en vurdering og sammenligning af hovedforslaget med nul-alternativet og såkaldte »høringsalternativer«, udarbejdet bl.a. på baggrund af ideer og forslag indkommet under den forudgående høring om planlægningen af Østamagerbanen.

Efter offentlighedsfasen om regionplantillægget og VVM-redegørelsen foretog HUR en vurdering af de fremkomne indsigelser og bemærkninger, jf. »Hvidbog« herom, og vedtog regionplantillægget med enkelte tilføjelser.

Tillægget til regionplanen fastlægger i regionplanretningslinierne, at:

»Metroens 1. og 2. etape kan udvides med en 3. etape - Østamagerbanen - fra 1. etapes slutpunkt øst for Strandlodsvej i Københavns Kommune i en bue mod sydøst frem til den gamle Amagerbanes tracé ved Øresundsvej og videre frem herfra i Amagerbanens tracé og over Øresundsforbindelsen til Københavns Lufthavn, Kastrup.

Der kan etableres stationer ved Øresundsvej, Italiensvej, Hedegaardsvej, Alléen samt i Københavns Lufthavn. Der kan herudover etableres et servicespor øst for banen syd for Formosavej. Anlægget kan etableres på dæmning, i terræn eller nedgravet i overensstemmelse med det hovedforslag og de alternativer, der er beskrevet og vurderet i VVM-redegørelse (n) (. . .), dog således at der bibeholdes mindst det antal tværgående forbindelser, der fremgår af hovedforslaget. Anlægget kan også inden for VVM-redegørelsens rammer etableres som en kombination af de beskrevne alternativer.

Anlæggets endelige udformning fastlægges inden for de ovenfor anførte rammer i forbindelse med detailprojekteringen.

Områderne indenfor 1 km fra de planlagte stationer på Østamagerbanen vurderes som ikke-stationsnære indtil lokalplanerne for bane og stationer er endeligt vedtaget, og der er truffet endelig beslutning om anlæggets etablering.

Det er en forudsætning for gennemførelse af projektet,

- at banen etableres og drives inden for de rammer, der er beskrevet i VVM-redegørelsen, herunder

- at anlægget udformes på en måde, der ikke nødvendiggør permanent grundvandssænkning, ud over lokalt afgrænsede områder,
- at der i samarbejde med miljømyndighederne gennemføres de nødvendige tekniske foranstaltninger i forbindelse med anlægsarbejderne med henblik på minimering af de i VVM-redegørelsen beskrevne støj- og luftforureningsgener, herunder ved etablering af et miljøledelsessystem på arbejdspladserne,
- at der etableres et overvågningssystem i anlægsfasen, der muliggør iværksættelse af afværgeforanstaltninger, når grænseværdierne for luftforurening overskrides,
- at forurenede jord og grundvand håndteres miljømæssigt forsvarligt,
- at støjen fra driften af banen ikke giver anledning til overskridelse af indendørs grænseværdier i boliger i banens nærområde,
- at lysgener fra stationerne minimeres ved valg af hensigtsmæssige belysningsystemer,
- at der i forbindelse med gennemførelse af ekspropriationsproces og kontrahering gennemføres konkrete vurderinger af mulige indblikproblemer for de

2141

nærmestboende med henblik på at minimere generne på særligt udsatte steder».

De indkomne klager

Nogle af klagerne finder, at projektet helt bør opgives. Enten fordi der ikke er behov for metroens 3. etape, eller fordi den snarere bør placeres ved Amagerbrogade. Klagerne har desuden gjort gældende, at VVM-redegørelsen er mangelfuld. Det er derfor flere af klagernes opfattelse, at der bør udarbejdes en ny redegørelse og foretages endnu en offentlig høring. Det er navnlig anført:

...

Ad andre forhold

- at valg af alternativer ikke er gjort ud fra et miljømæssigt hensyn, men alene ud fra økonomiske hensyn, idet alle væsentlige problemer omkring støj, barriereeffekter og indbliksgener stort set kan elimineres ved en nedgravet løsning,

...

HUR's udtalelse

Det er HUR's opfattelse, at den påklagede afgørelse lever op til de krav til VVM-redegørelser, som i henhold til planloven, jf. bilag 4 i Miljøministeriets bekendtgørelse nr. 428 af 2. juni 1999 om supplerende regler i medfør af lov om planlægning (samlebekendtgørelsen), stilles til forslag til regionplantillæg med tilhørende VVM-redegørelse for VVM-pligtige anlæg. HUR har om de modtagne klager udtalt følgende:

...

Ad valg af alternativer

HUR har henvist til, at det i samlebekendtgørelsens bilag 4, punkt 2, kræves, at VVM-redegørelsen bl.a. skal indeholde »oplysning om de vigtigste grunde til (bygherrens) valg af alternativ under hensyn til virkningerne på miljøet« og »oplysninger om de vigtigste grunde til regionplanmyndighedens valg af alternativ under hensyn til virkningerne på miljøet«. Efter HUR's opfattelse er de nævnte dele af samlebekendtgørelsen ikke et krav om, at VVM-redegørelsen skal indeholde en særlig formuleret »miljømæssig begrundelse« for henholdsvis bygherrens og regionplanmyndighedens valg af alternativ, eller et krav om, at kun miljømæssige begrundelser udgør et gyldigt grundlag for beslutning. Det er tilstrækkeligt, at hensyn til miljøet indgår som det grundliggende udgangspunkt for forslaget til regionplantillæg med tilhørende VVM-redegørelse, hvilket især er kommet til udtryk i kapitel 2 »Redegørelse« men også andre steder i redegørelsen.

Bygherrealternativet (hovedforslaget i VVM-redegørelsen) hviler, ifølge kapitel 2 på en lovgivningsmæssig, organisatorisk og planlægningsmæssig proces. I forbindelse med de politiske behandlinger i Folketinget, Københavns Borgerrepræsentation og Københavns Amtsråd indgik bl.a. hensynet til miljøet i vurderingen af forskellige muligheder for udformning af banen. Efter HUR's opfattelse er det ikke i strid med reglerne, at bygherren også tager hensyn til økonomien i projektet, herunder de økonomiske rammer, der var udstukket i ejerkredsen - Trafikministeriet, Københavns Kommune, og Københavns Amt.

HUR's udgangspunkt for VVM-processen var, at projektet var i overensstemmelse med lov om Ørestad m.v. samt med de dagældende regionplaner for henholdsvis Københavns Kommune og Københavns Amt. Ifølge planlovens § 6 c, stk. 2, var HUR derfor forpligtet til at snarest at tilvejebringe et forslag til regionplantillæg og derefter fremme sagen mest muligt. Da en VVM-redegørelse drejer sig om et konkret projekt, tog HUR udgangspunkt i bygherrens hovedforslag. Med henblik på at sikre den bredest mulige miljøkonsekvensvurdering besluttede HUR samtidig, at VVM-redegørelsen skulle indeholde en omfattende behandling af de såkaldte høringsalternativer, hvor banen som foreslået i den forudgående høring fremføres nedgravet eller i terræn. HUR har i VVM-redegørelsens kapitel 2 angivet en planlægningsmæssig, en trafikal og en miljømæssig vurdering af Østamagerbanen. HUR har efter en samlet afvejning konkluderet, »at det fremlagte hovedforslag kan gennemføres uden at det - under de givne forudsætninger, og såfremt de i VVM-redegørelsen omtalte afværgeforanstaltninger m.v. gennemføres i fornødent omfang - vil medføre uacceptable konsekvenser for miljøet. Såfremt det viser sig økonomisk muligt helt eller delvist at nedgrave banen, kan miljøeffekterne reduceres svarende til den nedgravede bane. Der ses ikke at være miljømæssige forhold, der taler mod en sådan løsning«. Regionplanens retningslinier muliggør på den baggrund, at »Anlægget kan etableres på dæmning, i terræn eller nedgravet i overensstemmelse med det hovedforslag og de alternativer, der er beskrevet og vurderet i VVM-redegørelse(n)« og »Anlægget kan også inden for VVM-redegørelsens rammer etableres som en kombination af de beskrevne alternativer«. Det er HUR's opfattelse, at HUR's valg af alternativ således er truffet under hensyn til miljøet.

...

Ændringer af projektet

HUR har med sin udtalelse om de modtagne klager fremsendt et notat om den endelige udformning af metroens 3. etape set i forhold til tillæg nr. 4 til Regionplan 2001 for »Metroens 3. etape Østamagerbanen«. HUR har heri oplyst, at den offentlige debat om planlægningen af metroens 3. etape førte til, at spørgsmålet om banens udformning blev taget op i ejerkredsen. Der er efter HUR's vedtagelse af regionplantillæg nr. 4 indgået en aftale i ejerkredsen om udformningen af metroens 3. etape, herunder om finansieringen. Tårnby Kommune har tilsluttet sig aftalen.

2142

Aftalen indebærer, at metroens 3. etape etableres i samme tracé som hidtil forudsat, men således at den nedgraves eller føres i terræn på næsten hele strækningen. Kun ved Hedegaardsvej, hvor antallet af boliger er begrænset, og ved Øresundsforbindelsen, hvor endestationen skal placeres i forbindelse med 2. plan i et eksisterende P-hal, føres banen over de tværgående forbindelser på dæmning/bro.

I Københavns Kommune føres banen i åben grav under Øresundsvej til en nedgravet station syd for vejen. Banen føres derefter i niveau over Italiensvej frem til Hedegaardsvej, hvor banen og stationen placeres på en dæmning. Italiensvej lukkes for

gennemkørende biltrafik og der etableres en cykel- og gangtunnel. Der afsættes endvidere en pulje til at reducere støjgener for boliger med høj støjbelastning nær banen.

I Tårnby Kommune føres banen i terræn ved Vægtergangen, under Saltværksvej, i terræn ved Alleen og på dæmning over Skøjtevej. Der etableres en stitunnel ved Vægtergangen og ved Alléen og en sivetunnel ved Skøjtevej.

Herudover er der afsat midler til, at Østamagerbaneselskabet kan tilbyde boligejere i 1. række til den ny bane at overtage boligen på prisvilkår fastsat af ekspropriationskommissionen.

Om forholdet til regionplantillægget har HUR udtalt, at den valgte udformning af banen er en kombination af de alternative udformninger, der er behandlet i VVM-redegørelsen og med det samme antal tværforbindinger, som er angivet i hovedforslaget. De miljømæssige konsekvenser vil være mindre end ved hovedforslaget. Dette gælder særligt med hensyn til spørgsmål om visuel barriere, indbliksgener, skyggegener og på visse strækninger med hensyn til støj. Miljøforholdene vil ved nedgravede strækninger svare til beskrivelserne i VVM-redegørelsen ved en »nedgravet bane, åben grav« og ved strækninger i terræn til forholdene beskrevet ved »bane i terræn«.

HUR har samlet set vurderet, at banen ikke kan få miljømæssige konsekvenser ud over dem, der er taget stilling til i forbindelse med VVM-redegørelsen. HUR har derfor konkluderet, at den valgte kombinationsløsning er i overensstemmelse med regionplanretningslinierne for baneanlægget, der på den baggrund kan etableres uden videre regionplanlægning.

Klagernes supplerende bemærkninger

Nogle af klagerne har kommenteret HUR's udtalelse og der er rejst enkelte nye klagepunkter. Klagerne finder fortsat, at VVM-redegørelsen er mangelfuld og har navnlig anført:

...

Ad andre forhold

- at ikke alle foreslåede alternativer er behandlet, f.eks. burde en delvis nedgravet bane udført i spuns med fast bund eller i betonelementer og en gravet bane bygget således, at den senere kunne overdækkes, have været belyst,

...

- at der under den offentlige høring om VVM-redegørelsen fremkom en række forslag om den tekniske udførelse af anlægget samt metroens efter følgende drift, som der ikke er taget stilling til.

Ad ændringer af projektet

- at de ændringer af projektet, der er besluttet siden VVM-redegørelsen blev udarbejdet, indebærer en løsning, der ikke eller ikke tilstrækkeligt er belyst,

- at der derfor bør udarbejdes en helt ny VVM-redegørelse, - at særligt forhold vedrørende lukning af veje og deraf følgende trafikomlægninger bør belyses nærmere.

HUR's supplerende udtalelse

HUR har udtalt sig om de supplerende klager:

...

Ad valg af alternativer

HUR har udtalt, at de modtagne forslag til alternativer primært drejede sig om, at banen burde placeres lavere i forhold til terrænet og helst nedgravet. Resultatet af den forudgående offentlige høring førte til HUR's beslutning om, at det i forbindelse med VVM-redegørelsen ville være mest hensigtsmæssigt at undersøge hele spektret af mulige, principielle forslag til placering af banen i forhold til terrænet, herunder nedgravet, med henblik på afklaring af de væsentligste miljømæssige forskelle mellem de alternative forslag og mellem disse og hovedforslaget.

VVM-redegørelsen behandler derfor følgende »høringsalternativer«:

- en fuldt nedgravet bane (cut and cover), med mekanisk ventilation
- en fuldt nedgravet bane med naturlig ventilation
- en bane i åben grav med spunsvægge uden bundplade
- en bane i åben grav med spunsvægge med betonbund
- en bane i åben grav gennem Kastrup by
- en delvis nedgravet bane i betontrug
- en bane i terræn

HUR har oplyst, at formålet med at angive disse forskellige varianter var at angive forslag på forskelligt ambitionsniveau, som udgangspunkt for beregning og vurdering af de miljømæssige konsekvenser af at vælge alternative løsninger i forhold til hovedforslaget.

Det er anført, at der vil kunne opstilles andre alternativer, herunder de af klageren nævnte. Hvis de miljømæssige konsekvenser overhovedet vil være forskellige, vil de næppe være mindre end det angivne forslag med et betontrug. HUR har derfor ikke fundet, at en

2143

nærmere beskrivelse i VVM-redegørelsen af sådanne mulige forskelle ville tjene noget formål.

Det er HUR's opfattelse, at der med de nævnte muligheder er belyst de væsentlige miljømæssige konsekvenser af hele spektret af principielle alternativer fra en fuldt nedgravet, overdækket løsning over en helt nedgravet, åben løsning og en halvt nedgravet, åben løsning til en bane i terræn med vægt på de forhold, der efter HUR's vurdering vil have væsentlig miljømæssig betydning.

At der kan være tekniske løsninger, der ikke er beskrevet i VVM-redegørelsen, er efter HUR's opfattelse ikke en mangel ved redegørelsen.

...

Ad tekniske forhold

HUR har vedrørende de forslag til anlæggets tekniske udformning, der fremkom under den offentlige høring om VVM-redegørelsen, gjort opmærksom på, at disse selvsagt ikke kan være behandlet i redegørelsen. HUR har omtalt forslagene i Hvidbogen.

For så vidt angår en række øvrige forslag af teknisk karakter har HUR bemærket, at der ikke kan eller skal tages stilling hertil i forbindelse med VVM-redegørelsen.

Ad ændringer af projektet

HUR har udtalt, at VVM-redegørelsen er mest præcis i beskrivelsen af hovedforslaget, mens de alternative forslag er beskrevet i forhold hertil. Det fremgår af redegørelsen, at der er miljømæssige fordele ved at placere banen så lavt som muligt og gerne nedgravet, eventuelt overdækket. HUR fandt hovedforslaget miljømæssigt forsvarligt, men lagde ved udformning af regionplanretningslinierne vægt på, at de ikke skulle være til hinder for, at banen kunne sænkes i terræn eller nedgraves på visse strækninger.

At der senere er besluttet miljømæssige forbedringer ved en kombination af de muligheder, der er beskrevet og vurderet i VVM-redegørelsen, bringer efter HUR's opfattelse ikke nye miljømæssige forhold i spil, idet de samlede miljømæssige konsekvenser af den valgte løsning vil fremstå som en kombination af allerede beskrevne miljøkonsekvenser.

HUR har oplyst, at forholdet mellem den valgte kombinationsløsning og hovedforslaget kort kan angives således:

- for strækningen under Øresundsvej svarer de miljømæssige konsekvenser til dem, der er beskrevet for en løsning i åben grav

- for strækningen over Italiensvej mod Hedegaardsvej svarer de til en løsning i terræn
- for strækningen over Hedegaardsvej svarer de til hovedforslaget bortset fra, at dæmningen bliver lidt kortere
- for strækningen fra Vægtergangen mod syd svarer de til en løsning i terræn
- for strækningen under Saltværksvej svarer de til en løsning i åben grav
- for strækningen ved Alléen svarer de til en løsning i terræn
- for strækningen over Skøjtevej til lufthavnen svarer de til hovedforslaget.

Det er HUR's opfattelse, at de samlede miljøkonsekvenser bliver mindre end ved hovedforslaget. Løsningen falder derfor indenfor de rammer, der fremgår af VVM-redegørelsen og de regionplanretningslinier, der muliggør etablering af det mere vidtgående hovedforslag.

HUR har præciseret, at en VVM-redegørelse ikke er en projekt- eller udførelsesbeskrivelse, endsiget et sæt færdige byggetegninger med tekniske specifikationer, men en planlægningsproces, der skal klarlægge de væsentligste miljøpåvirkninger, som et anlæg kan tænkes at have, før der træffes beslutning om detailprojektering og etablering. HUR finder, at det er i overensstemmelse med formålet med VVM-reglerne, at VVM-processen kan medvirke til at afklare mulighederne for miljømæssige forbedringer uden at dette fører til, at der skal gennemføres en ny VVM-proces, fordi den endelige udformning af anlægget er blevet justeret undervejs inden for de allerede beskrevne rammer.

Vedrørende trafikale ændringer har HUR udtalt, at VVM-redegørelsen indeholder en omtale af vejlukninger, specielt ved en løsning med en bane i terræn. Det er anført, at det vil være betænkeligt at reducere antallet af tværforbindelser for meget. Det var dog forudsigeligt, at der i forbindelse med eventuelle miljøforbedringer, kunne blive tale om justering af placering og karakter af de enkelte tværforbindelser. Det er derfor i regionplanretningslinierne fastsat, at der skal bibeholdes mindst det antal tværforbindelser, der fremgår af hovedforslaget.

I forhold til hovedforslaget sker der følgende ændringer:

- Italiensvej lukkes for gennemkørende trafik og bliver til en stiforbindelse
- Vægtergangen ændres fra en sivetunnel til en stitunnel
- Alléen lukkes for gennemkørende biltrafik og bliver til en stitunnel
- Skøjtevej ændres fra en stitunnel til en sivetunnel.

Antallet af tværforbindelser er det samme som i hovedforslaget, men med to færre muligheder for bilkørsel på tværs af banen. Københavns og Tårnby Kommuner, der er vejmyndigheder for de pågældende veje, har tiltrådt ændringerne af projektet og må i den forbindelse have vurderet, at der er mulighed for at flytte trafikken over på de øvrige tværgående veje.

2144

...

Naturklagenævnets sekretariat har foretaget en uformel besigtigelse af områderne omkring metroens 3. etape.

Naturklagenævnets afgørelse

I sagens afgørelse har deltaget samtlige nævnets 10 medlemmer: Per Schou Christiansen (formand), Ole Pilgaard Andersen, Marie-Louise Andreasen, Peter Christensen, Leif Hermann, Mogens Mikkelsen, Jens Steffensen, Anders Stenild, Poul Søgaard og Jens Vibjerg.

Efter planlovens § 58, stk. 1, nr. 4, kan Naturklagenævnet alene tage stilling til retlige spørgsmål i forbindelse med HUR's afgørelser efter planloven. Nævnet kan herunder tage stilling til, om HUR har tilsidesat offentlighedslovens bestemmelser om aktindsigt i

forbindelse med behandling af en sag efter planloven. Det er endvidere et retligt spørgsmål, om HUR ved vedtagelsen af det pågældende regionplantillæg har overholdt planloven og herunder om VVM-redegørelsen opfylder mindstekravene i Miljøministeriets bekendtgørelse nr. 428 af 2. juni 1999 om supplerende regler i medfør af lov om planlægning (samlebekendtgørelsen). Der skal desuden tages stilling til, om de besluttede ændringer af projektet er fyldestgørende dækket af VVM-redegørelsen.

Om projektet i øvrigt er hensigtsmæssigt, herunder om der er behov for anlæg af metroens 3. etape eller, om den snarere bør anlægges ved Amagerbrogade, er udtryk for et skøn, som Naturklagenævnet ikke kan efterprøve.

...

Ad alternativer og valg heraf

Efter samlebekendtgørelsen skal VVM-redegørelsen ikke indeholde en beskrivelse af alle foreslåede alternativer, men alene en oversigt over de væsentligste alternativer, som bygherren har undersøgt og en oversigt over de væsentligste alternativer og alternative placeringer, som herudover har været undersøgt. Naturklagenævnet har tidligere fastslået, at alternativer, herunder også de alternativer, der er foreslået under den forudgående offentlige debat, skal behandles »mere eller mindre indgående«. Det er tilstrækkeligt, at »oversigten« giver offentligheden og politikerne en mulighed for at vurdere det ønskede projekt her hovedforslaget i forhold til andre realistiske alternativer. Afgørende er, om der kan siges at være tilvejebragt det fornødne grundlag for en beslutning. Det kan således ikke kræves, at der foretages en belysning af et stort antal alternativer med forholdsvis få indbyrdes afvigelser. Det kan heller ikke kræves, at den valgte løsning er den miljømæssigt bedste, men alene at det har været muligt at vurdere de miljømæssige konsekvenser.

VVM-redegørelsen indeholder en beskrivelse af forskellige »høringsalternativer«, der ifølge HUR skal vise et spektrum af principielle forslag, med henblik på afklaring af de væsentlige miljømæssige forskelle mellem alternativerne indbyrdes og mellem dem og hovedforslaget. Som anført af HUR, belyser alternativerne forskellige ambitionsniveauer, der kan danne grundlag for et valg af løsning. Det fremgår, at hovedforslaget ikke er den løsning, der giver de færreste miljøgener. Som nævnt kan det imidlertid ikke kræves, at den valgte løsning er den miljømæssigt bedste. Andre hensyn - herunder økonomiske - kan indgå i de politiske vurderinger ved valg af løsning.

Der kan i dette tilfælde ikke stilles krav om beskrivelse af alternative placeringer, der er væsentligt forskellige fra hovedforslaget - f.eks. placering af metroen ved Amagerbrogade - idet en del af grundlaget for metroen er en lov, der fastlægger, at metroens 3. etape skal anlægges fra Amagercentret (nu Lergravsparken) til lufthavnen delvis i Amagerbanens tracé.

Sammenfattende finder Naturklagenævnet, at de opstillede høringsalternativer og beskrivelsen heraf udgør det fornødne grundlag for en vurdering og valg.

...

Ad visualisering, arbejdsmiljø, sikkerhedsforhold og tekniske forslag

...

... Det er heller ikke et krav, at tekniske forslag fremkommet under den offentlige debat om regionplanforslaget skal underkastes en særlig vurdering.

Naturklagenævnet finder på den baggrund ikke, at det er en retlig mangel ved VVM-redegørelsen, at den ikke indeholder de af klagerne ønskede oplysninger.

...

Ad ændringer af projektet

Klagerne finder, at der bør udarbejdes en ny VVM-redegørelse, da forhold vedrørende den nu valgte løsning ikke er tilstrækkeligt belyst. Dette gælder ikke mindst de trafikale forhold.

HUR har redegjort for, hvorledes det ændrede projekt forholder sig til hovedforslaget og de høringsalternativer, som VVM-redegørelsen omfatter.

Naturklagenævnet finder, at der i VVM-redegørelsen er en beskrivelse, der ved en strækningsvis opdeling af projektet og kombination af de forskellige alternativer kan anses for at dække det projekt, som det er besluttet at gennemføre. Selvom redegørelsen ikke indeholder en lige så udførlig beskrivelse og vurdering af de enkelte høringsalternativer som af hovedforslaget, så er der i beskrivelserne fokuseret på de særlige miljømæssige fordele og ulemper, der vil være forbundet med de enkelte alternativer (en fuldt nedgravet bane i 2 varianter, en bane i åben grav i 4 varianter, en delvis nedgravet bane og en bane i terræn), så det er muligt at vurdere de miljømæssige konsekvenser af det pågældende alternativ. Det ville dog have givet et bedre grundlag for

2145

vurderingen, hvis den valgte løsning havde været belyst selvstændigt i VVM-redegørelsen.

I VVM-redegørelsen beskrives de trafikale barriereeffekter og ændringer af trafikmønstret, der vil være forbundet med hovedforslaget. HUR har udtalt, at den besluttede justering af vejstrukturen ikke er så betydende, at den kan udløse behov for en ny VVM-proces.

Det ændrede projekt indebærer i forhold til hovedforslaget, at to af de tværgående veje Italiensvej og Alléen lukkes for biltrafik. Af bilagsrapporten fremgår trafikbelastningen på de pågældende veje samt, hvilken forøgelse af biltrafikken på de to veje, som hovedforslaget må forventes at give anledning til.

Det fremgår således kun indirekte, hvilken trafikbelastning, der efter lukning af Italiensvej og Alléen må forventes overført til de øvrige tværgående veje i området. Hvilke veje, der må forventes at få en væsentlig forøgelse af bil trafikken, og hvor stor denne forøgelse må forventes at blive, er således ikke beskrevet og vurderet. Det er dog nævnt i redegørelsen, at der må påregnes en forøgelse af trafikken på de øvrige tværgående veje ved lukning af Italiensvej og Alléen.

Det er endvidere nævnt, at afstanden mellem de tværgående veje forøges betydeligt - herunder, at afstanden mellem Øresundsvej og Hedegaardsvej er godt og vel 2 km. I redegørelsen er anført, at det vurderes, at etablering af en trafikal barriere af denne længde igennem et sammenhængende byområde ikke vil være hensigtsmæssig. VVM-redegørelsen kan således have givet offentligheden det indtryk, at en løsning, der indebærer lukning af Italiensvej og Alléen for biltrafik, ikke er sandsynlig, når HUR ikke finder den hensigtsmæssig. Offentligheden vil derfor ikke have nogen væsentlig tilskyndelse til under den offentlige debat at argumentere mod lukning af de to veje og forøgelse af trafikken på de øvrige tværgående veje.

Naturklagenævnet finder herefter ikke, at beskrivelsen af, hvilke miljømæssige virkninger en lukning af de to veje vil have for omgivelserne, opfylder samlebekendtgørelsens mindstekrav, jf. bekendtgørelsens bilag 4, punkt 3 og 4. Redegørelsen er således mangelfuld på dette punkt.

Spørgsmålet er herefter, om den konstaterede retlige mangel er så væsentlig, at der skal vedtages et nyt regionplantillæg med tilhørende VVM-redegørelse for det ændrede projekt.

Flertallet finder, at spørgsmålet om de trafikale konsekvenser af en lukning af de to veje skal ses i sammenhæng med projektets samlede omfang og miljømæssige kompleksitet og finder på den baggrund ikke, at den retlige mangel ved VVM-vurderingen er så

væsentlig, at det er fornødent at tage stilling til det ændrede projekt i et nyt regionplantillæg med tilhørende VVM-redegørelse. Der er herved også lagt vægt på, at det fremgår af de vedtagne regionplanretningslinier, at anlægget kan etableres på en dæmning, i terræn eller nedgravet i overensstemmelse med det hovedforslag og de alternativer, der er beskrevet og vurderet i VVM-redegørelsen, blot antallet af tværgående forbindelser i hovedforslaget bibeholdes, og at anlægget indenfor VVM-redegørelsens rammer kan etableres som en kombination af de beskrevne alternativer.

Disse betingelser er opfyldt i det nu besluttede projekt, idet det bemærkes, at det alene er antallet af tværgående forbindelser, der ifølge regionplanretningslinierne skal bibeholdes, mens retningslinierne ikke fastlægger fordelingen på typer, henholdsvis - vej, sti, sivetunnel mv.

Flertallet finder herudover, at VVM-redegørelsen i øvrigt overholder samlebekendtgørelsens mindstekrav.

Mindretallet (Peter Christensen, Leif Hermann, Mogens Mikkelsen og Jens Steffensen) finder at den retlige mangel er så væsentlig, at VVM-redegørelsen ikke udgør et gyldigt grundlag for gennemførelse af det ændrede projekt og at der derfor må gennemføres en ny VVM-procedure.

Naturklagenævnets afgørelse går herefter ud på, at Regionplantillæg nr. 4 til Regionplan 2001, med tilhørende VVM-redegørelse må stå ved magt.«

Den 23. maj 2003 meddelte Københavns Amt Baneselskabet, at amtet havde besluttet at medvirke ved etableringen af 3. etape af metroen i henhold til aftalen af 16. april 2002 mellem Østamagerbaneselskabet og Ørestadsselskabet. Det fremgår af skrivelsen, at beslutningen skete med følgende protokoltilførsel:

»Anbefales, idet der henvises til Amdtsrådets beslutning af 18. april 2002. Hvis der med det økonomisk mest fordelagtige tilbud viser sig mulighed for yderligere miljøforbedringer inden for den samlede anlægsramme på 1.440 mio. kr. ønskes dette gennemført.«

Den 10. marts 2004 afgav Price Waterhouse Coopers en redegørelse til Baneselskabet om Amager Metro Gruppens beregninger vedrørende metroens 3. etape. Til grund for redegørelsen lå blandt andet breve fra Niels Th. Kiær, NTK Consulting, af 9. marts 2002, 14. april 2002, 18. april 2002 og 16. maj 2002. Af redegørelsen fremgår blandt andet:

»1.1 Aftalegrundlag

Denne redegørelse er udarbejdet efter aftale med Østamagerbaneselskabets (ØAB) ejerkreds, Københavns Amt, Københavns Kommune og Trafikministeriet i henhold til kommissorium dateret 5. februar 2004, vedlagt som bilag A.

Som det fremgår af kommissorium er redegørelsen begrænset til:

- Gennemgang af Amager Metro Gruppens (AMG) beregninger over omkostninger ved gennemførelse af

2146

alternativ løsning med nedgravning af bane sammenholdt med de priser, der er opnået i forbindelse med den gennemførte udbudsforretning vedrørende anlægsentreprisen for den vedtagne løsning med bane hovedsageligt i terræn.

- Redegørelse for årsag til eventuel forskel mellem de priser, der indgår i AMG's beregninger og priser i henhold til det kontraherede projekt.

- Redegørelse for om AMG's beregninger er (1) baseret på realistiske mængder samt om (2) de medtager samtlige konsekvenser, herunder konsekvenser for andre berørte offentlige myndigheder.

Dette indebærer, at redegørelsen alene omfatter de dele af bygge- og anlægsarbejderne vedrørende Metroens 3. etape, som direkte berøres af AMG's beregninger.

1.2 Teknisk assistance

Udarbejdelsen af redegørelsen kræver i væsentligt omfang teknisk/ingeniørmæssig indsigt. Med henvisning til kommissorium og efter opdragsgivers godkendelse har PricewaterhouseCoopers derfor indgået aftale med Birch & Krogboe, Rådgivende ingeniører om nødvendig teknisk bistand.

Aftalen indebærer, at Birch & Krogboes engelske samarbejdspartner, ARUP, der er et ledende multidisciplinært rådgivende ingeniør firma på verdensplan, indgår som integreret del af den bistand, der ydes fra Birch & Krogboe.

Redegørelsen er derfor i vidt omfang baseret på det af Birch & Krogboe/ARUP udførte arbejde og de konklusioner, som Birch & Krogboe/ARUP har draget baseret herpå.

Det af Birch & Krogboe/ARUP udførte arbejde er dokumenteret i særskilt redegørelse fra Birch & Krogboe/ARUP, vedlagt denne redegørelse som bilag B. Redegørelsen er bl.a. baseret på en række

vurderinger, forudsætninger mv. af teknisk økonomisk karakter, der forudsætter en teknisk/ingeniørmæssig indsigt og viden. Disse vurderinger og forudsætninger mv. har derfor ikke været underkastet en selvstændig verifikation eller efterprøvelse fra vor side.

2. Sammenfatning

2.1 Resume

AMG har - baseret på det hovedforslag, der blev udarbejdet i 1999 til brug for beslutning om gennemførelse af Metroens 3. etape - udarbejdet to opgørelser:

1. Opgørelse over de meromkostninger, som det vedtagne projekt om anlæggelse af bane i terræn medfører i forhold til det tidligere hovedforslag (i det følgende benævnt »Udbudt Projekt«).

2. Opgørelse over meromkostninger ved alternativ løsning med nedgravning af bane i åben grav i forhold til det tidligere hovedforslag (i det følgende benævnt »Alternative løsning«).

AMG's opgørelser kan summeres som følger:

	<i>DKK mio.</i>
Hovedforslag fra 1999	1.050,0
Meromkostninger ved gennemførelse af det Udbudte projekt	198,4
	<hr/> 1.248,4
Yderligere omkostninger ved gennemførelsen af den Alternative løsning	43,0
Samlet	<hr/> 1.291,4

AMG har således opgjort de yderligere omkostninger ved valg af den Alternative løsning til DKK 43 mio.

Baseret på den gennemgang vi har foretaget i samarbejde med Birch & Krogboe/ARUP vurderes det, at de yderligere omkostninger ved gennemførelsen af den Alternative løsning forøges fra DKK 43 mio. til DKK 287 mio. svarende til en samlet forøgelse på DKK 244 mio.

Såfremt AMG's forudsætning om besparelser på DKK 20 mio. vedrørende tilbud om erhvervelse af ejendomme i 1. række indregnes, andrager de yderligere omkostninger ved gennemførelsen af den Alternative løsning DKK 267 mio. svarende til en forøgelse på DKK 224 mio.

Grundlaget for opgørelsen af de yderligere omkostninger (forskelsbeløb) er beskrevet i nedenstående afsnit 2.2 og kan summeres som følger (1999 priser):

	<i>DKK mio.</i>
• Tilpasning af banestrækning, hvorved beregnede omkostninger i det Udbudte projekt reduceres med større beløb end den Alternative løsning, samt korrektion for manglende overensstemmelse mellem enhedspriser anvendt af AMG's i de to opgørelser	+40
• Meromkostninger til afsætnings- og vigespor, flytning af teknikum med afledet krav om ekspropriation, samt omkostninger til fjernelse af forurenede jord, der samlet resulterer i meromkostninger ved gennemførelse af den Alternative løsning på	+65
• Meromkostninger i den Alternative løsning nødvendiggjort af de geotekniske forhold herunder kote for grundvand og krav om jordankre	+12
	<hr/>
• Regulering af enhedspriser for betonarbejder som vurderes for lavt sat af AMG i de to opgørelser	+21
• Meromkostninger til nødvendige yderligere ledningsarbejder i den Alternative løsning	+56
• Afledte omkostninger bl.a. i form af tilsyn og rådgiverbistand, som følge af fordyrelsen af anlægsprojekt - af Birch & Krogboe/ARUP skønnet til	+30
	<hr/> +224
• Yderligere forøgelse såfremt AMG's forudsætning om besparelser vedrørende tilbud om erhvervelse af ejendomme i 1. række ikke indregnes i den Alternative løsning.	+20
<i>Samlet forøgelse af forskelsværdi mellem de to opgørelser</i>	<hr/> 2147
 2.2 Grundlag for opgørelse af forskelsbeløb	
Det af AMG opgjorte forskelsbeløb på DKK 43 mio. kan opdeles i følgende elementer:	
	<i>DKK mio.</i>
• Yderligere bygge- og anlægsomkostninger ved gennemførelse af AMG's Alternative løsning	83
• Bortfald af omkostninger til særlig miljøpulje Københavns Kommune, der indgår i det Udbudte projekt	-20
• Bortfald af omkostninger vedrørende tilbud om overtagelse af ejendomme beliggende i 1. række, der indgår i det Udbudte projekt	-20
	<hr/>

Forskelsbeløb ifølge AMG's opgørelser 43 Resultatet af denne gennemgang er gengivet i redegørelse fra Birch & Krogboe/ARUP har foretaget en teknisk og økonomisk vurdering af AMG's opgørelser af omkostninger i de to alternativer. Resultatet af Birch & Krogboe/ARUP's gennemgang er opsummeret i det efterfølgende.

<i>Omkostninger der vedrører ØAB's anlægsbudget</i>	<i>DKK mio.</i>
1. Yderligere omkostninger til bygge- og anlægsarbejder ved gennemførelse af AMG's Alternative løsning, jf. Bilag B afsnit 2 - Opsummering	193,7
2. Yderligere omkostninger til ledningsarbejde, jf. punkt 5 nedenfor	28,0
3. Krav om ekspropriation af yderligere arealer til brug for teknikum og rampe ca. 6000 m ² ., jf. Bilag B afsnit 2 - Opsummering. ØSS skønner omkostningerne til denne ekspropriation til DKK 7 til 8 mio. baseret på arealernes placering og nuværende anvendelse - medtaget med	7,5
4. Afledte omkostninger, som følge af den højere anlægsudgift herunder tilsyn, anden rådgivningsbistand mm. jf. Birch & Krogboe/ARUP's opsummering	30,0
<i>Samlet effekt på ØAB's anlægsbudget</i>	<u>259,2</u>
<i>Udgifter for andre offentlige myndigheder</i>	
5. Ledningsarbejder udføres i regning af de pågældende ledningsejere. Birch & Krogboe/ARUP har, jf. Bilag B afsnit 2 Opsummering, opgjort de økonomiske konsekvenser af nødvendige yderligere ledningsarbejder ved gennemførelse af den Alternative løsning til DKK 56 mio. I overensstemmelse med ØAB's skøn er den del, der skal dækkes af ØAB (50%) medtaget under punkt 2 ovenfor, medens den del, der skal dækkes af andre offentlige myndigheder andrager	28,0
<i>Yderligere omkostninger ved gennemførelse af den Alternative løsning i alt</i>	<u>287,2</u>

Birch & Krogboe/ARUP har i deres redegørelse under afsnit 2 Opsummering detaljeret redegjort for årsagerne til, at bygge- og anlægsomkostninger forøges fra DKK 83 mio. til DKK 193,7 mio.

Som beskrevet i afsnit 4.4.1 nedenfor har AMG's Alternative løsning en forudsætning om en besparelse på DKK 20 mio., som følge af bortfald af omkostninger vedrørende overtagelse af ejendomme i 1. række.

Vi har som anført i afsnit 4.4.1 ikke mulighed for at vurdere, om denne forudsætning vil være gældende.

Indregnes denne besparelse, som forudsat af AMG, andrager de yderligere omkostninger ved gennemførelse af den Alternative løsning DKK 267,2 mio.

2.3 Samlet opgørelse af forskelsbeløb

Yderligere omkostninger ved den Alternative løsning er jf. ovenfor opgjort til DKK 287 mio. (afrundet) alternativt DKK 267 mio., hvor meromkostningerne af AMG til sammenligning er opgjort til DKK 43 mio. svarende til en samlet forøgelse på DKK 244 mio. alternativt DKK 224 mio.

Som det fremgår af afsnit 3 »Princip for undersøgelsen« i Birch & Krogboe/ARUP's redegørelse er det accepterede tilbud ved den gennemførte udbudsforretning bygget således op, at alle bygge- og anlægsarbejder præsenteres som en »lump sum«. Det har derfor ikke været muligt direkte at sammenligne enhedspriser fra tilbuddet med enhedspriser fremlagt af AMG.

For at sikre, at de enhedspriser, der anvendes i de tilrettede opgørelser er i overensstemmelse med priserne i den gennemførte udbudsforretning, har Birch & Krogboe/ARUP i afsnit 5.10 i deres redegørelse sammenholdt den af Birch & Krogboe/ARUP tilrettede beregning af prisen for det Udbudte projekt med den aktuelle samlede pris for det samme arbejde i henhold til den gennemførte udbudsforretning. Sammenholdelsen viser, at den tilrettede pris for det Udbudte projekt stort set er i overensstemmelse med det opnåede tilbud.

...«

2148

Den 20. marts 2004 skrev Niels Th. Kiær til medlemmerne af Borgerrepræsentationen i Københavns Kommune vedrørende sin vurdering af forsinkelsen ved en omprojektering m.v. blandt andet følgende:

»Til Medlemmerne af Borgerrepræsentationen i Københavns Kommune

Omprojektering af Østamager Metro forsinket kun 5 - 6 mdr. (ikke 2 år) og koster kun 100 - 150 mio. (ikke 500 mio.)

I henhold til oplysninger i pressen skulle stop af det udbudte projekt og omprojektering til den alternative AMG/NTK løsning koste 500 mio.

Det første afgørende spørgsmål vedr. denne ændring er imidlertid om, hvor lang tid der vil gå før arbejdet igen kan påbegyndes i marken og dernæst om, hvor store stop og startudgifterne bliver.

Ørestadsselskabets svar på disse spørgsmål er et skrækscenario, der bygger på gale forudsætninger. Den værste er, »at det vurderes at en forsinkelse på 2 år er realistisk«.

Denne melding er netop ikke realistisk, men den giver straks anledning til tænkte vanskeligheder og dermed voldsomme erstatningsbeløb på en lang række aktiviteter. Det er derfor et meget vigtigt spørgsmål, der bør tages seriøst.

Men hvor meget kan denne forsinkelse gå ned til? *Svaret er 5 til 6 måneder*

...

Hvor stor er »stopprisen«?

Når der kun går 5 - 6 mdr. (eller 4-5 mdr.) før arbejdet er i gang igen, bliver alle de store tal til options minimeret til en brøkdæl, de samme aftaler kan jo føres videre.

Det store erstatningsbeløb til entreprenørerne skal også tages med et gran salt. Der skal efter dansk lov kun betales erstatning for dokumenteret tab og det vil ligge nede i et helt andet niveau. El - entreprisen kan muligvis også efter forhandling føres videre medens den annullerede kontraktsum for alle Civil Works kun er på 368,9 mio.

Sammenlagt er det en meget realistisk vurdering, at det samlede »stopbeløb« kan gå ned fra 500 til 100 -150 mio. dvs. til en fjerdedel.

Budgettet

Det samlede anlægsprojekt vil med den grundlæggende budgetdel fra Ørestadsselskabet tillagt AMG's nedgravningsdel taget fra svarskrivelsen til undersøgelsesrapporten til Trafikministeren dateret 18. marts 2004, se vedlagte korte version, i alt være 1.328,5 + 125 eller 1.453,5 mio. eller tæt på budgettet . . .«

Procedure

Amager Metro Gruppen har vedrørende den ændrede påstand anført, at forberedelsen af sagen endnu ikke er afsluttet. Retsplejelovens § 363 finder derfor ikke anvendelse. Så længe forberedelsen ikke er afsluttet, kan påstande og anbringender udvides og ændres. Det har været nødvendigt for Amager Metro Gruppen at ændre påstanden, da Baneselskabet har tilkendegivet i sit svarskrift, at selskabet ikke havde i sinde at følge en eventuel dom i overensstemmelse med påstanden i den oprindelige form, da denne ikke ville pålægge Baneselskabet at iværksætte en yderligere nedgravning af banen. Påstanden er derfor ændret, således at Baneselskabets handlepligt nu er konkretiseret og påstanden er derfor egnet til at indgå i en domskonklusion. Der er ikke grundlag for afvisning, og sagens forberedelse må fortsætte.

Amager Metro Gruppen har vedrørende spørgsmålet om *retlig interesse* anført, at gruppen repræsenterer borgerne, der bor langs med banen. Disse borgere har individuelle og væsentlige interesser i, at banen graves ned. Huspriserne må antages at falde, ligesom borgernes livskvalitet vil forringes, såfremt banen ikke graves ned.

De direkte berørte borgere har fornøden retlig interesse, i og med at de er tillagt administrativ klageadgang i forhold til grundlaget for Baneselskabets projekt. I medfør af planlovens § 58 kunne Amager Metro Gruppen og andre borgere således klage til Naturklagenævnet over vedtagelsen af regionsplanen med tilhørende VVM-redegørelse.

Retspraksis viser endvidere en øget tendens til, at borgerne gives adgang til at anlægge søgsmål i sager af generel og indgribende betydning. Et eksempel er dommen, gengivet i UfR 1996.1300 H, hvor Højesteret fandt, at en række borgere havde fornøden retlig interesse i et søgsmål imod statsministeren med påstand om, at loven om Danmarks tiltræden af Traktaten om Den Europæiske

Union var i strid med grundlovens § 20. Foreninger af borgere antages ligeledes i videre omfang at have søgsmålskompetence, jf. UfR 1994.780 ØLK.

Projektet vedrørende metroens 3. etape har ikke været udbudt i omvendt licitation og er ikke gennemført i overensstemmelse med de politiske beslutninger, der er truffet. Københavns Amt kontrollerede ikke, at forudsætningerne om det bedst mulige miljømæssige resultat blev overholdt. Når de herved stedfundne fejl får direkte og indgribende betydning for de berørte borgere, må borgerne som de eneste tilbageværende interesserede i det mindste have processuel adgang til og mulighed for at påvirke projektets udfald.

Endelig har Danmark ved sin tilslutning til Århus-konventionen (Konventionen om adgang til oplysninger, offentlig deltagelse i beslutningsprocesser samt adgang til klage og domstolsprøvelse på miljøområdet) forpligtet sig til at give borgerne videre adgang til

2149

deltagelse i beslutningsprocesser samt adgang til klage og domstolsprøvelse på miljøområdet. I konventionens præambel anerkendes det, at enhver person har ret til at leve i et miljø, der er passende for hans eller hendes sundhed og trivsel og har pligt til både enkeltvis og i forening med andre at beskytte og forbedre miljøet til gavn for nulevende og kommende generationer. Det følger af konventionens artikel 3 og artikel 9, stk. 2, at enhver borger skal have adgang til information, ret til at deltage i beslutningsprocesser og adgang til klage og domstolsprøvelse på miljøområdet.

Vedrørende begæringen om, at søgsmålet tillægges *opsættende virkning*, har Amager Metro Gruppen anført, at Baneselskabet kun kan have økonomiske interesser i at modsætte sig, at anlægsarbejdet indstilles, medens sagen verserer, og en sådan interesse kan ikke tillægges nogen afgørende betydning.

Den skade, som gruppens medlemmer vil blive påført, er derimod alvorlig og måske uoprettelig, hvis gruppen senere måtte få medhold i sin påstand, og metroens 3. etape i mellemtiden er gennemført. Det må antages, at metroens 3. etape på det endelige domstidspunkt vil være anlagt, eller at anlæggelsen vil være nået så langt, at et værdisblessyn vil medføre, at Baneselskabet alligevel ikke vil blive pålagt at nedgrave metroen. En sådan skade kan ikke kompenseres ved økonomisk erstatning.

Endelig er der rimelig grund til at tro, at gruppen vil få medhold i sin påstand.

Baneselskabets projekt hviler på et spinkelt grundlag, idet Naturklagenævnet den 18. marts 2003 kun med det mindst mulige flertal tiltrådte HUR's vedtagelse af projektet i Regionplantillæg 4 med tilhørende VVM-redegørelse. Blandt andre har Amager Metro Gruppen i den anledning anlagt sag imod Naturklagenævnet for at få kendt nævnets afgørelse vedrørende regionplantillægget ugyldig, og der er god grund til at tro, at man vil få medhold i påstanden.

Sagsøgte, Baneselskabet, har alene fremlagt notatet af 17. maj 2001 fra COWI som dokumentation for, hvad det vil koste at anlægge banen henholdsvis efter hovedforslaget og efter høringalternativerne. Notatet er ensidigt indhentet, og Amager Metro Gruppen har tilbagevist COWI's tal ved de af Niels Th. Kiær foretagne beregninger. Ifølge Niels Th. Kiær's beregninger vil det kunne lade sig gøre at foretage en delvis nedgravning af banen inden for anlægsrammen på 1.440 mio. kr.

Det må komme Baneselskabet til skade, at selskabet hidtil har tilbageholdt væsentlige oplysninger om de økonomiske beregninger, der ligger til grund for det valgte projekt. Dokumentationen vedrørende de budgetterede anlægsomkostninger og

udbudsmateriale, kontraktforhold m.v. er ganske begrænsede og mangelfulde.

Det må lægges til grund, at Baneselskabet ikke som forudsat af Københavns Amt har udbudt projektet i omvendt licitation. At projektet ikke blev udbudt i omvendt licitation, understøttes af, at Baneselskabet i sit svarskrift anførte, at en ændring af projektet i form af yderligere nedgravning formentlig vil nødvendiggøre et fornyet udbud. Det fremgår endvidere af Baneselskabets prækvalifikationsmateriale, at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud og ikke som forudsat af Københavns Amt det miljømæssigt mest fordelagtige.

Endelig følger det af den ovenfor omtalte Århus-konvention, at domstolene ved begæring om, at søgsmål tillægges opsættende virkning, bør tage hensyn til, om borgerne udsættes for miljømæssige gener. I konventionens artikel 9, stk. 4, anføres således, at der skal stilles »... tilstrækkelige og effektive retsmidler til rådighed, inklusive foreløbige retsmidler, hvor dette findes passende, der skal være rimelige og retfærdige, betimelige og ikke uoverkommeligt dyre.«

For så vidt angår Baneselskabets påstand om, at eventuel opsættende virkning kun bør meddeles imod en *sikkerhedsstillelse*, har Amager Metro Gruppen anført, at kravet herom er ulovhjemlet, og at der hverken i retspraksis eller den juridiske litteratur er støtte for at pålægge gruppen at stille sikkerhed.

Baneselskabet har endvidere ikke dokumenteret, at en standsning vil kunne medføre et tab, endsiige et tab af den af Baneselskabet påståede størrelsesorden.

Det er reelt umuligt for borgerne bag Amager Metro Gruppen at opfylde et krav om sikkerhedsstillelse på 100 mio. kr. Baneselskabet forsøger dermed via kravet om sikkerhedsstillelse at undgå retsvirkningerne af et pålæg om at standse anlægsarbejdet.

Det vil være uforeneligt med Århus-konventionen, såfremt domstolene betinger påbud om standsning af arbejdet med en sikkerhedsstillelse i denne størrelsesorden.

Østamagerbaneselskabet I/S har til støtte for påstanden om, at Amager Metro Gruppens påstand afvises i den ændrede form, anført, at sagens forberedelse må anses for afsluttet.

Herefter finder retsplejelovens § 363 anvendelse, og en udvidelse af påstanden kan, når modparten protesterer, kun tillades af retten, når »det af særlige grunde må anses for undskyldeligt, at ændringen af påstanden eller fremsættelse af nye anbringender ikke er sket inden domsforhandlingen.«

Det er på ingen måde undskyldeligt, at Amager Metro Gruppen ændrer sin påstand kort før deldomsforhandlingen.

Baneselskabet har herudover til støtte for påstanden om afvisning anført, at påstanden bør afvises, fordi den hverken i sin oprindelige eller i sin ændrede form er egnet til at indgå i en dom som domskonklusion, jf.

2150

blandt andet UfR 2002.418 H. I påstanden indgår variableerne »videre omfang« og »i overensstemmelse hermed«, og påstanden indeholder ikke en tilstrækkelig konkretisering af den handlepligt, som Amager Metro Gruppen ønsker fastslået.

Baneselskabet har videre anført, at Amager Metro Gruppen ikke har en *retlig interesse* i at opnå en dom i overensstemmelse med den nedlagte påstand, fordi gruppen ikke er rettighedssubjekt i forhold til Københavns Amts beslutning af 16. maj 2001, som gruppen påberåber sig til støtte for kravet om yderligere nedgravning.

Københavns Amts beslutning er af en karakter, hvor amtet selv har kunnet påse, om det gennemførte udbud vedrørende entreprisarbejderne svarede til de opstillede forudsætninger. Det fremgår af § 1, stk. 3, 5 og 8, i lov om Ørestaden, at amtets

repræsentanter i Østamagerbaneselskabets bestyrelse har vetoret for så vidt angår bestyrelsens afgørelser vedrørende offentligt udbud. Amtets tekniske direktør, Jørgen Gettermann, har endvidere adgang til at deltage i samtlige bestyrelsesmøder, således som amtet begærede det ved tilsagnet om medvirken til projektet den 17. maj 2001.

Det er ikke muligt for en beboergruppe at overtage amtets kontrol med overholdelsen af amtets forudsætninger under en retssag mod Baneselskabet, hvor Københavns Amt selv er interessent.

Amtets tilkendegivelser om medvirken med udgangspunkt i gennemførelse af det bedst mulige anlægsprojekt kan ikke betragtes som et 3.-mandsløfte, som Amager Metro Gruppen kan støtte ret på.

Vedrørende Amager Metro Gruppens begæring om *opsættende virkning* har Baneselskabet anført, at Baneselskabets interesser i at gennemføre projektet, der binder hele infrastrukturen i København sammen, vejer tungere end Amager Metro Gruppens interesser i at standse projektet.

Det vil være forbundet med store omkostninger for Baneselskabet, såfremt anlægsarbejdet standses nu. Der vil gå i hvert tilfælde to år, før den endelige afgørelse af sagens realitet kan forventes at foreligge, såfremt anlægsarbejdet standses i denne periode, vil der skulle foretages helt nye udbudsrunder, og omkostningerne vil forøges væsentligt. Budgetterne for projektet er udarbejdet ud fra forudsætningen om, at metroens 3. etape anlægges i sammenhæng med udbygningen af hele metronettet. Det er vurderet, at tabet ved at udskyde projektet vil være mindst 100 mio. kr., hvilket begrunder størrelsen af den begærede sikkerhedsstillelse.

Amager Metro Gruppen vil ikke lide nogen uoprettelig skade, såfremt søgsmålet ikke tillægges opsættende virkning. Loven om Ørestaden er en ekspropriationslov, hvilket støttes af Kommissarius' bemærkninger til forhandlingsprotokollen i forbindelse med ekspropriationsforretningerne den 13., 14. og 15. maj 2003. Såfremt Amager Metro Gruppen måtte få medhold i sin påstand ved sagens realitetsbehandling, vil en eventuel skade, som følge af at anlægsarbejdet i mellemtiden er udført, kunne opgøres og erstattes økonomisk som ved enhver anden ekspropriation.

Det gøres endelig gældende, at Amager Metro Gruppen ikke har sandsynliggjort, at proceskravet i hovedsagen er velbegrundet.

Baneselskabets projekt er det bedst mulige inden for de økonomiske rammer, der er fastsat for projektet. Baneselskabet har fulgt EU's bygge- og anlægsguidelinier i forbindelse med udbudsforretningerne. Det bestrides, at formuleringen i prækvalifikationsmaterialet kan tages til udtryk for, at der ikke har været tale om omvendt licitation.

Til støtte for Baneselskabets påstand om, at Amager Metro gruppen skal *stille sikkerhed* på 100 mio. kr., såfremt begæringen om opsættende virkning imødekommes, har Baneselskabet anført, at hjemmelen hertil ligger i forholdets natur. Krav om sikkerhedsstillelse er endvidere anerkendt i retsplejelovens § 644, stk. 1, når der er tale om fogedforbud, og kendes også i EU-retten regler om foreløbige forholdsregler/opsættende virkning. Danmarks tiltrædelse af Århus-konventionen har ikke ændret herved.

Landsrettens begrundelse og resultat:

Da forberedelsen af sagen til realitetsbehandling ikke er afsluttet, og da sagsøgte har haft tilstrækkelig mulighed for at varetage sine interesser, er der ikke grundlag for at nægte Amager Metro Gruppen at ændre påstanden som ønsket, uanset at ændringen er sket kort før deldomsforhandlingen.

Amager Metro Gruppens påstand er en fuldbyrdelsespåstand. Gruppen ønsker at få dom for, at Baneselskabet skal tilpligtes at lade metroens 3. etape nedgrave »i videre omfang« end i det

foreliggende projektforslag og lade metroens 3. etape nedgrave »i overensstemmelse hermed«. Denne påstand har ikke en sådan klarhed eller bestemtthed, at den er egnet til at indgå i en domskonklusion. En domskonklusion, der følger Amager Metro Gruppens påstand, vil ikke kunne fuldbyrdes efter sit indhold.

Allerede som følge heraf tager landsretten Baneselskabets påstand om afvisning til følge.

Statskassen skal inden 14 dage betale 100.000 kr. i sagsomkostninger til sagsøgte, Østamagerbaneselskabet I/S.

Højesteret

Højesterets dom.

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 6. afdeling den 4. november 2004.

2151

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Peter Blok, Per Walsøe, Lene Pagter Kristensen, Niels Grubbe og Vibeke Rønne.

Påstande

Appellanten, Amager Metro Gruppen, har nedlagt følgende påstande:

1. Landsrettens dom ophæves, og sagen hjemvises til realitetsbehandling af den for landsretten nedlagte påstand.

2. Søgsmålet tillægges opsættende virkning, således at indstævnte, Østamagerbaneselskabet I/S, skal standse anlæggelsen af metroens 3. etape fra nord for Italiensvej, 2300 København S, til Skøjtevej, 2770 Kastrup.

Østamagerbaneselskabet I/S har over for påstand 1 påstået stadfæstelse. Over for påstand 2 har Baneselskabet påstået principalt, at begæringen om opsættende virkning ikke tages til følge, subsidiært at den tages til følge mod en sikkerhedsstillelse på 100 mio. kr.

Højesterets begrundelse og resultat

Efter 1. led i Amager Metro Gruppens påstand skal Østamagerbaneselskabet I/S anerkende, »at der inden for anlægsrammen (budgettet) for metroens 3. etape på kr. 1.440.000.000 kan ske nedgravning i videre omfang end i det foreliggende projektforslag«.

En afgørelse herom ville alene angå et faktisk forhold og ville ikke i sig selv have betydning for parternes retsstilling. Amager Metro Gruppen har derfor ikke retlig interesse i eventuelt at få medhold alene i denne del af påstanden.

Ifølge påstandens 2. led skal Baneselskabet »lade metroens 3. etape nedgrave i overensstemmelse hermed«, hvilket efter påstandens 1. led vil sige »i videre omfang« end i det foreliggende projekt. Nedgravning »i videre omfang« kan ske såvel ved nedgravning over en længere strækning som ved nedgravning til en større dybde. Blandt andet af denne grund finder Højesteret, at påstanden rummer en sådan uklarhed og ubestemtthed, at den ikke er egnet til at danne grundlag for behandling af sagen.

Højesteret tiltræder herefter, at landsretten har afvist sagen, og stadfæster derfor dommen.

Thi kendes for ret:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal statskassen betale 50.000 kr. til Østamagerbaneselskabet I/S.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse.

U.2011.2646H

Ikke generel tilsidesættelse af aktieavancebeskatningsordning, der indeholdt EU-retsstridige elementer.

EU-ret 2 - Skatter 55.9.

- ♦ I august 1998 ophørte A's fulde skattepligt til Danmark pga. flytning til Frankrig. På fraflytningstidspunktet var A hovedaktionær i et aktieselskab, som blev afviklet i december 1998 ved en solvent likvidation. A blev i indkomståret 1998 beskattet af en urealiseret avance på aktierne i selskabet, idet den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 13 a indebar, at fortjeneste på aktier, som var ejet på fraflytningstidspunktet, skulle beskattes i samme omfang, som hvis aktierne var afstået på dette tidspunkt. Der var til beskatningsordningen knyttet en mulighed for, at skattemyndighederne kunne give henstand med skattebetalingen, dog betinget af sikkerhedsstillelse og betaling af et tillæg. A oplyste, at bl.a. kravet om sikkerhedsstillelse, som Skatteministeriet, S, erkendte var i strid med EF-Traktatens artikel 43 om fri etableringsret, var årsag til hans beslutning om at afstå aktierne ved likvidation af selskabet. A nedlagde under sagen påstand om, at S skulle anerkende, at hans aktieindkomst for indkomståret 1998 skulle nedsættes med et beløb svarende til den urealiserede avance på aktierne, idet A gjorde gældende, at § 13 a var i strid med EU-Traktatens artikel 43. Højesteret frifandt S. Højesteret fandt med henvisning til EU-Domstolens praksis, at beskatningsordningen efter den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 13 a forfulgte et formål af almen interesse og var egnet til at sikre virkeliggørelsen af dette formål. Det forhold, at den i øvrigt lovlige beskatningsordning indeholdt visse elementer, der gik ud over, hvad der var nødvendigt for at opfylde formålet, og som derfor var EU-retsstridige, kunne ikke medføre, at hele ordningen blev tilsidesat, men kun at de EU-retsstridige elementer skulle tilsidesættes. Dette resultat måtte fastholdes, selv om skatteyderen for at undgå sikkerhedsstillelse og skattetillæg valgte at afstå aktierne, her ved likvidation. Det forhold, at der muligt er andre ulemper knyttet til beskatningsordningen - f.eks. i henseende til omstrukturering og succession - kunne ikke føre til et andet resultat for så vidt angik beskatningen af A, der ikke efter det oplyste havde været berørt af sådanne mulige ulemper.¹

H.D. 23. juni 2011 i sag 469/2007 (1. afd.)

A (adv. Claus Ulrik Holberg, Kbh., besk.)
mod

Skatteministeriet (Km.adv. v/adv. Kim Lundgaard Hansen, Kbh.).

Østre Landsret

Østre Landsrets dom 24. september 2007 (14. afd.), B-1143-06

(B.O. Jespersen, Bloch Andersen, Harald Micklander (kst.))

Denne sag drejer sig om, hvorvidt en forhøjelse af sagsøgeren, A's, aktieindkomst for indkomståret 1998 med 4.020.714 kr., svarende til den urealiserede avance på sagsøgerens aktier i A A/S, og som er gennemført med hjemmel i den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 13 a, strider mod EF-traktatens artikel 43 om den frie etableringsret.

Under sagen, der er anlagt den 7. april 2006, har A nedlagt påstand om, at sagsøgte, Skatteministeriet, tilpligtes at anerkende, at A's aktieindkomst for indkomståret 1998 nedsættes med 4.020.714 kr., svarende til den urealiserede avance på A's aktier i A A/S.

Skatteministeriet har nedlagt påstand om frifindelse.

Sagsfremstilling.

Det fremgår af de foreliggende oplysninger, at A's fulde skattepligt til Danmark ophørte den 15. august 1998 i forbindelse med fraflytning til Frankrig.

På fraflytningstidspunktet var A hovedaktionær i A A/S i likvidation, - - -. Selskabet var trådt i solvent likvidation pr. 1. juli 1998. Selskabet ophørte pr. 2. december 1999.

Skatteforvaltningen fastsatte vedrørende indkomståret 1998 A's skattemæssige avance på aktier i A A/S til 5.138.039 kr. A påklagede skatteansættelsen. Under Landsskatterettens behandling af sagen indgik A den 14. januar 2001 aftale med Birkerød Kommune om, at kommunen satte inddrivelsen af skyldig skat og arbejdsmarkedsbidrag for 1998 på i alt 2.496.492 kr. i bero på Landsskatterettens afgørelse, på betingelse af at A senest den 31. januar 2002 indbetalte 1 mio. kr. Aftalen havde ikke indflydelse på beregningen af morarenter. Aftalen blev bragt i stand, som følge af at A ikke kunne stille sikkerhed for skatterestancen.

Ved kendelse af 9. december 2005 fandt Landsskatteretten, at A var skattepligtig i indkomståret 1998 af en urealiseret avance på aktier i A A/S med 4.020.714 kr. Landsskatteretten fandt ikke, at A var omfattet af den personkreds, der var beskyttet gennem bestemmelserne i EF-traktatens artikel 39 og 43.

Der er under denne sag enighed mellem parterne om, at A's urealiserede aktieavance udgjorde 4.020.714 kr., og at A er omfattet af den personkreds, der kan påberåbe sig EF-traktatens artikel 43. Der er endvidere enighed

2647

om, at kravet om sikkerhedsstillelse som betingelse for henstand med betaling af skattekravet var i strid med EU-retten.

Forklaringer

Der er under sagen afgivet partsforklaring af A.

A har forklaret blandt andet, at han erhvervede den sidste halvdel af aktierne i A A/S i 1985. I den forbindelse forpligtede han sig til at yde sine forældre en livsvarig pension på 100.000 kr. om året. Aktierne blev stillet som sikkerhed for denne forpligtelse. Han havde som følge heraf ikke aktiver, der kunne stilles som sikkerhed for skattekravet, da han flyttede til Frankrig i 1998. For at kunne betale skattekravet måtte han likvidere selskabet, selv om det skete på et økonomisk uheldsmæssigt tidspunkt.

Retsgrundlaget.

EF-traktatens artikel 43 har følgende ordlyd:

»Artikel 43. Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.

¹ FT 1986-87, till. A, sp. 4451-54 og 4458-67, EU-Domstolens dom af 11. marts 2004 i sag C-9/02, sammes dom af 7. september 2006 i sag C-470/04 med Generaladvokatens forslag til afgørelse af 30. marts 2006, Jan Pedersen m.fl.: Skatteretten 3, 4. udg. (2006), s. 414-19, 451-55 og 473-89, Jane Bolander i Skat Udland 2009,157 og Jens Ravnkilde i Skattepolitisk Oversigt 2011/3, s. 151.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 48 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.«

Aktieavancebeskatningslovens § 13 a blev indsat ved lov nr. 310 af 25. maj 1987 om ændring af aktieavancebeskatningsloven, ligningsloven og lov om særlig indkomstskat (Aktieavancebeskatning ved fraflytning m.v.). Bestemmelsens stk. 1, 1. pkt., stk. 3, stk. 4, 1. pkt., og stk. 5, 1.- 4. pkt., havde følgende ordlyd:

»§ 13 a. Ophører en persons skattepligt efter kildeskattelovens § 1 som følge af fraflytning, eller bliver en person efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst hjemmehørende i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland, skal fortjeneste på aktier m.v., som den pågældende ejer på tidspunktet for skattepligtsophøret eller flytningen af skattemæssigt hjemsted, beskattes i samme omfang, som hvis aktierne var afstået på dette tidspunkt. . . .

Stk. 3. Ved opgørelsen af den skattepligtige fortjeneste efter stk. 1 anses aktierne for afstået for et beløb svarende til værdien på tidspunktet for skattepligtsophøret eller flytningen af skattemæssigt hjemsted. Tab, der kan fradrages efter lovens almindelige regler, kan dog kun fradrages i fortjeneste på andre aktier, der er omfattet af stk. 1.

Stk. 4. Reglerne i stk. 1-2 gælder kun for personer, der har været skattepligtige efter kildeskattelovens § 1 eller § 2, stk. 1, litra d, og for selskaber m.v., der har været skattepligtige efter selskabsskatteovens § 2, stk. 1, litra a, i en eller flere perioder på i alt mindst 5 år inden for de seneste 10 år for skattepligtsophøret eller flytningen af skattemæssigt hjemsted. . . .

Stk. 5. Amtsskatteinspektoratet, i Københavns og Frederiksberg kommuner dog skattedirektoratet, kan imod sikkerhed give henstand med betaling af skatter pålynet efter stk. 1. Henstandsbeløbet forfalder til betaling, når aktierne afstås eller aktionæren dør. Henstandsbeløb, der ikke er særlig indkomstskat, fragår i den slutskat, der indgår i årsopgørelsen efter kildeskattelovens §§ 60-62, jf. § 62 A. Der beregnes et tillæg til henstandsbeløbet fra forfaldstid for skatten pålynet efter stk. 1, indtil henstandsbeløbet forfalder. . . .«

Om baggrunden for ændringsloven fremgår det af lovforslagets almindelige bemærkninger, Folketingstidende 1986-87, tillæg A, sp. 4451 ff., blandt andet:

»1. Lovens formål

Forslaget er et led i aftalen af 19. juni 1985 mellem regeringspartierne (Det Konservative Folkeparti, Venstre, Centrum-Demokraterne og Kristeligt Folkeparti), Socialdemokratiet og Det Radikale Venstre om en skattereform.

Ifølge denne aftale skal der gennemføres regler, der modvirker skatteflugt. Det skal ved disse regler tilstræbes, at indtægt, der optjenes her i landet, også beskattes her. Det skal indgå heri, at også urealiserede avancer og skattecredit på indtægt, der er optjent her, bliver beskattet i forbindelse med fraflytning. De ændrede regler skal tillige begrænse mulighederne for at undgå beskatning gennem udnyttelse af forskelle i de enkelte landes skatteregler.

. . .

5. Forslagets administrative og provenumæssige virkninger

. . .

Lovforslagets væsentligste formål er imidlertid at imødegå skattetænkning i forbindelse med fraflytning og med udlæg af aktier til udenlandske arvinger, og forslaget antages herved at modvirke ikke ubetydelige provenutab. . . .«

I bemærkningerne til de enkelte bestemmelser er det vedrørende § 13 a i sp. 4461 blandt andet anført:

»E. Formålet med den foreslåede lovændring er, at der i forbindelse med fraflytning skal ske beskatning af aktieavancer, der er optjent, mens aktionæren har været skattepligtig her til landet. . . .«

Aktieavancebeskatningslovens § 13 a, stk. 5, blev ændret ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 om ændring af forskellige skattelove. Efter ændringen kan der efter kildeskattelovens § 73 E gives rentefri henstand med

2648

betaling af skatter beregnet efter § 13 a, stk. 1 (nu aktieavancebeskatningslovens § 38, stk. 1).

Den 11. marts 2004 afsagde EF-domstolen dom i du Saillant-sagen (C-9/02), der vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en fransk fraflytningsbeskatningsregel (code général des impôts artikel 167a) var i strid med EF-traktatens artikel 52 (nu artikel 43). Af dommen fremgår blandt andet:

»46 En skattepligtig, der i forbindelse med udøvelsen af den ret, som han er sikret ved traktatens artikel 52, ønsker at flytte sit hjemsted fra det franske område, behandles således ufordelagtigt i forhold til en person, der beholder sin bopæl i Frankrig. Den skattepligtige skal nemlig, alene på grund af fraflytningen svare skat af en indkomst, som han endnu ikke har realiseret og derfor ikke har rådighed over, hvorimod avancen, hvis han forblev i Frankrig, først ville blive beskattet, når - og i det omfang - den faktisk blev realiseret. Denne forskel i behandlingen med hensyn til aktieavancebeskatning, der kan have betydelige konsekvenser for den skattepligtiges formue i tilfælde af, at den skattepligtige ønsker at flytte sit hjemsted fra Frankrig, kan bevirke, at en skattepligtig afholder sig fra at foretage en sådan flytning.

47 En gennemgang af de nærmere vilkår for anvendelsen af denne foranstaltning bekræfter denne konklusion. Selv om det er muligt at få henstand med betalingen, ydes henstanden ikke automatisk og er underlagt strenge betingelser, . . . herunder bl.a. at der skal stilles sikkerhed. Denne sikkerhed har i sig selv en restriktiv virkning, for så vidt som den fratager den skattepligtige adgangen til at råde over det formuegode, der stilles som sikkerhed.

48 Det følger af det anførte, at den i hovedsagen omtvistede foranstaltning kan hindre etableringsfriheden.

49 Det bemærkes for det andet, at en foranstaltning, der kan hindre den etableringsfrihed, der er sikret ved traktatens artikel 52, kun kan tillades, hvis den har et lovligt formål, som er foreneligt med traktaten og er begrundet i tvingende almene hensyn. Men det kræves i så fald også, at foranstaltningens gennemførelse er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det forfulgte mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål . . .

50 Hvad angår den begrundelse i hensynet til at forebygge skatteunddragelse, som den nationale ret har nævnt i det præjudicielle spørgsmål, bemærkes, at CGI's artikel 167a ikke specielt har til formål at udelukke, at rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den franske skattelovgivning, kan give en skattefordel, men generelt tager sigte på enhver situation, hvori en skattepligtig, der er indehaver af en væsentlig andel af et selskabsskattepligtigt selskab, af en hvilken som helst grund flytter sit skattemæssige hjemsted fra Frankrig . . .

51 Flytning af en fysisk persons hjemsted fra en medlemsstats område indebærer imidlertid ikke i sig selv en skatteunddragelse. Der kan ikke opstilles en generel formodning for, at der er tale om skatteunddragelse eller skattesvig, når en fysisk persons hjemsted flyttes til en anden medlemsstat, og en sådan formodning kan ikke tjene som begrundelse for en skattemæssig foranstaltning, som krænker en grundlæggende frihed, der er sikret ved traktaten . . .

52 I CGI's artikel 167a kan der derfor ikke, uden langt at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde det forfulgte formål, opstilles en formodning for, at enhver skattepligtig, der flytter sit hjemsted fra Frankrig, har til hensigt at omgå den franske skattelovgivning.

...
54 Det forfulgte formål, som er at hindre, at en skattepligtig, før han afstår værdipapirer, midlertidigt flytter sit skattemæssige hjemsted med det ene formål at undgå at betale skat af avancen i Frankrig, kan nås ved foranstaltninger, som er mindre indgribende eller mindre restriktive for etableringsfriheden, og som specifikt vedrører risikoen for en sådan midlertidig flytning. ...

59 Den danske regering har imidlertid gjort gældende, at formålet med CGI's artikel 167a er at opstille et værn mod udhuling af den pågældende medlemsstats skattegrundlag ved at undgå, at de skattepligtige drager fordel af de forskelle, der findes mellem medlemsstaternes beskatningsordninger.

60 Hertil er det tilstrækkeligt at bemærke, at et tab af skatteindtægter efter fast retspraksis ikke kan anses for et tvingende hensyn af almen interesse, der kan påberåbes som begrundelse for en foranstaltning, der principielt strider mod en grundlæggende frihed. . . Den blotte omstændighed, at en medlemsstat går glip af en indkomst på grund af, at en skattepligtigs skattemæssige hjemsted flyttes til en anden medlemsstat, hvis skattelovgivning er anderledes og i givet fald mere fordelagtig for den skattepligtige, kan ikke i sig selv begrunde en restriktion for etableringsretten.

69 Det forelagte spørgsmål skal derfor besvares med, at det princip om etableringsfrihed, der er opstillet i traktatens artikel 52, skal fortolkes således, at det er til hinder for, at en medlemsstat, af hensyn til at imødegå en risiko for skatteunddragelse, indfører regler om beskatning af latente avancer, som dem, der er fastsat i CGI's artikel 167a, i tilfælde af, at en skattepligtigs skattemæssige hjemsted flyttes fra medlemsstaten.«

Den 7. september 2006 afsagde EF-domstolen dom i N-sagen (C-470/04), der vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en hollandsk fraflytningsbeskatningsregel var i

2649

strid med blandt andet EF-traktatens artikel 43. Af dommen fremgår blandt andet:

»35 I overensstemmelse med det, som Domstolen allerede har fastslået i relation til en lignende ordning (Lasteyrie du Saillant-dommen, præmis 46), gælder det, at en skattepligtig, der på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen ønskede at etablere sin bopæl uden for det nederlandske område i forbindelse med udøvelsen af de rettigheder, som han er tillagt i medfør af artikel 43 EF, blev behandlet ufordelagtigt i forhold til en person, der bibeholder sin bopæl i Nederlandene. Den skattepligtige skulle nemlig, alene på grund af fraflytningen, svare skat af en indkomst, som han endnu ikke havde realiseret, og derfor ikke havde rådighed over, hvorimod avancen først ville blive beskattet, når - og i det omfang - den faktisk blev realiseret, såfremt han blev boende i Nederlandene. Denne forskel i behandlingen var således egnet til at afholde den pågældende fra at flytte sin bopæl fra Nederlandene.

36 En gennemgang af de nærmere regler for anvendelsen af ordningen med beskatning af latente avancer på selskabsrettigheder bekræfter denne konklusion. For det første gælder det, at selv om det var muligt at få henstand med betalingen, blev denne ikke givet automatisk, idet den var underlagt betingelser, herunder bl.a. kravet om sikkerhedsstillelse. Denne sikkerhedsstillelse har i sig selv en restriktiv virkning, for så vidt som den fratager den skattepligtige

adgangen til at råde over det formuegode, der stilles som sikkerhed . . .

37 På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i sagen blev der desuden ikke taget hensyn til det kurstab, der var indtrådt efter flytningen af bopælen, med henblik på at nedsætte skatteskylden. Skatten på den endnu ikke realiserede avance, som blev ansat på fraflytningstidspunktet, og for hvilken der var givet henstand med betalingen, og som først forfaldt ved en senere afståelse af de omhandlede værdipapirer, kunne nemlig overstige den skat, som den skattepligtige skulle have betalt, såfremt afståelsen havde fundet sted på samme tidspunkt, uden at den skattepligtiges bopæl var blevet flyttet fra Nederlandene. Indkomstskatten ville i et sådant tilfælde være blevet beregnet på baggrund af den avance, der rent faktisk blev realiseret på tidspunktet for afståelsen, og denne kunne have været lavere - endda ikke-eksisterende.

38 Endelig . . . udgør kravet om indgivelse af en selvangivelse på tidspunktet for flytningen fra Nederlandene en yderligere formalitet, som kan hindre vedkommendes fraflytning, og som først kan pålægges de skattepligtige, som fortsat bor i denne medlemsstat, når de faktisk afstår deres kapitalandele.

39 Under disse omstændigheder kan den i hovedsagen omhandlede skatteordning udgøre en restriktion for udøvelsen af etableringsfriheden.

40 Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, dog kan tillades, såfremt de forfølger et formål af almen interesse, er egnede til at sikre virkeliggørelsen af dette og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det formål, de forfølger . . .

41 Hvad først angår betingelsen om, at foranstaltningen skal forfølge et formål af almen interesse og muligheden for at opnå dette i kraft af den omhandlede skatteordning, har den forelæggende ret fastslået, at det af forarbejderne fremgår, at de i hovedsagen omhandlede nationale bestemmelser bl.a. har til formål at sikre en fordeling i henhold til territorialitetsprincippet mellem medlemsstaterne af beskatningskompetencen med hensyn til avancer på selskabsrettigheder. Ifølge den nederlandske regering har ordningen tillige til formål at undgå dobbeltbeskatning.

42 Det skal for det første bemærkes, at opretholdelsen af fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne er et lovligt formål, der er anerkendt af Domstolen . . . For det andet er det fastsat i artikel 293 EF, at medlemsstaterne i det omfang det er nødvendigt, indleder indbyrdes forhandlinger for til fordel for deres statsborgere at sikre afskaffelse af dobbeltbeskatning inden for Fællesskabet.

43 Bortset fra konvention 90/436/EØF om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud . . . er der imidlertid ikke på fællesskabsplan truffet foranstaltninger med henblik på forening eller harmonisering af bestemmelserne om afskaffelse af dobbeltbeskatning, og medlemsstaterne har heller ikke i medfør af artikel 293 EF indgået nogen multilateral overenskomst herom . . .

44 I denne sammenhæng har Domstolen allerede fastslået, at eftersom der ikke på fællesskabsplan er truffet foranstaltninger med henblik på at indføre ensartede eller harmoniserede regler, er medlemsstaterne fortsat kompetente til at fastlægge kriterierne for fordelingen af deres respektive beskatningsbeføjelser, enten gennem overenskomst eller på egen hånd, bl.a. for at afskaffe dobbeltbeskatning . . .

45 I den forbindelse kan medlemsstaterne hensigtsmæssigt støtte sig på international praksis og navnlig på den af Organisationen

for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (OECD) udarbejdede modelkonvention . . .

46 Fortjeneste ved afståelse af formuegoder beskattes således i henhold til artikel 13, stk. 5, i OECD's modeloverenskomst vedrørende indkomst og formue, jf. nu 2005-udgaven, i den kontraherende stat, hvor

2650

afhænderen er hjemmehørende. Som generaladvokaten imidlertid har understreget i punkt 96 og 97 i forslaget til afgørelse, er det i overensstemmelse med dette territorialitetsprincip på skatteområdet, som er forbundet med en tidsmæssig komponent, nemlig opholdet i medlemsstaten i den periode, hvor den skattepligtige fortjeneste er konstateret, at de i sagen omhandlede nationale bestemmelser foreskriver opkrævning af skatten på de avancer, der er registreret i Nederlandene, og hvis beløb blev opgjort på det tidspunkt, hvor den omhandlede skattepligtige fraflyttede landet, og hvor der blev givet henstand med betalingen indtil aktiernes faktiske afhændelse.

47 Det følger for det første heraf, at den i hovedsagen omhandlede foranstaltning forfølger et alment hensyn, og for det andet, at den er egnet til at sikre virkeliggørelsen af dette formål.

48 Det skal endelig undersøges, om en foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at opnå det formål, den forfølger.

49 Det blev ganske vist ovenfor i denne doms præmis 38 fastslået, at kravet om indgivelse af en selvangivelse - der er nødvendig for beregningen af indkomsts-katten - på tidspunktet for flytning af bopælen udgør en yderligere administrativ formalitet, der kan gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt for den skattepligtige at udøve de grundlæggende friheder. Den kan imidlertid ikke anses for uforholdsmæssig i forhold til det legitime formål, nemlig fordelingen af beskatningskompetencen bl.a. med henblik på at undgå dobbeltbeskatning medlemsstaterne imellem.

51 Hvad angår kravet om sikkerhedsstillelse, som er en forudsætning for bevilling af henstand med betaling af den skat, der normalt ville være forfalden til betaling, går dette derimod ud over, hvad der er strengt nødvendigt af hensyn til funktionen og effektiviteten af en sådan skatteordning, hvor beskatningen er baseret på territorialitetsprincippet, selv om det uden tvivl letter opkrævningen af skat hos en person, der har bopæl i udlandet. Der findes nemlig midler, der er mindre restriktive i forhold til de grundlæggende friheder.

54 Endelig bemærkes, at det kun er en sådan ordning om inddrivelse af skat på indtægter hidrørende fra værdipapirer, som fuldt ud tager de kurstab i betragtning, som kan være indtrådt efter, at den omhandlede skattepligtige har flyttet sin bopæl - medmindre disse kurstab allerede er taget i betragtning i værtsmedlemsstaten - der i denne sammenhæng kan anses for at stå i rimeligt forhold til det formål, den forfølger.

55 Det tredje og det femte spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 43 EF skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en medlemsstat indfører en beskatningsordning vedrørende avancer som den i hovedsagen omhandlede i tilfælde, hvor en skattepligtig flytter sin bopæl væk fra denne medlemsstat, og denne ordning foreskriver, at der skal stilles sikkerhed som forudsætning for bevilling af henstand med betaling af skatten, og ikke fuldt ud tager hensyn til de kurstab, der kan være indtrådt efter, at vedkommende har flyttet sin bopæl, og som værtsmedlemsstaten ikke har taget i betragtning.

Fjerde spørgsmål

56 Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om frigivelsen af den sikkerhed, der er stillet for

at opnå henstand med betaling af skatten på avancer på værdipapirer, under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende medfører, at enhver hindring ophæves med tilbagevirkende kraft. Den forelæggende ret ønsker endvidere oplyst, om formen for den retsakt, som er hjemmel for frigivelsen af sikkerheden, har nogen indflydelse på vurderingen heraf. Endelig ønsker den oplyst, om der skal ydes erstatning for eventuelle tab, der er opstået i forbindelse hermed.

67 Fjerde spørgsmål skal følgelig besvares med, at en hindring, der følger af en sikkerhedsstillelse, som kræves i strid med fællesskabsretten, ikke kan ophæves med tilbagevirkende kraft alene ved frigivelse af denne sikkerhed. Den nærmere form for den retsakt, i medfør af hvilken sikkerheden blev frigivet, har ingen betydning for denne vurdering. I tilfælde, hvor en medlemsstat har fastsat, at der skal betales morarenter i forbindelse med tilbagebetalingen af et garantibeløb, som er afkrævet i strid med national ret, skal disse renter ligeledes betales, hvis det er sket i strid med fællesskabsretten. Det tilkommer endvidere den forelæggende ret i overensstemmelse med de anvisninger, som Domstolen har givet, samt under overholdelse af principperne om ækvivalens og effektivitet, at tage stilling til, om den pågældende medlemsstat ifaldt ansvar for det tab, der er lidt på grund af kravet om sikkerhedsstillelse.«

Procedurer

A har gjort gældende, at aktieavancebeskatningslovens § 13 a virker som en hindring for den frie etableringsret. A har herved henvist til, at bestemmelsen på en række punkter, herunder med hensyn til fremrykket beskatningstidspunkt, rentebetaling, bundfradrag, tab, succession og skattefri omstrukturering, indebærer, at den skattepligtige, som fraflytter Danmark til en anden medlemsstat, stilles ringere end den skattepligtige, der bliver boende i Danmark. Bestemmelsen forfølger ikke et lovligt formål, der er begrundet i tvingende almene hensyn. Formålet med bestemmelsen har været at opstille et værn mod udhuling af det danske

2651

skattegrundlag. Tab af skatteindtægter er ifølge dommen i du Saillant-sagen (C-9/02), præmis 60, ikke et lovligt formål, der kan anses for begrundet i almene tvingende hensyn. Et lovligt formål kan ifølge dommen i N-sagen (C-470/04) være hensynet til at opnå en fordeling af skatter mellem medlemsstaterne, herunder at undgå dobbeltbeskatninger. Formålet med bestemmelsen har ikke været en sådan fordeling af skatter, og bestemmelsen er heller ikke indført for at opnå en sammenhæng i det danske beskatningssystem. Bestemmelsen indfører ikke et territorialitetsprincip. I øvrigt går bestemmelsen ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå et lovligt formål. Krav om sikkerhedsstillelse og forrentning i forbindelse med henstand med betaling af skatten er ikke forenelige med proportionalitetsprincippet, jf. N-sagen, Herudover henvises til de øvrige ulemper, som er anført ovenfor. Disse restriktioner er ikke nødvendige for at fremme et eventuelt lovligt formål. I den foreliggende sag er det utvivlsomt, at A er blevet dårligere stillet, end hvis han var blevet boende i Danmark. I så fald ville han først være blevet beskattet af avancen på sine aktier i 1999, og restskatten ville derfor først forfalde i 2000. Efter de gældende regler er A imidlertid blevet beskattet i 1998, og skattekravet er derfor indregnet i sluts-katten fra og med 1998 og derved med forfald i 1999. Som konsekvens heraf er A blevet pålignet skattelovsrenter inkl. 7 %-tillæg fra et tidligere tidspunkt, end hvis han var blevet boende i Danmark. Der foreligger derfor i den foreliggende sag en klar ulempe, som er i strid med artikel 43.

Skatteministeriet har gjort gældende, at den franske fraflytningsbeskatningsregel i du Saillant-sagen (C-9/02) blev anset

for EU-retsstridig, som følge af at den gik videre, end hvad der var nødvendigt for at opfylde dens formål, hvilket ikke er tilfældet for så vidt angår aktieavancebeskatningslovens § 13 a. Bestemmelsen i aktieavancebeskatningslovens § 13 a er derimod udtryk for gennemførelsen af et territorialitetsprincip. EF-domstolen har i N-sagen udtrykkeligt anerkendt, at fraflytningsbeskatningsregler, der har til hensigt helt generelt at sikre beskatning af avancer optjent inden fraflytningen, selv om det pågældende aktiv endnu ikke er afhændet, er i overensstemmelse med EU-retten. Aktieavancebeskatningslovens § 13 a er netop en generel regel af denne type. Det har ifølge N-sagen været for vidtrækkende at kræve, at der skulle stilles sikkerhed som betingelse for henstand med betaling af skattekravet. Dette indebærer ifølge dommen, at den skattepligtige kan have krav på økonomisk kompensation og eventuelt erstatning for det tab, som sikkerhedsstillelseskravet kan have medført. Den omstændighed, at sikkerhedsstillelseskravet har været i strid med EU-retten, kan ikke indebære, at selve fraflytningsbeskatningen anses for EU-retsstridig. Dette følger også direkte af N-sagen, hvoraf det fremgår, at den skattepligtige ikke har krav på en ophævelse af selve fraflytningsbeskatningen, selv om henstand i strid med EU-retten har været betinget af sikkerhedsstillelse. Det er da også i EF-domstolens faste praksis i øvrigt fastslået, at når national lovgivning strider mod EU-retten, er det kun de led i den nationale lovgivning, der må anses for uforenelige med EU-retten, som den nationale myndighed eller domstol skal undlade at bringe i anvendelse. Hvis der blev givet A medhold, ville han da også blive stillet langt bedre end de personer, der har opnået henstand med skattebetalingen mod sikkerhedsstillelse, og som anfægter dette krav. At A skulle opnå en sådan væsentlig økonomisk fordel ved at anfægte selve fraflytningsbeskatningen, som er EU-retsmedholdelig, frem for det EU-retsstridige sikkerhedsstillelseskrav, ville være åbenbart ubegrundet.

Landsrettens begrundelse og resultat:

Ved gennemførelsen af den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 13 a var det væsentligste formål at imødegå skattetænkning ved fraflytning. Ved reglerne blev det tilstræbt at opnå, at indtægt, der optjenes her i landet, også beskattes her, og at mulighederne for at undgå beskatning gennem udnyttelse af forskelle i de enkelte landes skatteregler blev begrænset. Der henvises til Folketingstidende 1986-87, tillæg A, sp. 4451 og 4454. Gennemførelsen af et sådant territorialitetsprincip på skatteområdet er i sig selv et lovligt formål, der ikke er i strid med EU-retten, og som hører under medlemsstaternes kompetence. Der henvises herved til N-sagen, præmis 41-47. At det væsentligste formål med vedtagelsen af den dagældende § 13 a var at imødegå skattetænkning i forbindelse med fraflytning, kan ikke føre til en anden vurdering, idet territorialitetsprincippet efter sin karakter typisk vil modvirke provenutab for fraflytterstaten.

Skattepligten i henhold til den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 13 a indebærer blandt andet, at den skattepligtige skal opgøre skatteavancen og indgive selvangivelse på tidspunktet for flytningen fra Danmark. EF-domstolen har i N-sagen, præmis 49, fastslået, at dette krav ikke kan anses for uforholdsmæssigt i forhold til gennemførelsen af et territorialitetsprincip. Landsretten finder derfor, at skattepligten i dette omfang ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.

I henhold til den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 13 a, stk. 5, kunne der imod sikkerhed gives henstand med fraflytningsskatten vedrørende aktieavance i henhold til § 13 a, stk. 1. Et sådant krav om sikkerhedsstillelse må anses for EU-

retsstridigt. Der henvises til N-sagen, præmis 51. I N-sagen fandt EU-domstolen trods beskatningsordningens krav om sikkerhedsstillelse ikke selve skattepligten EU-retsstridig.

2652

Henset hertil, og til at kravet om sikkerhedsstillelse i henhold til den dagældende § 13 a, stk. 5, og de øvrige skattemæssige ulemper, som A har peget på som mulige følger af den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 13 a, har en sådan karakter, at de kan udskilles fra selve spørgsmålet om skattepligt, finder landsretten, at de ikke kan medføre, at selve bestemmelsen om skattepligt, som er til prøvelse under den foreliggende sag, er EU-retsstridig.

Spørgsmålet, om de anførte ulemper eventuelt kan give anledning til erstatningskrav, jf. N-sagen præmis 67, foreligger ikke til pådømmelse under den foreliggende sag.

Landsretten finder på denne baggrund, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte selve skattepligten, jf. den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 13 a, som EU-retsstridig.

A's påstand kan således ikke tages til følge.

Henset til sagens principielle karakter, og at Skatteministeriet først i forbindelse med indgivelsen af påstandsdokumentet ændrede standpunkt vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt A er omfattet af den personkreds, der kan påberåbe sig EF-traktatens artikel 43, finder landsretten, uanset sagens udfald, at hver part skal bære egne udgifter til advokatbistand, samt at Skatteministeriet skal betale A 5.968,75 kr. i sagsomkostninger svarende til halvdelen af A's udgifter til retsafgift, materialesamling og ekstrakt.

Højesteret

Højesterets dom.

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 14. afdeling den 24. september 2007.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Asbjørn Jensen, Jytte Scharling, Niels Grubbe, Vibeke Rønne og Lars Hjortnæs.

Påstande

Appellanten, A, har gentaget sin påstand.

Indstævnte, Skatteministeriet, har påstået stadfæstelse.

Supplerende sagsfremstilling

A har for Højesteret oplyst, at det navnlig var skattemyndighedernes krav om sikkerhedsstillelse og bestemmelsen om det løbende tillæg, der var årsag til beslutningen om likvidation af selskabet i forbindelse med hans fraflytning.

Skatteministeriet har anført, at man ikke under denne sag vil bestride A's oplysninger om, hvilke personlige overvejelser der dannede grundlag for hans beslutning om at likvidere selskabet.

Retsgrundlag

I generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-470/04 (N-sagen) hedder det bl.a.:

»100. Den vurdering af bestemmelserne om skat ved fraflytning, jeg har givet udtryk for her, synes ved første øjekast at være i strid med De Lasteyrie du Saillant-dommen. I den dom afviste Domstolen, at sikringen af fordelingen af beskatningskompetencen kunne udgøre en begrundelse. Formålet med de på daværende tidspunkt omtvistede bestemmelser var ifølge den franske regering imidlertid alene at hindre skatteunddragelse og ikke »generelt at sikre beskatningen af avancer i tilfælde, hvor en skattepligtig hjemsted flyttes fra Frankrig, for så vidt som bestemmelsen vedrører avancer, der er opnået under den skattepligtiges ophold på fransk område«.

101. De nederlandske bestemmelser har derimod ikke kun til formål at hindre skatteunddragelse. Formålet med dem er også faktisk at muliggøre en opkrævning af nederlandske skatter i henhold til den tilladte fordeling af skattekompetencen, der er aftalt

mellem Nederlandene og Det Forenede Kongerige. Hvis skatten ikke var ansat inden fraflytningen, skulle den fortjeneste, der var opnået under opholdet i Nederlandene, nemlig have været beregnet efterfølgende. Alt efter afståelsestidspunktet kunne det blive nødvendigt at beregne denne fortjeneste flere år senere, hvilket - som den tyske regering med rette har anført - ville være forbundet med betydelige praktiske vanskeligheder.

125. Inden besvarelsen af det fjerde spørgsmål skal det først bemærkes, at skatteansættelsen i tilknytning til fraflytningen fortsat har gyldighed og - som anført - også er lovlig. Den omstændighed, at der til skatteansættelsen oprindeligt var knyttet en forpligtelse til at stille sikkerhed, berører ikke lovligheden heraf. Der må derimod klart sondres mellem selve skatteansættelsen og den omstændighed, at der kun blev ydet henstand med skattebetalingen mod sikkerhedsstillelse.«

Højesterets begrundelse og resultat

Det følger af EU-Domstolens dom i sag C-470/04 (N-sagen), at en skatteordning, der er udformet på en sådan måde, at den er egnet til at afholde personer fra at bruge deres ret til at etablere sig i et andet EU-land, udgør en hindring i strid med EU-Traktatens artikel 43 (præmis 31-39). Det fremgår endvidere af denne dom, at en foranstaltning, der udgør en sådan hindring, dog kan tillades, hvis den forfølger et formål af almen interesse, er egnet til at sikre virkeliggørelsen af dette formål, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det formål, den forfølger (præmis 40). Det fremgår yderligere af dommen, at opretholdelse af en fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne er et lovligt formål, at medlemsstaterne er kompetente til at fastlægge kriterier for fordelingen af deres respektive beskatningsbeføjelser, enten gennem overenskomst eller

2653

på egen hånd, bl.a. for at undgå dobbeltbeskatning, at det i den forbindelse kan være hensigtsmæssigt at beskatte fortjeneste ved afståelse af aktier efter en model, hvor der skal betales skat af fortjeneste, der er konstateret, mens den skattepligtige boede i det pågældende land, således at beløbet opgøres på fraflytningstidspunktet, og der bliver givet henstand med betalingen, indtil aktierne faktisk sælges, og at en sådan ordning er egnet til at virkeliggøre formålet (præmis 41-47).

EU-Domstolen fandt i N-sagen, at den pågældende beskatningsordning gik videre, end hvad der var nødvendigt for at opnå sit formål, fordi ordningen var udformet sådan, at der skulle stilles sikkerhed for at få bevilget henstand med betaling af skatten, og at der ikke fuldt ud blev taget hensyn til kurstab på aktierne, der måtte være indtrådt, efter at den skattepligtige var flyttet ud af landet (præmis 51-55).

På et spørgsmål om, hvorvidt hindringen, der var i strid med EU-Traktatens artikel 43, kunne ophæves med tilbagevirkende kraft alene ved at frigive den sikkerhed, der var blevet stillet for at opnå henstand med betaling af skatten, svarede EU-Domstolen benægtende, med henvisning til at der normalt er omkostninger forbundet med en sikkerhedsstillelse (præmis 56-57). EU-Domstolen anførte, at det tilkommer national ret at regulere spørgsmålet om, hvorvidt der skal betales morarenter til udligning af eventuelle omkostninger i forbindelse med sikkerhedsstillelsen (præmis 59-61).

Efter den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 13 a skal der ved ophør af en persons skattepligt bl.a. ved fraflytning ske en beskatning af fortjeneste på aktier m.v., som vedkommende ejer på fraflytningstidspunktet, i samme omfang, som hvis aktierne var afstået på dette tidspunkt.

I den foreliggende sag skal der tages stilling til, om beskatning i medfør af den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 13 a er pålagt A med urette, mens der som anført af landsretten ikke skal tages stilling til, om kravet om sikkerhedsstillelse og eventuelle andre EU-retsstridige elementer i beskatningsordningen kan give anledning til andre krav, herunder om erstatning.

Det første spørgsmål er, om beskatningsordningen efter lovens § 13 a forfølger et formål af almen interesse.

Det fremgår af de specielle bemærkninger til § 13 a i lovforslaget til lov nr. 310 af 25. maj 1987 om ændring af avancebeskatningsloven m.v. (Folketingstidende 1986-87, tillæg A, sp. 4461), at formålet med denne ændring er, at der i forbindelse med fraflytning skal ske beskatning af aktieavancer, der er optjent, mens aktionæren har været skattepligtig her i landet. Det fremgår af lovforslagets almindelige bemærkninger om lovens formål, at det med forslaget tilstræbes, at indtægt, der optjenes her i landet, også beskattes her, og at de ændrede regler tillige skal begrænse mulighederne for at undgå beskatning gennem udnyttelse af forskelle i de enkelte landes skatteregler (sp. 4451). Under bemærkningerne om lovforslagets provenumæssige virkninger er det anført, at forslaget antages at modvirke ikke ubetydelige provenutab, og at lovforslagets væsentligste formål er at imødegå skattetænkning (sp. 4454).

På den anførte baggrund finder Højesteret, at beskatningsordningen efter den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 13 a forfølger et formål af almen interesse og er egnet til at sikre virkeliggørelsen af dette formål, jf. herved også præmis 41-47 i EU-Domstolens dom i N-sagen.

Det næste spørgsmål er, om beskatningsordningen er udformet sådan, at den går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det formål, den forfølger.

Skatteministeriet har anerkendt, at reglen om, at skatteyderen skal søge om tilladelse og stille sikkerhed for at kunne få henstand med betaling af skatten, går videre, end det er nødvendigt, og at det samme gælder reglen om betaling af et tillæg, når der er givet henstand.

Der må herefter tages stilling til, om det forhold, at beskatningsordningen således på visse punkter går videre, end det er nødvendigt, medfører, at hele beskatningsordningen skal tilsidesættes, eller om det kun er de punkter, som er for vidtgående, der skal tilsidesættes.

Højesteret finder, at det forhold, at den i øvrigt lovlige beskatningsordning indeholder visse retsstridige elementer, ikke kan medføre, at hele ordningen bliver ugyldig, men kun at de retsstridige elementer tilsidesættes. Dette resultat må fastholdes, selv om skatteyderen for at undgå sikkerhedsstillelse og skattetilleg vælger at afstå aktierne, her ved likvidation. EU-Domstolens dom i N-sagen bygger da også på en forudsætning om, at en i øvrigt lovlig beskatningsordning ikke skal tilsidesættes.

Det forhold, at der muligt er andre ulemper knyttet til beskatningsordningen - f.eks. i henseende til omstrukturering og succession - kan ikke føre til et andet resultat for så vidt angår beskatningen af A, der ikke efter det oplyste har været berørt af sådanne mulige ulemper.

Højesteret stadfæster herefter dommen.

Under hensyn til sagens baggrund, herunder at Skatteministeriet har anerkendt, at beskatningsordningen indeholder EU-retsstridige elementer, skal ingen af parterne betale sagsomkostninger for Højesteret til den anden part.

Thi kendes for ret:

Landsrettens dom stadfæstes.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger for Højesteret til den anden part.

U.2011.539H
TfK2011.196

Den danske regulering af vandscootersejladts var i strid med EU-regler, og T blev derfor frifundet for overtrædelse af den dagældende vandscooterbekendtgørelse.

EU-ret 2 - Strafferet 29.9.

- ◆ T var ved byret og landsret idømt en bøde på 1.500 kr. for overtrædelse af vandscooterbekendtgørelsen begået i august 2004. Efter vandscooterbekendtgørelsen var sejladts med vandscooter på søterritoriet forbudt. Sejladts kunne dog ske efter tilladelse fra kommunalbestyrelserne, idet der dog ikke kunne gives tilladelse til sejladts i visse særlige naturbeskyttelsesområder. T anførte bl.a., at sejladtsforbuddet i vandscooterbekendtgørelsen udgjorde en handelshindring omfattet af artikel 34 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), og at forbuddet ikke var proportionalt, men gik langt videre, end hensynene til miljø og sikkerhed kunne begrunde. Anklagemyndigheden bestred ikke, at vandscooterbekendtgørelsen udgjorde en foranstaltning med tilsvarende virkning som en handelshindring, men anførte, at den danske ordning var berettiget ud fra navnlig miljøbeskyttelseshensyn, og at den ikke manglede proportionalitet. Højesteret pegede på, at tilladelsesordningen efter vandscooterbekendtgørelsen var blevet administreret på den måde, at der dels var udpeget nogle få vandscooterbaner, som kunne benyttes af alle borgere - p.t. to baner på landsbasis - dels i begrænset omfang givet konkrete tilladelser i forbindelse med havnefester mv. Højesteret udtalte, at efter EU-Domstolens dom af 4. juni 2009 i en sag vedrørende de svenske regler om vandscootersejladts måtte den danske ordning anses for en foranstaltning, der gik videre end nødvendigt for at sikre de påberåbte hensyn til mennesker og miljø. Den danske regulering af sejladts med vandscootere måtte derfor anses for at være i strid med TEUF artikel 34, jf. artikel 36 (tidligere EF-Traktatens artikel 28 og 30). T (og en medtiltalt i byretten) blev herefter frifundet.¹

H.D. 19. november 2010 i sag 288/2007 (1. afd.)

Rigsadvokaten
mod

T (adv. Eigil Lego Andersen, Kbh., besk.).

540

Byretten

Retten i Koldings dom 23. maj 2005, SS 902/04.

Tiltalen og parternes påstande

T1 og T2 er ved anklageskrifter af 28. december 2004 tiltalt til straf for overtrædelse af

bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994 om regulering af sejladts med vandscootere mv. § 12, jf. § 6

ved torsdag den 12. august 2004 kl. 15.25 at have sejlet henholdsvis med vandscooter mrk. Bombardier, 137 HK, og vandscooter mrk. Seedo, 110 HK, på søterritoriet ud for Løverodde i Kolding.

Anklagemyndigheden har påstået de tiltalte idømt bøde.

De tiltalte har nægtet sig skyldige.

Oplysningerne i sagen

De tiltalte T1 og T2 har erkendt, at de har sejlet med de pågældende jetbåde/vandscootere som beskrevet i anklageskriftet, og at de blev standset af en betjent, som fortalte dem, at sejladts med vandscootere er ulovlig.

Parterne er enige om, at de tiltaltes jetbåde er omfattet af definitionen for »vandscooter« i direktiv 2003/44 artikel 1, stk. 3, litra b, og at direktivet er umiddelbart anvendelig for de tiltalte.

Anklagemyndigheden har gjort gældende

at vandscootere i EU-direktivets forstand er fartøjer, som tillige er omfattet af definitionen i § 1 i bekendtgørelse om regulering af sejladts med vandscootere m.v.,

at direktiv 2003/44, som vedrører kravene til konstruktion af fritidsfartøjer og CE-mærkning af fartøjerne og deres bestanddele, er en ændring af direktiv 1994/25, idet vandscootere i modsætning til tidligere nu udtrykkeligt er omfattet af direktivets bestemmelser. Artikel 2 i direktiv 1994/25 er dog opretholdt uændret siden 1994, og ifølge denne bestemmelse er det tilladt medlemsstaterne at foretage begrænsninger i anvendelsesmulighederne,

at vandscooterbekendtgørelsen er udtryk for en sådan begrænsning, idet amtsrådene ifølge bekendtgørelsens § 6, stk. 2, efter forhandling med Søfartsstyrelsen og de lokale myndigheder kan meddele tilladelse til sejladts. Anklagemyndigheden har herunder oplyst, at sådanne tilladelser er givet i Århus og Nordjyllands Amter. Der har ligeledes været baner i Vejle og Sønderjyllands Amter, men disse baner er blevet lukket, da de ikke blev brugt. Der har ikke været indgivet ansøgning om genåbning af disse baner,

at direktivet er implementeret i dansk ret.

Forsvareren har gjort gældende

at den danske stat, herunder Miljøministeriet, havnemyndighederne og politiet, ikke kan forbyde, begrænse eller hindre markedsføring og/eller ibrugtagning af de i sagen omhandlede jetbåde i Danmark, jf. artikel 4, i direktiv 2003/44.

at den danske stat, herunder Miljøministeriet, ikke har overholdt implementeringsfristen i direktiv 2003/44, artikel 3, stk. 1, idet den danske stat ikke har vedtaget og offentliggjort love og administrative bestemmelser til at opfylde kravene i direktivet senest den 30. juni 2004, og ikke har anvendt sådanne love og administrative bestemmelser fra 1. januar 2005.

at bestemmelsen i artikel 4, stk. 1, i direktiv 2003/44 har forrang frem for og fortrænger Miljøministeriets bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994, i det omfang bekendtgørelsen måtte være i strid med direktivets bestemmelser.

at bestemmelsen i § 6 i bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994 om regulering af sejladts med vandscootere m.v. udgør en handelsrestriktion omfattet af artikel 28 i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab.

at denne restriktion ikke kan begrundes i medfør af artikel 30 i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, herunder fordi der foreligger totalharmonisering (jf. bl.a. Domstolens dom af 11. december 2003, i sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, præmis 64).

¹ EU-Domstolens dom af 10. april 2008 i sag C-265/06, sammes dom af 10. februar 2009 i sag C-110/05, sammes dom af 4. juni 2009 i sag C-142/05, sammes dom af 15. april 2010 i sag C-433/05, Hjalte Rasmussen i Festskrift til Claus Gulmann (2006), s. 392 ff., Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen: EU-Retten, 5. udg. (2010), s. 372-73 og 390-91, Freja Sine Thorsboe og Nina Holst Christensen i EU og Menneskeret, 2009, s. 251-53, og Peter Pagh i Tidsskrift for Miljø, 2010 nr. 1, s. 2.

at artikel 28 i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab har umiddelbar virkning og forrang frem for og fortrænger § 6 i Miljøministeriets bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994.

Retten begrundelse og afgørelse:

Det bemærkes indledningsvis, at retten ikke har fundet anledning til at forelægge sagen for EF-domstolen.

Direktiv 2003/44 regulerer, hvorledes fritidsfartøjer, herunder vandscootere, skal være konstrueret, indrettet og mærket, og hvilke krav der skal være opfyldte med hensyn til udsendelse af støj og udstødning. Formålet med direktivet er ifølge bemærkningerne at ensarte medlemsstaternes regler om fritidsfartøjer, således at staternes fra hinanden afvigende love og administrative bestemmelser ikke indvirker på den frie bevægelighed og udgør hindringer for samhandlen af fritidsfartøjer inden for Fællesskabet.

Af direktivets artikel 2 fremgår, at medlemsstaterne kan vedtage bestemmelser om sejlads i bestemte farvande for at beskytte miljøet og vandvejenes infrastruktur og for at sikre vandvejenes sikkerhed, forudsat at dette ikke kræver nogen ændring af fartøjer, der er i overensstemmelse med direktivet.

Da bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994 om regulering af sejlads med vandscootere mv. (i det følgende kaldet vandscooterbekendtgørelsen) er udstedt i medfør af lov nr. 9 af 3. januar 1992 om naturbeskyttelse, hvis overordnede formål er at medvirke til at værne landets natur og miljø, er direktivets betingelser for en begrænsning af sejladsen således opfyldt.

Uanset at sejlads på søterritoriet ifølge vandscooterbekendtgørelsens § 6, stk. 1, er forbudt, kan amtsrådene efter bestemmelsens stk. 2 tillade sejlads uden for EF-fuglebeskyttelsesområder. Bl.a. Nordjylland, Århus,

541

Vejle og Sønderjyllands Amter har efter det oplyste givet sådanne tilladelser.

Forbuddet mod sejlads i vandscooterbekendtgørelsens § 6 er således ikke absolut, hvorfor retten ikke finder, at bestemmelsen er i strid med direktiv 2003/44, artikel 4.

Vandscooterbekendtgørelsens § 6 påvirker ikke afsætningen af vandscootere fra andre medlemsstater anderledes end afsætningen af indenlandsk fremstillede vandscootere, og retten finder derfor heller ikke, at bestemmelsen udgør en handelsrestriktion omfattet af artikel 28 i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab.

Da de tiltalte har erkendt, at de har sejlet med de i anklageskriftet nævnte vandscootere som angivet i anklagen, hvilken erkendelse støttes af de oplysninger, der i øvrigt er fremkommet, finder retten det bevist, at de tiltalte er skyldige.

Straffen fastsættes ifølge vandscooterbekendtgørelsens § 12, jf. § 6, til en bøde på 1.500 kr. for hver af de tiltalte.

Vestre Landsret

Vestre Landsrets dom 7. september 2006 (4. afd.), S-3041-05 (U 2007.54V)

(Eva Staal, Karen Foldager, Claus Larsen (kst.)).

Retten i Kolding har den 23. maj 2005 afsagt dom i 1. instans (- -).

Dommen er med Procesbevillingsnævntes tilladelse indbragt for landsretten af tiltalte med påstand om frifindelse.

Anklagemyndigheden har påstået stadfæstelse.

Landsretten har den 27. april 2006 besluttet, at domsforhandlingen ikke skulle udsættes for at afvente EF-Domstolens afgørelse i nogle tilsvarende svenske sager.

Af tiltaltes forsvarers ansøgning til Procesbevillingsnævnet om anketilladelse fremgår det bl.a.:

»...

Det er min opfattelse, at § 6 i bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994 er i strid med både Europa-Parlamentets Direktiv nr. 44 af 16. juni 2003 om ændring af Direktiv 94/25 om tilnærmelse af medlemsstaters love og administrative bestemmelser om fritidsfartøjer, og Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab artikel 28. Kopi af direktivet vedlægges.

Det var uomtvistet under byretssagen, at min klients båd er omfattet af definitionen for »vandscooter« i Direktiv 2003/44, artikel 1, stk. 3, litra b. Artikel 4, stk. 1, i direktivet foreskriver, at den danske stat herunder Miljøministeriet, havnemyndighederne og politiet ikke kan »forbyde, begrænse eller hindre markedsføring og/eller ibrugtagning« i Danmark af den i sagen omhandlede vandscooter. Bestemmelsen kan påberåbes af min klient for de nationale domstole, eftersom bestemmelsen fremstår klar, ubetinget og uden forbehold i sit indhold, og eftersom den danske stat ikke har overholdt implementeringsfristen i direktivets artikel 3, stk. 1. Bestemmelsen i artikel 4, stk. 1 i Direktiv 2003/44, har forrang frem for bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994, i det omfang den måtte være i strid mellem direktivets bestemmelser og bekendtgørelsen.

I dommens præmisser anføres det, at der en række steder, bl.a. i Nordjylland, Århus, Vejle og Sønderjyllands amter i henhold til bekendtgørelsens § 6, stk. 2, er givet tilladelse til sejlads med de i sagen omhandlede vandscootere. Dette er ikke dækkende gengivelse af de faktiske forhold. Jeg har fået oplyst, at mens områderne for vandscootersejlads i Nordjyllands Amt og Sønderjyllands Amt er nedlagt, så er de afmærkede baner i Københavns Amt og Århus Amt så små (op til 300 m gang 300 m), at der ikke på forsvarlig vis kan ske sejlads således som bådene er bygget til det. Jeg har endvidere fået oplyst, at sagsbehandlingstiden vedrørende ansøgninger under § 6, stk. 2, tager op til 3 år.

Eftersom der ikke fra myndighedernes side foreligger en i omfang og intensitet lovlige og proportional regulering af sejlads med vandscootere, men et generelt og strengt håndhævet forbud mod sejlads med vandscootere, foreligger der en klar overtrædelse af direktivets bestemmelser trods eksistensen af dispensationsmulighed fra forbuddet i bekendtgørelsens § 6, stk. 2.

Det er endvidere min opfattelse, at bestemmelsen i § 6 i Bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994 om regulering af sejlads med vandscootere m.v. udgør en handelsrestriktion omfattet af artikel 28 i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab. Restriktionen kan ikke begrundes i medfør af artikel 30 i traktaten, herunder fordi der foreligger totalharmonisering (jfr. bl.a. Domstolens dom af 11. december 2003, i sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, præmis 64). Artikel 28 i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab har umiddelbar virkning, forrang frem for og fortrænger således § 6 i bekendtgørelsen.

...

Samlet er det min opfattelse, at vandscooterbekendtgørelsens § 6 er i klar modstrid med både direktivets artikel 4, stk. 1 og traktatens artikel 28, således som den er anvendt af Retten i Kolding.

Til orientering kam jeg oplyse, at en importør af vandscootere, Jet-Trade ApS, anslår, at der pt. findes over 6.000 sejlere af vandscootere i Danmark. I en række politikredse har verseret - og verserer - bødesager svarende til nærværende sag. Forud for afsigelsen af dommen i nærværende sag valgte en lang række politikredse ikke at håndhæve forbuddet på grund af tvivlsomhed vedrørende forbuddets forenelighed med EU-retten.

542

Nærværende sag er første gang, at en dansk domstol har haft lejlighed til at tage stilling til vandscooterforbuddets forenelighed med EU-retten.

...«

På foranledning heraf bad Statsadvokaten i Sønderborg ved brev af 21. december 2005 Skov- og Naturstyrelsen om at komme med bemærkninger til forsvarerens anbringender.

Af Skov- og Naturstyrelsens svar fremgår det i et brev af 7. marts 2006 til Statsadvokaten i Sønderborg bl.a.:

»...«

Forholdet til direktivets art. 4, stk. 1

Forsvareren gør gældende, at forbudet i bekendtgørelsens § 6, stk. 1, udgør et i forhold til direktivets art. 4, stk. 1, uproportionalt indgreb, der i omfang og intensitet, må anses for ulovligt i forhold til direktivets formål. Det forhold, at amterne i medfør af bekendtgørelsens § 6, stk. 2, efter ansøgning kan give tilladelse til sejlads, finder forsvareren ikke i tilstrækkelig grad opløder forbudet.

Det fremgår af præamblen til direktivet, at det helt overordnede formål med direktivet er, at fastsætte *tekniske forskrifter* for indretningen af fritidsfartøjer. Af præamblen til det oprindelige direktiv fremgår ligeledes, at direktivet ikke indeholder bestemmelser om begrænsning af anvendelsen af fritidsfartøjer, efter de er taget i brug.

Direktivets art. 4, stk. 1, relaterer sig alene til markedsføring og ibrugtagning af fritidsfartøjer, der opfylder direktivets tekniske krav, men begrænser i øvrigt ikke staternes muligheder for at regulere sejlads.

Spørgsmålet i nærværende sag er, om de regler om sejlads, Danmark har vedtaget i bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994, er i strid med EU-reglerne. På denne baggrund vurderes forholdet til art. 4 at være irrelevant.

Forholdet til direktivets art. 2, stk. 2

Direktivet gør udtømmende op med hvilke tekniske specifikationer, der kan stilles til blandt andet vandscootere. Der er altså på det område tale om en totalharmonisering. For så vidt angår selve anvendelsen af vandscootere, det vil sige sejlads på medlemsstaternes arealer, er der derimod ikke tale om totalharmonisering.

Dette fremgår af direktivets artikel 2, stk. 2, som videreføres uændret i ændringsdirektivets 2003/44. Af bestemmelsen fremgår, at:

»Bestemmelserne i dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne under iagttagelse af traktaten kan vedtage bestemmelser om sejlads i bestemte farvande for at beskytte miljøet og vandvejenes infrastruktur og for at sikre vandvejenes sikkerhed, forudsat at dette ikke kræver nogen ændring af fartøjer, der er i overensstemmelse med dette direktiv«.

Der er således uagtet direktivets bestemmelser om tekniske specifikationer, mulighed for at medlemsstaterne kan fastsætte nationale regler, der regulerer selve sejladsen, hvis reglerne

- a) ikke udgør en direkte eller indirekte handelsrestriktion, som beskrevet i traktatens art. 28,
- b) omhandler sejlads i bestemte farvande.
- c) har til formål at beskytte miljøet og vandvejenes infrastruktur, eller
- d) har til formål at sikre vandvejenes sikkerhed

Ad a)

Bekendtgørelsens § 6 udgør ikke et absolut forbud mod sejlads. Der er derimod tale om en tilladelsesordning, der skal sikre, at myndighederne konkret vurderer hvor sejlads kan ske, uden at det er til skade for miljøet eller udgør en sikkerhedsmæssig risiko, og at brugerne orienteres herom. Amterne kan i medfør af

bestemmelsens stk. 2, meddele tilladelse efter forhandling med Søfartsstyrelsen og lokale myndigheder.

Bekendtgørelsen indeholder et generelt forbud, men ikke et forbud mod i konkrete sager at meddele tilladelse til anvendelse af vandscootere. Der er således ikke tale om en prohibitiv ordning. Dette fremgår også af bekendtgørelsens formulering.

Der er ikke i, eller i forbindelse med bekendtgørelsen angivet begrænsninger i amternes mulighed for at udstede tilladelser. De situationer, hvor der kan meddeles tilladelse er således ikke begrænset til »særlige« tilfælde. Myndighedernes råderum er heller ikke i en vejledning eller på anden måde begrænset bortset fra bestemmelsen i bekendtgørelsen om, at der ikke kan gives tilladelse i de internationale naturbeskyttelsesområder, der er udlagt på baggrund af EU-direktiver. Forbudet i § 6 skal således ikke række videre end hvad der er nødvendigt for at sikre de hensyn, der også fremgår af direktivets art. 2, stk. 2.

Bekendtgørelsens § 6 udgør efter Skov- og Naturstyrelsens opfattelse ikke en begrænsning i adgangen til hverken køb, salg eller markedsføring af vandscootere. Formålet med bestemmelsen er således ikke at forbyde sejlads, men blot sikre at sejlads sker på en sådan måde, at der tages behørigt hensyn til miljøet og sikkerheden for både badende og sejlene. På denne baggrund vurderes de danske regler hverken direkte eller indirekte at udgøre en handelshindring efter traktatens art. 28.

Reglerne findes af ovennævnte grunde heller ikke at stride mod traktatens proportionalitetsprincip.

Ad b)

Bekendtgørelsens § 6 regulerer sejlads på søterritoriet. Selvom søterritoriet kan betragtes som en i omfang ikke uvæsentlig størrelse, udgør det dog »bestemte farvande« som beskrevet i direktivet. De bestemte farvande der i den forbindelse er tale om, er de farvande, der er omfattet af definitionen »søterritoriet«.

543

Bekendtgørelsen regulerer ikke sejlads på de ferske vande. Der er således ikke et »forbud« mod sejlads med vandscootere på de ferske vande.

Regulering af sejlads i de ferske vande sker med regler, der typisk knytter sig til det enkelte vandområde. Dette skyldes, at de ferske vande i langt højere grad end søterritoriet er forskellige afhængigt af hvilket farvand der er tale om. Der er således andre hensyn at tage til både omboende, flora og fauna.

På denne baggrund vurderes der, både fsva søterritoriet og de ferske vande, at være fastsat nationale regler for sejlads i *bestemte farvande*.

Ad c og d)

Bekendtgørelsens § 6 har til formål at sikre, at hverken miljøet, vandvejenes infrastruktur eller sikkerheden til søs kompromitteres. Det fremgår af kravet om at amterne træffer afgørelse efter forhandling med Søfartsstyrelsen og de lokale myndigheder.

Når der på søterritoriet gælder særlige forhold for vandscootere frem for andre fritidsfartøjer, skyldes dette vandscooterens særlige beskaffenhed. Der er tale om fartøjer, der blandt andet på grund af manøvreedygtighed og hastighed kan forårsage væsentlig anderledes påvirkning på miljøet end sædvanlige motoriserede fritidsfartøjer.

En regel, der uden begrænsning tillader sejlads på søterritoriet med vandscootere, vil kunne føre til en uhensigtsmæssig og ukontrollabel belastning af miljøet, som ikke vil kunne tilgodeses blot ved at indlægge begrænsning i sejladsen på visse nærmere udpegede områder. På denne baggrund vurderes bestemmelsen i § 6, herunder reglerne om tilladelse, ikke at udgøre et uproportionalt indgreb i forhold til sikringen af særligt miljøet, men også sikkerheden til søs.

Forholdet til traktatens art. 28 og 30

I forbindelse med bekendtgørelsens udstedelse, blev de danske regler notificeret for kommissionen. Dette skete netop for at sikre, at reglerne ikke stred mod traktatens art. 28. Da kommissionen ikke reagerede i forbindelse med notifikationen, må det forudsættes, at de danske regler ikke stred mod hverken direktivets eller traktatens bestemmelser.

Forsvareren har anført, at de danske regler udgør en teknisk handelshindring, der strider mod traktatens art. 28. Forsvareren har endvidere anført, at art. 30 ikke finder anvendelse, da der med direktivet er sket totalharmonisering.

Som anført ovenfor under a), finder Skov- og Naturstyrelsen ikke, at de danske regler udgør en handelsrestriktion, der er omfattet af traktatens art. 28.

Såfremt landsretten imidlertid finder, at der er tale om en handelsrestriktion omfattet af traktatens art. 28, er det Skov- og Naturstyrelsens opfattelse, at traktatens art 30 finder anvendelse.

Det begrundes med, at der for så vidt angår bestemmelsen om regulering af sejlads ikke er tale om totalharmonisering, se ovenfor. Der er i traktatens art. 30 hjemmel til at fastsætte nationale regler til blandt andet beskyttelse af menneskers og dyrs liv og sundhed og beskyttelse af planter, når blot disse restriktioner ikke udgør et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne.

De danske regler har netop til formål at beskytte fauna, flora og habitater, samt sikre at sejlads sker på en sådan måde, der ikke udgør en risiko for blandt andet badende, dem der benytter vandscooterne og andre der færdes på søterritoriet.

De danske regler har således netop til formål at varetage de hensyn der oplystes i art. 30.

...«

Skov- og Naturstyrelsen har til brug for ankesagen fra samtlige amter indhentet oplysninger om, hvordan amterne administrerer bekendtgørelsen om regulering af sejlads med vandscootere mv. Det fremgår bl.a. af amternes svar, at der kun er givet tilladelser i henhold til bekendtgørelsens § 6, stk. 2, i få tilfælde.

Tiltalte har for landsretten i det væsentlige forklaret som i 1. instans.

Der er for landsretten endvidere afgivet forklaring af vidnerne Steen Pedersen, Henrik Olesen og Carsten Iversen.

Tiltalte har supplerende forklaret, at politiet stoppede ham ude midt på fjorden, ca. 1 km ud for Skærbæk. Han sejlede hurtigt frem og tilbage, men var stille og roligt sejlet ud fra land. Han har også en motorbåd, og den støjer mere end dobbelt så meget som vandscooteren. Han har det speedbåds-certifikat, som kræves, for at han lovligt kan sejle med vandscooteren. Han troede, at det var tilladt at sejle med vandscooteren 300 m fra land, men han havde ikke undersøgt det nærmere. Han havde givet 65.000 kr. for vandscooteren, som han ikke har længere.

Steen Pedersen har forklaret, at han ejer Jet-Trade ApS., der bl.a. sælger vandscootere. Han får vandscooterne fra en distributør i Holland. Han har været i branchen i ca. 22 år. Skov- og Naturstyrelsen forsøgte i forbindelse med vedtagelsen af vandscooterbekendtgørelsen at udlægge områder, hvor der kunne sejles med dem. Han blev i den forbindelse indkaldt til møder i Skov- og Naturstyrelsen. Da der ikke kunne opnås enighed om at udpege nogle afgrænsede områder, hvor der lovligt kunne sejles med vandscootere, blev det overladt til amterne at give tilladelser efter konkrete ansøgninger. De første vandscootere, der kom på markedet, var væsentlig mindre og lettere end de vandscootere, der er på markedet i dag. Vandscooterne er i dag også væsentligt dyrere og henvender sig til et mere voksent

544

publikum. En vandscooter koster typisk 120-150.000 kr. Den kan sejle med 3 personer og anvendes til at trække vandski. Der er mindst 6.000 vandscootere i Danmark i dag. De støjer ikke ret meget, og er efter hans opfattelse mindre belastende for miljøet end tilsvarende mindre speed- og motorbåde, idet de støjer mindre og forbruger mindre energi. Der skal være mindst 1 m vand under vandscooteren under sejlads med motoren tændt, ellers risikerer man at ødelægge motoren. Det betyder, at den kun med slukket motor kan sejle ind på kysten. Der er en permanent vandscooterbane ved Grenaa. Den er ca. 3 km lang og 1 km bred. Der kan alene sejle to scootere der ad gangen. Der har også været en permanent bane i Esbjerg, men da sejlads krævede, at man var medlem af en klub, blev anvendelsen af banen begrænset og senere opgivet. Det tager typisk et år at få en ansøgning om sejlads behandlet ved amterne. Der gives typisk afslag, med henvisning til at vandscootere er støjforurenende. De regler, der gælder for sejlads med speedbåde, gælder tilsvarende for vandscootere. Afstanden til land skal de fleste steder være 2-300 m. Der må ingen steder sejles helt ind langs stranden. Han oplyser altid sine kunder om bekendtgørelsen og de begrænsninger, den indebærer for sejlads med vandscootere.

Politiassistent Henrik Olesen har forklaret, at han har behandlet mange sager med ulovlig sejlads med vandscootere. Den pågældende dag var der indløbet klager over, at der blev sejlet med vandscootere i Fænø Sund. På vej mod Middelfart fik han øje på tiltalte, der var på vandscooter et godt stykke fra land. Der var ikke klaget over denne sejlads. Dagen efter han havde optaget rapporten, modtog han et respons fra professor Hjalte Rasmussen. Steen Pedersen rettede også henvendelse til ham og bad ham om at lade sagen falde. Der er sædvanligvis blevet sejlet stærkt på de vandscootere, han har observeret.

Carsten Iversen har forklaret, at han er beredskabschef for Roskilde Brandvæsen, der anvender vandscootere som redningsfartøjer på Roskilde Fjord. Roskilde Brandvæsen har siden 2001 haft 2 vandscootere, som er købt hos Jet-Trade ApS. De er indkøbt på hans foranledning, idet han havde set dem anvendt under en ferie, hvor han havde lagt mærke til, at de er meget manøvreedygtige og hurtige. Brandvæsenets motorredningsbåde støjer faktisk mere end vandscooterne. Vandscooterne giver ikke ret store hækbølger, og de er mindre end fra de andre redningsfartøjer. Man kan komme næsten helt ind på land med vandscooterne. Han synes ikke, at der er den store forskel på vandscootere og små speedbåde med samme effekt.

Parterne har i det væsentlige procederet sagen i overensstemmelse med de anbringender, der fremgår af henholdsvis ansøgningen om anketilladelse og brevet af 7. marts 2006 fra Skov- og Naturstyrelsen til Statsadvokaten i Sønderborg.

Landsrettens begrundelse og resultat:

Landsdommerne Eva Staal og Karen Foldager udtaler:

Det fremgår af artikel 2, stk. 2, i Europaparlamentets og Rådets direktiv 94/25/EF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fritidsfartøjer, der er videreført i ændringsdirektiv 2003/44/EF af 16. juni 2003, at bestemmelserne i direktivet, der bl.a. fastsætter tekniske forskrifter for indretning af fritidsfartøjer og herunder vandscootere, ikke er til hinder for, at de enkelte medlemsstater »under iagttagelse af traktaten kan vedtage bestemmelser om sejlads i bestemte farvande for at beskytte miljøet og vandvejenes infrastruktur og for at sikre vandvejenes sikkerhed«.

Skov- og Naturstyrelsen har med hjemmel i dagældende naturbeskyttelseslovs § 29, stk. 1, der kun gælder for ikke erhvervsmæssig sejlads, fastsat reglerne i bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994 om regulering af sejlads med vandscootere mv.

Skov- og Naturstyrelsen har i bekendtgørelsens § 6 forbudt sejlads med vandscootere mv. på søterritoriet. Forbuddet gælder således, uden at de enkelte farvande og fjorde mv. er oplyst særskilt, samtlige farvande omkring Danmark, fjordene, bugterne og havnene, men ikke de ferske vande. Forbuddet, der som ovenfor nævnt alene gælder for ikke erhvervmæssig sejlads, er ikke absolut, idet der er givet amtsrådene hjemmel til at meddele tilladelse til sejlads. Der er ikke i bekendtgørelsen eller i forbindelse med bekendtgørelsen fastsat nærmere begrænsninger for amtsrådenes mulighed for at meddele tilladelse ud over de begrænsninger, der følger af reglerne for de internationale fuglebeskyttelsesområder mv. Det er således overladt til amtsrådene at vurdere konkret, om der for visse områder, der ellers er omfattet af forbuddet, kan gives tilladelse til sejlads, uden at det indebærer en sikkerhedsmæssig risiko eller sker til skade for miljøet.

Det fremgår af Skov- og Naturstyrelsens redegørelse i brevet af 7. marts 2006, at formålet med bestemmelsen om forbud og tilladelse i bekendtgørelsens § 6 har været at sikre, at sejlads sker på en sådan måde, at der tages behørigt hensyn til miljøet og sikkerheden for både badende og sejlene. Redegørelsen må endvidere forstås således, at det har været styrelsens vurdering, at vandscooterens særlige beskaffenhed, herunder deres manøvreedygtighed og hastighed, indebærer en så u hensigtsmæssig og ukontrollabel belastning for miljøet, at det har været tvingende nødvendigt for at tilgodese hensynene hertil at etablere en ordning, der ikke kun fastsætter begrænsninger for sejlads på mere specifikt

545

udpegede dele af søterritoriet og i øvrigt tillader sejlads uden begrænsninger.

Under disse anførte omstændigheder finder vi, at vandscooterbekendtgørelsen opfylder alle direktivets betingelser for en begrænsning af sejladsen med vandscootere mv., herunder de, der følger af henvisningen til traktaten, særligt den påberåbte artikel 28 og det gældende proportionalitetsprincip.

Selv om det efter de foreliggende oplysninger forekommer, at bekendtgørelsens § 6, stk. 2, praktiseres temmelig restriktivt, og at der ikke tages tilstrækkeligt hensyn til de oplysninger, der er fremkommet under sagen, hvorefter nutidige vandscootere skulle adskille sig væsentligt fra de første, der kom på markedet, herunder med hensyn til støjniveau og brændstofforbrug, finder vi ikke, at denne restriktive praksis for, hvornår der meddeles tilladelse, i sig selv kan føre til, at bekendtgørelsen er i strid med de omhandlede EU-regler.

Vi stemmer derfor for at finde tiltalte skyldig i den rejste tiltale.

Landsdommer Claus Larsen udtaler:

Det fremgår af artikel 2, stk. 2, i Europaparlamentets og Rådets direktiv 94/25/EF, at de enkelte medlemsstater »under iagttagelse af traktaten kan vedtage bestemmelser om sejlads i bestemte farvande for at beskytte miljøet og vandvejenes infrastruktur og for at sikre vandvejenes sikkerhed«, og af art. 4, stk. 1, i ændringsdirektiv 2003/44/EF af 16. juni 2003 om anvendelse af bl.a. vandscootere, at »Medlemsstaterne kan ikke forbyde, begrænse eller hindre markedsføring i Fællesskabet og/eller ibrugtagning på deres område . . .«.

Af bekendtgørelsens § 6, stk. 1, fremgår, at sejlads med vandscootere på søterritoriet er forbudt. Efter stk. 2 kan sejlads dog ske efter tilladelse fra amtsrådene.

Det må efter de foreliggende oplysninger lægges til grund, at der er givet meget få tilladelser efter bekendtgørelsens § 6, stk. 2, og at der således også i praksis er et generelt forbud mod sejlads med vandscootere.

Anklagemyndigheden har gjort gældende, at det danske søterritorium er omfattet af bestemte farvande i art. 2, stk. 2. Uanset

at det er tvivlsomt, om hele det danske søterritorium kan være bestemte farvande, finder jeg ikke efter bevisførelsen, at anklagemyndigheden har godtgjort, at hensynet til miljøet eller vandvejenes sikkerhed og infrastruktur nødvendiggør et generelt forbud mod sejlads med vandscootere i samtlige farvande omkring Danmark, fjordene, bugterne og havnene.

Selvom forbuddet i bekendtgørelsens § 6 ikke er absolut, finder jeg, at et generelt forbud strider mod ovennævnte EU-direktiver og betingelserne for at forbyde sejlads med vandscootere, jf. art. 2, stk. 2. Et generelt forbud finder jeg endvidere rækker videre end nødvendigt og således stridende mod den gældende grundsætning om proportionalitet.

Under disse omstændigheder finder jeg ikke, at vandscooterbekendtgørelsen opfylder direktivets betingelser for en begrænsning af sejladsen med vandscootere.

Jeg stemmer derfor for at frifinde tiltalte i den rejste tiltale.

Efter stemmeflertallet tiltrædes det herefter, at tiltalte er fundet skyldig som sket.

Det tiltrædes, at straffen er fastsat som sket, og landsretten stadfæster herefter dommen.

- - -

Højesteret

Højesterets dom.

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten i Kolding den 23. maj 2005 og af Vestre Landsrets 4. afdeling den 7. september 2006.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Børge Dahl, Peter Blok, Jytte Scharling, Poul Dahl Jensen og Henrik Waaben.

Påstande

Dommen er anket af T med påstand om frifindelse.

Anklagemyndigheden har påstået stadfæstelse.

Anbringender

Rigsadvokaten har anført, at T har overtrådt reglerne i den dagældende bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994, nu bekendtgørelse nr. 1315 af 20. november 2006, om regulering af sejlads med vandscootere mv., og at der ikke er grundlag for at tilsidesætte disse regler for at sikre, at Danmark overholder sine forpligtelser i forhold til artikel 34 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF).

Det bestrides ikke, at bekendtgørelsens forbud mod sejlads med vandscootere efter EU-Domstolens praksis udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en handelshindring, jf. TEUF artikel 34, da ordningen udgør en så væsentlig begrænsning i brugen af vandscootere, at disses adgang til det danske marked forhindres. De danske regler er imidlertid begrundet i miljøhensyn mv., som efter EU-Domstolens praksis kan begrunde nationale foranstaltninger, der kan hindre samhandlen.

Det er uomtvisteligt, at en begrænsning af eller et forbud mod brugen af vandscootere er midler, der kan sikre beskyttelsen af miljøet. Det er i den forbindelse uden betydning, at myndighedsopgaven efter vandscooterbekendtgørelsen er henlagt til kommunalbestyrelsen. Der er intet grundlag for at antage, at denne ordning skulle indebære, at reguleringen ikke er egnet til at sikre beskyttelsen af miljøet.

Ved vurderingen af, om indgrebet har været nødvendigt, eller om målet kan nås med mindre restriktive foranstaltninger, stiller EU-Domstolen efter praksis relativt lempelige krav til medlemsstaterne. På et

546

retsområde, hvor der ikke er sket harmonisering af reglerne om anvendelse af det pågældende produkt, tilkommer det som udgangspunkt medlemsstaterne at fastlægge beskyttelsesniveauet. EU-Domstolen indrømmer således medlemsstaterne en betydelig

skønsmargin ved vurderingen af, om et indgreb har været nødvendigt. Medlemsstaterne er ikke forpligtede til at gennemføre de mindst muligt indgribende regler. Medlemsstaten kan endvidere nå de beskyttelsesværdige formål ved at indføre almene og enkle regler, som tager højde for f.eks. geografiske særegenheder i medlemsstaten, og som de nationale myndigheder let kan forvalte og håndhæve.

Den danske ordning kan således ikke i sig selv antages at mangle proportionalitet.

Heller ikke myndighedernes administration af tilladelsesordningen betyder, at ordningen savner proportionalitet. Siden ordningens indførelse har der været etableret i alt fem sejladsområder, hvor sejlads med vandscootere har været tilladt, og to af dem eksisterer fortsat. Derudover har først amtskommunerne og siden kommunerne behandlet en række ansøgninger om tilladelser, hvoraf nogle er blevet imødekommet, andre afslået. Praksis viser, at tilladelsesordningen på den ene side sikrer et højt miljøbeskyttelsesniveau, og på den anden side gør det muligt at sejle med vandscootere de steder, hvor det ikke giver anledning til problemer.

Den danske ordning adskiller sig grundlæggende fra den svenske, idet den svenske ordning er indrettet således, at det fremgår direkte af reglerne, at der er områder, hvor vandscootersejlads ikke vil medføre miljømæssige problemer, og hvor de svenske myndigheder derfor skal tillade sejlads.

Kommissionen har efter en gennemgang af den danske regulering og administration på området besluttet ikke at indlede traktatkrænkelssag mod Danmark.

Thar anført, at sejladsforbuddet i vandscooterbekendtgørelsen er en handelshindring omfattet af TEUF artikel 34. Det bestrides ikke, at de hensyn, der må antages at være baggrunden for ordningen, kan være anerkendelsesværdige formål, herunder navnlig hensynet til støjforurening, naturbeskyttelse, fiskeri og badendes sikkerhed.

Den danske ordning er imidlertid ikke egnet til at nå de tilstræbte anerkendelsesværdige formål, da forbuddet i vandscooterbekendtgørelsen er gennemhullet af en dispensationsadgang, hvor den amtskommunale/kommunale myndighed uden at være underlagt statslige retningslinjer kan give tilladelse til sejlads uden andre begrænsninger end dem, der følger af forbuddet mod sejlads i fuglebeskyttelsesområder mv.

Endvidere er der ikke sket nogen fastlæggelse af myndighedernes geografiske kompetence gennem en opdeling af søterritoriet, hvilket er en forudsætning for en ordentlig og meningsfuld retlig regulering og forvaltning.

Forbuddet er endvidere ikke proportionalt, men går langt videre end hensynene til miljø og sikkerhed kan begrunde. De danske regler indeholder ingen afvejning af hensynet til at give adgang til vandscootersejlads over for modstående hensyn, og det er åbenbart, at det forbud, der gælder, hvor amtskommunerne/kommunerne ikke har truffet anden afgørelse, omfatter områder, hvor miljøhensyn eller andre hensyn ikke kan føres frem med nogen vægt. At de danske regler, således som de har været administreret i praksis, er langt mere restriktive end nødvendigt, fremgår utvetydigt af de forhandlinger, der blev ført forud for gennemførelsen af bekendtgørelsen.

Det er i den forbindelse også uforståeligt, hvorfor der stort set gælder et totalforbud mod sejlads med vandscootere, mens speedbåde kan sejle næsten overalt. Ved reguleringen af sejlads med speedbåde er det tydeligt demonstreret, at det er muligt at foretage en målrettet og præcis regulering. Det kan ikke føre til et andet resultat, at et totalt sejladsforbud måtte være lettere for myndighederne at administrere.

Forbuddet opfylder ikke de krav, der er fastsat af EU-Domstolen i sagerne mod Mickelsson og Sandström (C-142/05 og C-433/05). Efter den danske ordning består der således ingen forpligtelse til at udpege sejladsområder, og myndighederne har heller ikke, bortset fra enkelte »baner«, faktisk udpeget områder, hvor vandscootersejlads kan ske.

Det er uden betydning, at Kommissionen har undladt at indlede traktatkrænkelssag mod Danmark, da dette bl.a. kan skyldes politiske og ressourcemæssige hensyn, og da danske domstole under alle omstændigheder skal håndhæve EU-retten.

Supplerende sagsfremstilling

Vandscooterbekendtgørelsens tilblivelse

I årene forud for udstedelsen af bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994 om regulering af sejlads med vandscootere mv. (vandscooterbekendtgørelsen) var der mellem bl.a. Miljøministeriet, Skov- og Naturstyrelsen, Amtsrådsforeningen og de enkelte amter forhandlinger om en regulering af sejlads med vandscootere på det danske søterritorium. Fra Miljøministeriet, Skov- og Naturstyrelsens side pegede man først på en ordning, hvorefter sejlads med bl.a. vandscootere på søterritoriet samt på søer og vandløb kun var tilladt, hvor dette var angivet på et kort, der skulle optages som bilag til en bekendtgørelse om vandscootersejlads. Herudover skulle de enkelte amtsråd efter forhandling med bl.a. miljøministeren kunne meddele dispensation fra forbuddet. Under forhandlingerne om ordningen viste det sig, at flere amter ikke eller kun i begrænset omfang ønskede at udpege områder, hvor sejlads med

547

vandscootere kunne ske. Et revideret bekendtgørelsesudkast, som Skov- og Naturstyrelsen sendte til høring den 17. maj 1994, indeholdt i stedet en ordning, hvorefter sejlads med vandscootere kun var reguleret inden for en afstand af 300 m fra kysten, ligesom vandscootersejlads skulle være forbudt i visse naturbeskyttelsesområder. Det er oplyst, at der fra amtslig side blev protesteret mod en sådan ordning, fordi den ikke fandtes at tage fornødent hensyn til miljøet, rekreative interesser mv.

Resultatet blev udstedelsen af bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994. Denne bekendtgørelse indeholdt dels en midlertidig ordning, dels en permanent ordning. Den midlertidige ordning var udformet i overensstemmelse med det bekendtgørelsesudkast, som blev sendt til høring den 17. maj 1994, dvs. en ordning baseret på en regulering inden for 300 m fra kysten. Den permanente ordning byggede på et generelt forbud mod sejlads med vandscootere, men med mulighed for at få dispensation fra amtet. Både den midlertidige og den permanente ordning forbød vandscootersejlads i visse naturbeskyttelsesområder. Den midlertidige ordning var gældende fra den 15. juli 1994 til den 1. juni 1995, hvor den blev afløst af den permanente ordning.

Praksis efter vandscooterbekendtgørelsen

Rigsadvokaten har fremlagt materiale om de danske myndigheders administration af tilladelsesordningen i vandscooterbekendtgørelsen. Det fremgår heraf, at der har været udlagt 5 vandscooterbaner, hvoraf to fortsat eksisterer - en bane ud for Grenaa og en bane i Københavns Nordhavn. Med hensyn til konkrete tilladelser fremgår det, at et amt har meddelt tilladelse til sejlads i forbindelse med afholdelse af havnefest, mens to amter har meddelt tilladelse til afholdelse af jetskistævner. Derudover er der meddelt 10 tilladelser, hvor det ikke fremgår, hvad tilladelsen er meddelt til, mens der er meddelt 27 afslag med - i det omfang de er oplyst - varierende begrundelser.

Retspraksis fra EU-Domstolen

EU-Domstolen har i en dom af 4. juni 2009 (sag C-142/05: Åklagaren mod Percy Mickelsson og Joakim Roos) udtalt sig om

fortolkningen af EU-retten i relation til den svenske regulering af vandscootersejlsads. Af dommen fremgår bl.a.:

»Retsforskrifter

...

Nationale bestemmelser

11 Bekendtgørelsens § 2 foreskriver:

»Vandscootere må udelukkende anvendes på offentlige vandveje og i sådanne vandområder som omhandlet i § 3, stk. 1.«

12 I henhold til den nationale bekendtgørelses § 3 gælder følgende:

»Länsstyrelsen kan udstede forskrifter om, i hvilke vandområder i länet, ud over de offentlige vandveje, det er lovligt at anvende vandscootere. Länsstyrelsen skal imidlertid altid udstede sådanne forskrifter for:

1) vandområder, der er så stærkt påvirket af menneskebetingede aktiviteter, at de i forbindelse hermed forekommende støjmissioner og andre forstyrrelser i forbindelse med anvendelsen af vandscootere ikke kan anses for at medføre væsentlige ulemper for mennesker eller miljøet

2) vandområder, der ikke ligger i nærheden af beboelsesområder eller fritidshusområder, og som har ringe natur- og kulturmiljømessig værdi og ringe værdi for den biologiske mangfoldighed, friluftslivet, fritidsfiskeriet, erhvervsfiskeriet og

3) andre vandområder, hvor anvendelsen af vandscootere ikke medfører ulemper for offentligheden i form af støjmissioner eller andre forstyrrelser, og som heller ikke medfører risiko for skade eller forstyrrelser af betydning for dyre- og plantelivet eller spredning af smitsomme sygdomme.

Länsstyrelsen kan desuden udstede forskrifter om begrænsning af vandscooteranvendelse på offentlige vandveje, såfremt dette er nødvendigt for at undgå, at sådanne ulemper eller risici for skader, som omhandlet i § 3, stk. 1, ikke forekommer, samt om kørsel til og fra offentlige vandveje.«

...

Om de præjudicielle spørgsmål

...

Fortolkningen af artikel 28 EF og 30 EF [nu TEUF artikel 34 og 36]

24 Det skal bemærkes, at en medlemsstats foranstaltninger, der tilsigter eller bevirker, at varer hidrørende fra andre medlemsstater behandles mindre gunstigt, ligesom de hindringer for de frie varebevægelser, der i mangel af en harmonisering af lovgivningerne følger af, at der på varer hidrørende fra andre medlemsstater, hvor de er lovligt fremstillet og bragt i omsætning, anvendes regler om, hvilke betingelser sådanne varer skal opfylde, og det uanset om sådanne regler anvendes uden forskel på alle varer, skal anses for »kvantitative indførselsrestriktioner« i henhold til artikel 28 EF (jf. i denne retning dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe-Zentral, »Cassis de Dijon«, Sml. s. 649, præmis 6, 14 og 15, af 26.6.1997, sag C-368/95, Familiapress, Sml. I, s. 3689, præmis 8, og af 11.12.2003, sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Sml. I, s. 14887, præmis 67). Enhver anden foranstaltning, der hindrer varer med oprindelse i andre medlemsstater adgang til markedet i en medlemsstat, er ligeledes omfattet af samme begreb (jf. dom af 10.2.2009, sag C-110/05, Kommissionen mod Italien, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 37).

548

25 Det fremgår af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, at på det tidspunkt, hvor hovedsagens faktiske omstændigheder fandt sted, var der ikke udpeget vandområder, der var åbne for vandscootersejlsads, således at brugen af vandscootere kun var tilladt på de offentlige vandveje. De taltale i hovedsagen og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har imidlertid gjort gældende, at disse veje er beregnet til tung erhvervs-mæssig

trafik, der gør brugen af vandscootere farlig, og at størstedelen af svenske sejlbare vandområder under alle omstændigheder befinder sig uden for nævnte vandveje. De reelle muligheder for at bruge vandscootere i Sverige er derfor alene marginale.

26 Selv om den omhandlede nationale bekendtgørelse hverken tilsigter eller bevirker, at varer hidrørende fra andre medlemsstater behandles mindre gunstigt, hvilket det påhviler den forelæggende ret at undersøge, har den i bekendtgørelsen fastsatte begrænsning af anvendelsen af en vare i en medlemsstat betydelig indflydelse på forbrugernes adfærd, som atter kan påvirke varens adgang til markedet i denne medlemsstat (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 56).

27 Forbrugerne har nemlig, når de ved, at den tilladte brug i henhold til sådanne retsforskrifter er meget begrænset, kun en mindre interesse i at købe den pågældende vare (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 57).

28 Når de nationale bestemmelser om udpegning af vandområder og vandveje bevirker, at brugerne af vandscootere forhindres i at anvende disse varer efter deres formål, eller begrænser brugen heraf væsentligt - hvilket det tilkommer den forelæggende ret at undersøge - har sådanne bestemmelser til virkning, at disse varers adgang til det omhandlede nationale marked forhindres, og de udgør derfor - med forbehold af en begrundelse i henhold til artikel 30 EF eller i henhold til tvingende almene hensyn - en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion, der er forbudt ved artikel 28 EF.

29 Desuden skal den nationale bestemmelse i begge tilfælde være egnet til at sikre opfyldelsen af det forfulgte formål og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå formålet (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 59 og den heri nævnte retspraksis).

30 Den svenske regering har gjort gældende, at den nationale bekendtgørelse er begrundet i miljøbeskyttelseshensyn samt formålene i artikel 30 EF. Begrænsningen i brugen af vandscootere i de fastlagte områder gør det bl.a. muligt at undgå uacceptable forstyrrelser for miljøet. Brugen af vandscootere har således negativ indvirkning på dyrelivet, navnlig når et sådant fartøj bruges over lang tid på et mindre område eller sejler meget hurtigt. De samlede støjmissioner forstyrrer mennesker og dyr og navnlig visse beskyttede fuglearter. Endvidere vil fri scootertransport lette spredningen af dyresygdomme.

31 Det skal i denne forbindelse anføres, at artikel 28 EF ifølge artikel 30 EF ikke er til hinder for importforbud eller importrestriktioner, der er begrundet i bl.a. hensynet til beskyttelse af menneskers og dyrs liv og sundhed eller beskyttelse af planter.

32 Ifølge fast retspraksis kan formålet med beskyttelsen af miljøet i øvrigt begrunde nationale foranstaltninger, der kan hindre samhandelen i Fællesskabet, forudsat at disse foranstaltninger er afpasset efter formålet (jf. dom af 11.12.2008, sag C-524/07, Kommissionen mod Østrig, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

33 Eftersom beskyttelsen af miljøet på den ene side og beskyttelsen af menneskers og dyrs liv og sundhed såvel som beskyttelsen af planter på den anden side i det foreliggende tilfælde er formål, der er nært forbundne, skal disse formål undersøges samlet med henblik på at bedømme, om en retsforskrift som den i tvisten i hovedsagen omhandlede er begrundet.

34 Det er uomtvisteligt, at en begrænsning eller et forbud mod brug af vandscootere er midler, der kan sikre beskyttelsen af miljøet. For at den nationale bekendtgørelse kan anses for begrundet, skal de nationale myndigheder imidlertid stadig godtgøre, at de indskrænkende virkninger, som den har for varernes frie

bevægelighed, ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at nå nævnte formål.

35 Den svenske regering har gjort gældende, at der trods forbuddet mod brug af vandscootere findes ca. 300 offentlige vandveje ud for de svenske kyster og i de største indsøer, hvilket udgør meget store områder. Desuden udelukker den geografiske situation for disse vandområder i Sverige foranstaltninger med en anden rækkevidde end den, der følger af bestemmelserne i den i hovedsagen omhandlede nationale bekendtgørelse.

36 Skønt det i denne henseende i den foreliggende sag ikke er udelukket, at andre foranstaltninger end forbuddet i den nationale bekendtgørelses § 2 kan sikre et vist miljøbeskyttelsesniveau, forholder det sig dog ikke desto mindre således, at medlemsstaterne ikke kan afskæres fra muligheden for at nå et formål som beskyttelsen af miljøet ved at indføre generelle regler, som er nødvendige på grund af den berørte medlemsstats geografiske særegenheder, og som de nationale myndigheder let kan forvalte og håndhæve (jf. analogt dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 67).

37 Den nationale bekendtgørelse foreskriver et generelt forbud mod brugen af vandscootere uden for de

549

offentlige vandveje med forbehold for länsstyrelsens udpegning af områder uden for disse veje, hvor vandscooterne kan anvendes. I denne forbindelse skal länsstyrelsen i henhold til selve ordlyden af den nationale bekendtgørelses § 3 udstede sådanne forskrifter på de i denne bestemmelse fastsatte betingelser.

38 Hvad angår den omhandlede foranstaltnings påståede nødvendighed skal det således konstateres, at den nationale bekendtgørelses ordlyd i sig selv giver grund til at antage, at der i de områder, der således via iværksættelsesforanstaltninger skal udpeges, kan bruges vandscootere, uden af dette medfører risiko eller skade, der skønnes at være uacceptable for miljøet. Det følger heraf, at et generelt forbud mod at anvende sådanne varer uden for de offentlige vandveje er en foranstaltning, der går videre, end hvad der er nødvendigt for at nå formålet om beskyttelsen af miljøet.

39 Retsforskrifter som de i hovedsagen omhandlede kan i princippet anses for at være forholdsmæssige på betingelse af, for det første, at de kompetente nationale myndigheder er forpligtede til at træffe sådanne iværksættelsesforanstaltninger, og dernæst, at disse myndigheder faktisk har udøvet den kompetence, som er tildelt dem i denne henseende, og at de har udpeget de områder, der opfylder betingelserne i den nationale bekendtgørelse, og endelig at sådanne foranstaltninger er vedtaget inden for en rimelig frist efter denne bekendtgørelses ikrafttræden.

40 Det følger heraf, at nationale retsfor skrifter som de i hovedsagen omhandlede kan begrundes med miljøbeskyttelseshensyn med forbehold for, at de førnævnte betingelser opfyldes. Det påhviler den forelæggende ret at undersøge, om disse betingelser er opfyldt i hovedsagen.

41 Det skal i den forbindelse bemærkes, at bedømmelsen af de faktiske omstændigheder inden for rammerne af en procedure i henhold til artikel 234 EF, som er baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner, henhører under den nationale rets kompetence (dom af 14.2.2008, sag C-450/06, Varec, Sml. I, s. 581, præmis 23). Med henblik på at give den nationale ret et hensigtsmæssigt svar kan Domstolen imidlertid som led i samarbejdet med de nationale domstole give denne alle de oplysninger, som den finder nødvendige (jf. dom af 1.7.2008, sag C-49/07, MOTOE, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 30).

42 I det foreliggende tilfælde havde den nationale bekendtgørelse på det tidspunkt, hvor de faktiske omstændigheder i hovedsagen

fundt sted, kun været i kraft i ca. tre uger. Den manglende vedtagelse af nævnte iværksættelsesforanstaltninger til denne bekendtgørelse bør, eftersom den kun lige var trådt i kraft, imidlertid ikke nødvendigvis påvirke forholdsmæssigheden heraf, for så vidt som den kompetente myndighed ikke havde den nødvendige tid til at forberede de pågældende foranstaltninger, hvilket det tilkommer den nationale ret at efterprøve.

43 Såfremt den forelæggende ret finder, at iværksættelsesforanstaltningerne blev vedtaget inden for en rimelig frist, men efter at de faktiske omstændigheder i hovedsagen fandt sted, og at disse udpeger de vandområder, hvori de i hovedsagen tiltalte førte vandscootere og på den baggrund blev tiltalt, som sejlbare områder, for at den nationale foranstaltning kan forblive forholdsmæssig og således fortsat kan begrundes med miljøbeskyttelseshensynet, skal det desuden være muligt for de tiltalte at anfægte denne udpegning. Dette følger endvidere ligeledes af det almindelige fællesskabsretlige princip om anvendelse med tilbagevirkende kraft af henholdsvis den mest favorable straffelov og den mildeste straf (jf. i denne retning dom af 3.5.2005, forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi m.fl., Sml. I, s. 3565, præmis 68).

44 Under hensyn til det anførte skal de forelagte spørgsmål besvares med, at direktiv 94/25, som ændret ved direktiv 2003/44, ikke er til hinder for nationale retsfor skrifter, der af miljøbeskyttelseshensyn forbyder brugen af vandscootere uden for de udpegede vandveje. Artikel 28 EF og 30 EF er ikke til hinder for sådanne nationale retsfor skrifter på betingelse af,

- at de kompetente nationale myndigheder er forpligtede til at træffe iværksættelsesforanstaltninger med henblik på udpegning af vandområder uden for de offentlige vandveje, hvori vandscootere kan anvendes

- at disse myndigheder faktisk har udøvet den kompetence, som er tildelt dem i denne henseende, og har udpeget de vandområder, der opfylder betingelserne i de nationale retsfor skrifter, og

- at sådanne foranstaltninger er vedtaget inden for en rimelig frist efter disse retsfor skrifers ikrafttræden.

Det påhviler den forelæggende ret at undersøge, om disse betingelser er opfyldt i hovedsagen.

...«

EU-Domstolen har udtalt sig på tilsvarende måde i en dom af 15. april 2010, der ligeledes angik den svenske regulering af sejlads med vandscootere (sag C-433/05: Straffesagen mod Lars Sandström).

Højesterets begrundelse og resultat

Den danske regulering af sejlads med vandscootere

Efter § 2, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1315 af 20. november 2006 om regulering af sejlads med vandscootere m.v. (vandscooterbekendtgørelsen) er sejlads med vandscootere på søterritoriet forbudt. Efter § 2, stk. 2, kan sejlads dog ske efter tilladelse fra

550

kommunalbestyrelserne, idet kommunerne dog ikke kan give tilladelse til sejlads i visse særlige naturbeskyttelsesområder, jf. stk. 3. Bekendtgørelsen er udstedt i medfør af naturbeskyttelsesloven. Der er ikke i bekendtgørelsen fastsat kriterier for kommunernes administration af tilladelsesordningen. Kommunalbestyrelsernes afgørelser kan påklages til Naturklagenævnet. Reglerne er en videreførelse af § 6 i den tidligere gældende bekendtgørelse nr. 611 af 4. juli 1994 med den forskel, at kompetencen til at meddele tilladelse efter 1994-bekendtgørelsen lå hos amtsrådene.

Tilladelsesordningen er blevet administreret på den måde, at der dels er udpeget nogle få vandscooterbaner, som permanent kan benyttes af alle borgere - i dag er der to: en i Københavns Nordhavn og en ved Grenaa - dels i begrænset omfang er givet konkrete tilladelser i henhold til ansøgninger om sejlads med vandscootere ved havnefester, stævner mv.

Hovedspørgsmålet under sagen er, om denne regulering af sejlads med vandscootere er i overensstemmelse med EU-retten regler om den fri varebevægelighed, nærmere bestemt Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) artikel 34 og 36 (tidligere EF-Traktatens artikel 28 og 30).

Bedømmelse efter TEUF artikel 34

Efter TEUF artikel 34 er kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning forbudt mellem medlemsstaterne.

EU-Domstolen har i dommen af 4. juni 2009 om den svenske vandscooter-regulering udtalt, at en national regulering, som indebærer et forbud mod eller en væsentlig begrænsning i adgangen til at bruge vandscootere - med forbehold af en begrundelse i henhold til artikel 36 eller tvingende almene hensyn - er »en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion, der er forbudt« (præmis 28).

Den danske regulering indebærer, således som den er blevet administreret, at sejlads med vandscootere er forbudt overalt på søterritoriet alene med undtagelse af to særligt udlagte vandscooterbaner i Københavns Nordhavn og ud for Grenaa samt enkelte tilladelser i henhold til konkrete ansøgninger. Denne regulering indebærer således en væsentlig begrænsning i adgangen til at bruge vandscootere. Reguleringen må derfor i overensstemmelse med EU-Domstolens dom anses for at udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion omfattet af TEUF artikel 34.

Bedømmelse efter TEUF artikel 36 eller tvingende almene hensyn

En sådan regulering omfattet af TEUF artikel 34 er kun lovlig efter EU-retten, hvis den er begrundet i hensyn nævnt i TEUF artikel 36 eller i tvingende almene hensyn, herunder f.eks. hensynet til miljøbeskyttelse. Reguleringen skal endvidere være egnet til at sikre opfyldelsen af det forfulgte formål, og den må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå formålet.

EU-Domstolen har i dommen af 4. juni 2009 udtalt, at den svenske regulering efter sin ordlyd i sig selv giver grund til at antage, at der vil være områder, der kan anvendes til vandscootersejlads uden at medføre risiko eller skade, der skønnes at være uacceptable for miljøet, og at et generelt forbud mod at anvende vandscootere derfor »er en foranstaltning, der går videre, end hvad der er nødvendigt for at nå formålet om beskyttelsen af miljøet« (præmis 38).

EU-Domstolen anførte videre, at retsforskrifter med et i udgangspunktet generelt forbud i princippet kan anses som forholdsmæssige, på betingelse af at myndighederne udpeger de områder, hvor de påberåbte hensyn ikke gør sig gældende, og hvor sejlads med vandscootere derfor er tilladt (præmis 39).

Den danske ordning giver mulighed for, at den enkelte kommune (oprindelig det enkelte amtsråd) udpeger områder, hvori sejlads med vandscootere generelt er tilladt. Det følger således også af de danske regler, at der er grund til at antage, at der vil være områder, som kan anvendes til vandscootersejlads uden at medføre risiko eller skade, der skønnes at være uacceptable for miljøet.

Imidlertid er tilladelsesordningen i vandscooterbekendtgørelsen som nævnt blevet administreret således, at der i dag kun er udpeget to mindre områder, hvor sejlads med vandscootere er tilladt, selv om det må antages, at der i videre omfang vil kunne udpeges områder, hvor sådan sejlads kan ske uden gener eller risici for mennesker eller miljø.

Den danske ordning må derfor som følge af EU-Domstolens bedømmelse i dommen af 4. juni 2009 anses for en foranstaltning, der går videre end nødvendigt for at sikre de påberåbte hensyn til mennesker og miljø.

Konklusion

På den anførte baggrund må den danske regulering af sejlads med vandscootere anses for at være i strid med TEUF artikel 34, jf. artikel 36.

Højesteret frifinder herefter T.

Endvidere frifindes den ved byretten medtiltalte T2, jf. retsplejelovens § 936, stk. 1, sammenholdt med § 927, stk. 2.

Thi kendes for ret:

T og T2 frifindes.

Statskassen skal betale sagens omkostninger for byret, landsret og Højesteret.

U.2012.2247Ø

Om funktionærlovens § 2a, stk. 3, og forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, jf. § 2, stk. 1, set i forhold til EU-retten.

Ansættelses- og arbejdsret 2.2 og 27.3 - EU-ret 2 - Personspørgsmål 3.

- ♦ HK anlagde som mandatar for en ældre medarbejder, A, sag an mod A's private arbejdsgiver med påstand om fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a, stk. 1, og om godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, jf. § 2, stk. 1. A, som i en årrække havde været ansat på funktionærvilkår, var blevet tilbudt og havde modtaget anden beskæftigelse i virksomheden i forbindelse med en fyringsrunde. Han mistede dermed sin funktionærstatus, og fik - i modsætning til sine yngre kolleger, som var fratrædt - ikke fratrædelsesgodtgørelse. Landsretten fandt, at ændringen i ansættelsesforholdene som udgangspunkt betød, at betingelserne for udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a, stk. 1, var opfyldt, uanset at A var forblevet ansat på de ændrede vilkår. Spørgsmålet var herefter, om arbejdsgiveren med henvisning til

2248

§ 2a, stk. 3, i funktionærloven kunne nægte at udbetale fratrædelsesgodtgørelse, fordi arbejdstageren samtidig havde ret til en alderspension, som var betalt af arbejdsgiveren. A gjorde gældende, at nægtelsen ifølge EU-domstolens besvarelse af 12. oktober 2010 af præjudicielle spørgsmål i sag C-499/08, Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen mod Region Syddanmark, var udtryk for aldersdiskrimination i strid med EU-retten, og at reglen i funktionærlovens § 2a, stk. 3, derfor ikke kunne anvendes, idet det følger af EU-domstolens dom af 22. november 2005 i sag C-144/04, Mangold, at der gælder et generelt EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som kunne påberåbes i forhold til den private arbejdsgiver. Landsretten fandt, at det almindelige EU-retlige princip om forskelsbehandling på grund af alder, som EU-domstolen havde fastslået, gælder i Mangolddommen samt dom af 19. januar 2010 i sag C-555/07, Kücükdeveci, måtte antages at have samme anvendelsesområde som forbuddet mod aldersdiskrimination i beskæftigelsesdirektivet. Det fulgte herefter af Ole Andersendommen, at bestemmelsen i funktionærlovens § 2a, stk. 3, ikke blot måtte anses for stridende mod forbuddet mod aldersdiskrimination i beskæftigelsesdirektivet, men også mod

det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Da dette princip ifølge Mangold- og Kücükdeveci-dommene havde direkte virkning i forhold til den private arbejdsgiver, tog landsretten påstanden om fratrædelsesgodtgørelse til følge. Landsretten fandt endvidere, at reglen om godtgørelse i forskelsbehandlingsloven ikke gav ret til godtgørelse i en situation som denne, idet den foreliggende forskelsbehandling fulgte af et almindeligt EU-retligt princip og ikke af selve det direkte, som forskelsbehandlingsloven gennemfører i dansk ret, og der kunne heller ikke af Mangold- og Kücükdeveci-dommene udledes et krav om godtgørelse.

Ø.L.D. 30. marts 2012 i sag 11. afd. nr. B-2674-11

(Katja Høegh, Dorthe Wiisbye, Mikael Friis Rasmussen (kst.)).

HK Danmark som mandatar for A (adv. Tina Sejr Gad, Aarhus) mod

Grafisk Arbejdsgiverforening som mandatar for One2one A/S (adv. Jakob Mose Poulsen, Odense, prøve).

Østre Landsret

Denne sag er anlagt ved Retten i Odense den 24. marts 2011 og er ved kendelse af 10. august 2011 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1. Sagen drejer sig i første række om, hvorvidt A i forbindelse med en varslet stillingsændring hos One2one A/S har haft krav på fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a, stk. 1. I givet fald er det i anden række spørgsmålet, om virksomhedens nægtelse af at udbetale godtgørelse, under henvisning til at A var berettiget til alderspension fra arbejdsgiveren, jf. funktionærlovens § 2a, stk. 3, er i strid med EU-retten. Såfremt A herefter må anses at have krav på fratrædelsesgodtgørelse, er det endelig spørgsmålet, om virksomhedens manglende udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse indebærer en aldersbetinget forskelsbehandling af A, som berettiger ham til en godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, jf. § 2, stk. 1.

Sagsøgeren, HK Danmark som mandatar for A, har nedlagt påstand om, at One2one A/S skal betale 216.222,36 kr. til A med tillæg af procesrente af 108.111,18 kr. fra den 31. marts 2011 og af 108.111,18 kr. fra sagens anlæg.

Sagsøgte, Grafisk Arbejdsgiverforening som mandatar for One2one A/S (One2one i det følgende), har påstået frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et af retten fastsat mindre beløb end påstået af A.

A har opgjort sit påstandsbetrag således:

§ 2a-godtgørelse

Løn	kr. 32.500,00	
Fritvalgskonto	kr. 327,50	
Fri telefon	kr. 250,00	
Arbejdsgivers pensionsbidrag	kr. 2.959,56	
Løn pr. måned	kr. 36.037,06	
3 måneder heraf		kr. 108.111,18
Godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7		
3 måneders løn a 36.037,06 kr.		kr. 108.111,18
I alt		kr. 216.222,36

One2one har ikke bestridt A's opgørelse af godtgørelseskravet vedrørende § 2a-godtgørelse og rentepåstanden. One2one har for så vidt angår godtgørelseskravet efter forskelsbehandlingsloven ikke bestridt månedslønnen, men har gjort gældende, at en godtgørelse i givet fald skal udmåles til et langt mindre beløb.

Sagsfremstilling

I efteråret 2010 besluttede One2one A/S at nedlægge virksomhedens bogbinderi, som A var leder af. A, der er født i 1950, havde på dette tidspunkt været beskæftiget som funktionær i virksomheden i 33 år, og der er enighed om, at han før år 2000 var indtrådt i en delvist arbejdsgiverbetalt pensionsordning.

A, som var omfattet af funktionæroverenskomsten mellem Grafisk Arbejdsgiverforening og HK/Privat, fik tilbud om anden beskæftigelse i virksomheden. I overenskomstparternes protokollat af 30. september 2010 hedder det herom blandt andet:

2249

»Organisationsforhandling er dags dato afholdt telefonisk for drøftelse af virksomhedens påtænkte vilkårsændring for tillidsrepræsentant A (A).

...

Parterne er enige om, at der foreligger tvingende grunde til den af virksomheden påtænkte ændring, hvorefter det aftales, at A modtager sin nuværende gage til og med 31.3.2011.

Fra og med 1.4.2011 fortsætter A sit ansættelsesforhold i virksomheden som omfattet af den grafiske overenskomst med diverse arbejdsopgaver, herunder i særdeleshed forsendelses- og chaufføropgaver. A's gage reguleres således, at den fra og med 1.4.2011 vil udgøre kr. 26.000 pr. måned. Fra 1.4.2011 udgør A's opsigelsesvarsel 4 uger, indtil A's anciennitet på den grafiske overenskomst betyder, at varslet er længere.

...«

Af protokollatet fremgår desuden, at parterne var uenige om, hvorvidt A i forbindelse med vilkårsændringerne ville være berettiget til fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a, og at HK afhængig af udfaldet af den præjudicielle forelæggelse i den på daværende tidspunkt ved Vestre Landsret verserende sag, Ole Andersen mod Region Syddanmark, tog forbehold for et sådant krav.

A forblev efter den 31. marts 2011 ansat i virksomheden på de i protokollatet anførte vilkår, og han er fortsat ansat i virksomheden.

Retsgrundlag

EU-retten

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (beskæftigelsesdirektivet) indeholder blandt andet følgende bestemmelser:

»Artikel 1

Formål

Formålet med dette direktiv er, med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

Artikel 2

Begrebet forskelsbehandling

1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.

2. I henhold til stk. 1

a) foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet

b) foreligger der indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer . . . , som tilhører en bestemt aldersgruppe, . . . særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre

i) den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, eller

...

Artikel 6

Berettigelse af ulige behandling på grund af alder

1. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

...

Artikel 17

Sanktioner

Medlemsstaterne fastsætter, hvilke sanktioner der skal anvendes ved overtrædelse af de nationale bestemmelser, der er vedtaget til gennemførelse af dette direktiv, og tager alle nødvendige skridt til at sikre deres iværksættelse. Sanktionerne, der kan indebære, at der ydes ofret skadeserstatning, skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning.

...«

I dom af 22. november 2005 i sag C-144/04, Werner Mangold mod Rüdiger Helm, udtalte EF-domstolen (Store Afdeling) blandt andet:

»75. Princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip.

...

77. Under disse omstændigheder påhviler det den nationale ret, som skal træffe afgørelse i en tvist vedrørende princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, inden for rammerne af sine beføjelser at sikre den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af fællesskabsretten, og at sikre dennes fulde virkning, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov . . .

...

78. . . .

Det påhviler den nationale ret at sikre den fulde virkning af det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i

2250

national lov, også selv om fristen for direktivets gennemførelse endnu ikke er udløbet.«

EU-domstolen (Store Afdeling) gentog i sin dom af 19. januar 2010 i sag C-555/07, Seda Kückdeveci mod Swedex GmbH & Co. KG., at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt EU-retligt princip. Det anføres i dommen blandt andet:

»Om de præjudicielle spørgsmål

...

21. Domstolen har i denne sammenhæng anerkendt, at der gælder et princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, der skal anses for et almindeligt EU-retligt princip (jf. i denne retning Mangold-dommen, præmis 75). Direktiv 2000/78 konkretiserer dette princip (jf. analogt dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne Sml. s. 455, præmis 54).

...

23. For at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal kunne finde anvendelse i et tilfælde som det i hovedsagen foreliggende, er det yderligere en forudsætning, at det ligger inden for EU-rettens anvendelsesområde.

24. Herved bemærkes, at til forskel fra den sag, der gav anledning til dom af 23. september 2008, Bartsch (sag C-427/06, Sml. I, s. 7245), har den angiveligt diskriminerende adfærd, der i denne hovedsag er vedtaget med støtte i de omtvistede nationale bestemmelser, fundet sted efter udløbet af den berørte medlemsstats frist for at gennemføre direktiv 2000/78, hvilken frist for Forbundsrepublikken Tysklands vedkommende udløb den 2. december 2006.

25. På denne dato fik direktivet den virkning, at de i hovedsagen omtvistede bestemmelser, der omfatter et område, der er reguleret af samme direktiv, nemlig i det foreliggende tilfælde vilkårene for afskedigelse, blev henført under EU-rettens anvendelsesområde.

...

Afgørelse

...

1) EU-retten, og navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som konkretiseret ved Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, skal fortolkes således, at den er til hinder for nationale bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede, hvorefter beskæftigelsesperioder, som arbejdstageren har tilbagelagt før det fyldte 25. år, ikke tages i betragtning ved beregningen af afskedigelsesfristen.

2) Det påhviler en national ret, der skal afgøre en tvist mellem private, at sikre sig, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som konkretiseret ved direktiv 2000/78, overholdes, idet den om fornødent skal undlade at anvende enhver modstridende national bestemmelse, uanset om den udover den beføjelse, som den har i de tilfælde, der er omhandlet i artikel 267, stk. 2, TEUF, til at forelægge Den Europæiske Unions Domstol præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af dette princip.«

I EU-domstolens (Store Afdeling) dom af 12. oktober 2010 i sag C-499/08, Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen mod Region Syddanmark, udtales det blandt andet:

»Nationale bestemmelser

8. Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (funktionærloven) indeholder i § 2a følgende bestemmelser vedrørende den særlige fratrædelsesgodtgørelse:

»Såfremt en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år, opsiges, skal arbejdsgiveren ved funktionærens fratræden udrede et beløb svarende til henholdsvis 1, 2 eller 3 måneders løn.

Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære folkepension.

Stk. 3. Hvis funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren, og hvis funktionæren er indtrådt i den pågældende pensionsordning før det fyldte 50. år, bortfalder fratrædelsesgodtgørelsen.

[. . .]«

9. Den forelæggende ret har oplyst, at det fremgår af fast national retspraksis, at retten til fratrædelsesgodtgørelse afskæres, hvis en privat pensionsordning, hvortil arbejdsgiveren har bidraget, åbner mulighed for udbetaling af alderspension ved fratrædelsen, også selv om funktionæren ikke ønsker at benytte pensionsordningen. Dette gælder også, selv om pensionsudbetalingen nedsættes som følge af det fremrykkede pensioneringstidspunkt.

..

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

...

17. . . . Vestre Landsret har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal forbuddet mod direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af alder i artikel 2 og 6 i Rådets direktiv 2000/78/EF fortolkes således, at det er til hinder for, at en medlemsstat opretholder en retstilstand, der indebærer, at en arbejdsgiver ved opsigelse af en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år, ved funktionærens fratræden skal udrede godtgørelse svarende til henholdsvis 1, 2 eller 3 måneders løn, men således at denne godtgørelse ikke skal udbetales, hvis funktionæren ved

2251

fratrædelsen har mulighed for en alderspension fra en pensionsordning, hvortil arbejdsgiveren har bidraget?«

...

Om det præjudicielle spørgsmål

...

47. Det følger heraf, at funktionærlovens § 2a, stk. 3 - ved ikke at tillade udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse til en arbejdstager, der, selv om han har ret til udbetaling af en alderspension fra sin arbejdsgiver, ikke desto mindre har til hensigt midlertidigt at give afkald på en sådan pension med henblik på at forfølge sin erhvervsmæssige karriere - gør et for vidtgående indgreb i de legitime interesser for de arbejdstagere, der befinder sig i en sådan situation, og således går ud over det, der er nødvendigt for at opnå de socialpolitiske formål, der forfølges med denne bestemmelse.

48. Den ulige behandling, der følger af funktionærlovens § 2a, stk. 3, kan derfor ikke begrundes i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78.

49. Det præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 2 og artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at de er til hinder for nationale retsforordninger, hvorefter arbejdstagere - alene som følge af den omstændighed, at de har ret til en alderspension udbetalt af deres arbejdsgiver i henhold til en pensionsordning, som de er indtrådt i før det fyldte 50. år - ikke er berettiget til en fratrædelsesgodtgørelse, der er bestemt til at lette overgangen til anden beskæftigelse for arbejdstagere med en anciennitet på over tolv år i virksomheden.«

I sagen mellem Ingeniørforeningen i Danmark som mandatar for Ole Andersen og Region Syddanmark tog regionen efter den præjudicielle afgørelse bekræftende til genmæle over for Ole Andersens påstand om fratrædelsesgodtgørelse. Spørgsmålet om godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven blev afgjort ved Vestre Landsrets dom 11. oktober 2011 gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2012, side 341.

Forskelsbehandlingsloven

Beskæftigelsesdirektivet er for så vidt angår direktivets tværgående bestemmelser og forbuddene mod forskelsbehandling på grund af religion, tro og seksuel orientering gennemført i dansk ret ved lov nr. 253 af 7. april 2003 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. (forskelsbehandlingsloven). For så vidt angår direktivets bestemmelser om forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap og alder er disse gennemført ved lov nr. 1417 af 22. december 2004 om ændring af forskelsbehandlingsloven.

Det anføres i de almindelige bemærkninger i afsnit 2.2 om beskæftigelsesdirektivet i lovforslag nr. 40 af 22. oktober 2003 til den senere lov nr. 253 af 7. april 2003 blandt andet:

»Kredsen af diskriminationskriterier er bredere end forskelsbehandlingslovens, idet loven ikke i dag beskytter mod forskelsbehandling på grund af . . . alder . . .«

I afsnit 3 om lovforslagets indhold hedder det:

»Lovforslaget tager udgangspunkt i direktivets bestemmelser og går ikke videre end direktivets krav, bortset fra at de generelle tværgående bestemmelser, fx om delt bevisbyrde, foreslås at gælde for alle lovens diskriminationskriterier, også dem der ikke er omfattet af de to direktiver, dvs. for kriterierne hudfarve, politisk anskuelse, samt national eller social oprindelse.«

Af de almindelige bemærkninger i afsnit 5.2 i lovforslag nr. 92 af 11. november 2004 til den senere lov nr. 1417 af 22. december 2004 fremgår blandt andet:

»Efter funktionærlovens § 2a har en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år, ret til fratrædelsesgodtgørelse svarende til henholdsvis 1, 2 eller 3 måneders løn, hvis funktionæren opsiges af arbejdsgiveren. Det overordnede formål med bestemmelsen er at yde en godtgørelse til funktionærer efter længere tids ansættelse »for at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre funktionærer« (jf. FT 70/71, tillæg A, spalte 1334). Bestemmelsen finder alene anvendelse, når funktionæren opsiges af arbejdsgiveren. Bestemmelsen gælder også ved uberettiget bortvisning, jf. § 2a, stk. 4. Bestemmelsen indeholder dermed et beskyttelsesformål i forhold til ældres muligheder for at få ny beskæftigelse - i form af løn i længere tid. Bestemmelsen er et eksempel på indirekte forskelsbehandling af yngre funktionærer, og vil derfor skulle vurderes ud fra direktivets artikel 2, stk. 2, litra b. Herefter kan en indirekte forskelsbehandling tillades, hvis den pågældende bestemmelse (her retten til fratrædelsesgodtgørelse betinget af anciennitet) er objektivt begrundet i et legitimt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige. Da formålet med funktionærlovens § 2a er at beskytte ældre funktionærer og lette deres overgang til anden beskæftigelse, vil bestemmelsen kunne opretholdes som saglig indirekte forskelsbehandling, jf. kravene i direktivets artikel 2, stk. 2, litra b. Der foreslås derfor ingen ændringer til funktionærlovens § 2a.«

Godtgørelseskrav som følge af forskelsbehandling på grund af alder blev efter lovændringen omfattet af den allerede gældende bestemmelse i forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1.

Forklaringer

Der er i landsretten afgivet forklaring af A og Finn Vestergaard.

A har forklaret blandt andet, at hans funktion som leder var at få bogbinderiet til at køre. Da der var flest ansat, var han leder for 9-10 medarbejdere. I efteråret 2010 blev han kaldt til et møde med de tre chefer, der fortalte ham, at han ville blive afskediget. Han fik at

2252

vide, at han ville modtage fratrædelsesgodtgørelse. De andre medarbejdere i bogbinderiet blev afskediget. De fik alle udbetalt godtgørelse i forbindelse med deres fratrædelse. På mødet tilbød cheferne ham at fortsætte i en anden funktion i virksomheden. Det var i forsendelsen, hvor han skulle ekspedere varer og bringe dem ud. Han fik at vide, at han ikke ville bevare sin anciennitet. Lønnen ville også være lavere. Hans opsigelsesvarsel er nu 4 uger. Han ved ikke, hvornår varslet forlænges, og heller ikke, hvad der gælder med hensyn til fratræden i den overenskomst, han nu er omfattet af. Han valgte at blive i virksomheden på de nye vilkår, fordi han stadig har nogle gode år tilbage på arbejdsmarkedet, men også fordi lønnen i den nye funktion var højere end den pension, han ellers ville oppebære.

Finn Vestergaard har forklaret blandt andet, at han var administrerende direktør i OneZone A/S indtil efteråret 2010, hvor virksomheden blev overtaget af Clausen Grafisk ApS. Han er nu salgsschef i dette selskab. I efteråret 2010 havde virksomheden svære økonomiske problemer, og da bogbinderiet gav underskud, blev det besluttet at lukke den del af virksomheden. Udgangspunktet

var, at alle medarbejderne i bogbinderiet skulle afskediges. Alle medarbejderne, bortset fra A, blev da også afskediget. Han deltog i det møde, hvor A fik besked om, at bogbinderiet skulle lukkes og medarbejderne afskediges. De havde en længere samtale med A, som fik tilbud om fortsat beskæftigelse på andre vilkår. De ville nødtigt afskedige A, som havde været i virksomheden i over 30 år, og fandt derfor ud af, at de kunne beholde forsendelsesfunktionen i virksomheden i stedet for som først planlagt at bruge eksternt bistand. De stillede ikke A i udsigt, at han ville modtage fratrædelsesgodtgørelse, hvis han blev i virksomheden. Det endte med, at A - vist allerede dagen efter mødet - accepterede at fortsætte i virksomheden på de ændrede vilkår. A er begyndt forfra med hensyn til optjening af anciennitet. Med hensyn til løn og opsigelsesvarsel er der også tale om en helt nyansættelse.

Procedure

A har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument af 20. januar 2012, hvori det anføres:

»Til støtte for den nedlagte påstand om godtgørelse efter funktionærlovens § 2a gøres det gældende,

at sagsøger ved fratrædelsen fra sin funktionærstilling pr. 31. marts 2011 er berettiget til 3 måneders fratrædelsesgodtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2a, stk. 1, idet han på fratrædelsestidspunktet havde været ansat i mere end 33 år.

Det gøres i den forbindelse gældende,

at sagsøger efter sin fratræden fra sin funktionærstilling pr. 31. marts 2011 fortsat er beskæftiget på arbejdsmarkedet, nu i en ikke-funktionærstilling hos sagsøgte,

at såfremt varslede ændringer i ansættelsesforholdet indebærer, at funktionæren mister sin funktionærstatus, udløses krav på fratrædelsesgodtgørelse, jf. U 1995.26H, selvom ansættelsesforholdet fortsættes med de varslede vilkår,

at undtagelsesbestemmelsen i funktionærlovens § 2a, stk. 3 ikke skal finde anvendelse, henset til, at det strider imod EU-retten princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, jf. EU-dom af 12. oktober 2010 (sag C-499/2008),

...

at funktionærlovens § 2a, stk. 3, udgør en sådan bestemmelse [som omhandlet i dommen], og at den efter bestemmelsen udviklede retspraksis . . . følgelig må tilsidesættes som værende i strid med EU-retten,

at EU-retten har forrang frem for national ret,

at det følger af EU-domstolens dom af 22. november 2005 (Mangold C-144/04), at »princippet mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip« (præmis 75), og at den nationale ret har pligt til at undlade at anvende enhver bestemmelse i national lovgivning, der strider imod dette princip,

at Mangold-sagen er udtryk for, at det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder er et klart og præcist princip, der skal tillægges direkte horisontal virkning mellem 2 private parter,

at retspraksis vedrørende undtagelsesbestemmelsen i funktionærlovens § 2a, stk. 3 strider imod EU-retten princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, herunder beskæftigelsesdirektivet og derfor må ændres/tilsidesættes, idet det ved EU-domstolens dom af 12. oktober 2010 (C-499/2008) blev fastslået, at funktionærlovens § 2a, stk. 3 var i strid med beskæftigelsesdirektivet,

at lex specialis synspunktet medfører, at forskelsbehandlingsloven som en speciallov må gå forud for de mere generelle bestemmelser i funktionærloven,

at sagsøgte derfor er forpligtet til at udbetale 3 måneders løn i fratrædelsesgodtgørelse, jf. funktionærlovens § 2a, stk. 1.

Til støtte for den nedlagte påstand om godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7 gøres det gældende,

at EU-domstolens dom af 12. oktober 2010 i sag C-499/2008 utvetydigt angiver, at artikel 2 og artikel 6, stk. 1 i Rådets direktiv 2000/78 af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv skal fortolkes således, at de er til hinder for nationale retsfor skrifter, hvorefter arbejdstager[e] - alene som følge af den omstændighed, at de har ret til en alderspension udbetalt af deres arbejdsgiver i henhold til en

2253

pensionsordning, som de er indtrådt i før det fyldte 50. år - ikke er berettiget til en fratrædelsesgodtgørelse, der er bestemt til at lette overgangen til anden beskæftigelse fra arbejdstagere med en anciennitet på over 12 år i virksomheden,

at princippet mod forskelsbehandling på grund af alder udgør et almindeligt fællesskabsretligt princip, der er umiddelbart anvendeligt i dansk ret henset til, at dansk ret skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten,

at det følger af EU-domstolens dom af 12. oktober 2010 i sag C-499/2008 og Vestre Landsrets dom af 11. oktober 2011 i sagen VL. B-1836-07 Ingeniørforeningen i Danmark som mandatar for Ole Andersen mod Region Syddanmark, at sagsøger er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2a, stk. 1, idet retspraksis efter § 2a, stk. 3, ikke kan anvendes henset til, at sagsøger fortsat udøver beskæftigelse på arbejdsmarkedet,

at manglende udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse til sagsøger i denne situation udgør forskelsbehandling på grund af alder af sagsøger,

at der ikke i denne sag er belæg for ikke at tilkende en godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7,

at der følger af EU-domstolens dom af 12. oktober 2010 i sag C-499/08, Ole Andersen, at funktionærlovens § 2a, stk. 3, således som denne bestemmelse er fortolket i retspraksis, er i strid med beskæftigelsesdirektivet. Som nævnt er det således fastslået ved dommen, at beskæftigelsesdirektivets artikel 2 og 6 er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter arbejdstagere - alene som følge af at de har ret til en alderspension udbetalt af deres arbejdsgiver i henhold til en

»Til støtte for den nedlagte påstand om frifindelse gøres det gældende,

»Til støtte for den nedlagte påstand om frifindelse gøres det gældende,

For så vidt angår det funktionærretlige

at sagsøger ved at vælge at fortsætte som ikke-funktionær hos sagsøgte efter udløbet af det individuelle opsigelsesvarsel har givet afkald på fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a, stk. 1,

idet fratrædelsesgodtgørelse efter FUL's § 2a, stk. 1, skal lette overgangen til anden beskæftigelse, og

idet sagsøger som følge af sit valg om at fortsætte som ikke-funktionær ikke er kommet i den situation, som FUL's § 2a, stk. 1, skal kompensere for,

at sagsøger derfor ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a, stk. 1.

For så vidt angår det EU-retlige

at sagsøger ved sin overgang fra funktionær til ikke-funktionær hos sagsøgte ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2a, stk. 1,

idet sagsøger omfattes af undtagelsesbestemmelsen i funktionærlovens § 2a, stk. 3,

idet Rådets direktiv 2000/78 af 27. november 2000 ikke har umiddelbar virkning i forholdet mellem private, idet direktiver ikke pålægger forpligtelser for sagsøgte som privat virksomhed,

idet Rådets direktiv 2000/78 af 27. november 2000, EU-domstolens dom af 12. oktober 2010 i sag C 499/2008 og EU-retlige

principper ikke medfører, at sagsøger er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a, stk. 1.

For så vidt angår forskelsbehandlingsloven, gøres det gældende, at det efter EU-domstolens dom ikke står klart for sagsøgte, at sagsøger skulle være berettiget til fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a, stk. 1.

idet funktionærlovens § 2a, stk. 3, som klar lovbestemmelse går forud for forskelsbehandlingsloven ud fra et lex specialis-synspunkt,

idet sagsøgte ikke skal censurere klare lovbestemmelser ud fra overvejelser om disses mulige disharmoni med andre lovbestemmelser, og

at sagsøger derfor ikke er berettiget til godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven.

Såfremt sagsøger får medhold i, at sagsøgte skal betale godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven, gøres det gældende,

at godtgørelsen under hensyntagen til sagens omstændigheder skal fastsættes til et væsentligt lavere beløb end påstået af sagsøger.«

Landsrettens begrundelse og resultat:

Stillingsændringen den 1. april 2011 betød, at A ikke længere var omfattet af den mellem HK/privat og Grafisk Arbejdsgiverforening indgåede funktionæroverenskomst, idet han overgik til at være omfattet af parternes timelønsoverenskomst. Det er ubestridt, at A's stilling med hensyn til arbejdsopgaver og vilkår blev ændret væsentligt, og at han i forbindelse med stillingsændringen mistede sin funktionærstatus og optjente anciennitet. Landsretten finder, at der hermed skete en sådan ændring af A's ansættelsesforhold, at betingelserne for udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2a, stk. 1, er opfyldt, uanset at han valgte at forblive ansat i virksomheden på de nu ændrede vilkår, jf. herved også Højesterets dom gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 1995, side 26.

Det følger af EU-domstolens dom af 12. oktober 2010 i sag C-499/08, Ole Andersen, at funktionærlovens § 2a, stk. 3, således som denne bestemmelse er fortolket i retspraksis, er i strid med beskæftigelsesdirektivet. Som nævnt er det således fastslået ved dommen, at beskæftigelsesdirektivets artikel 2 og 6 er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter arbejdstagere - alene som følge af at de har ret til en alderspension udbetalt af deres arbejdsgiver i henhold til en

2254

pensionsordning, som de er indtrådt i, før de fyldte 50 år - ikke har ret til fratrædelsesgodtgørelse, der er bestemt til at lette overgangen til anden beskæftigelse for arbejdstagere med en anciennitet på over 12 år i virksomheden.

Det følger af Domstolens faste praksis, at direktiver ikke i sig selv kan pålægge private forpligtelser, ligesom private ikke kan påberåbe sig et direktiv direkte i en sag mod en anden privat.

Ved dommene af 22. november 2005 i sag C-144/04, Mangold, og 19. januar 2010 i sag C-555/07, Küçükdeveci, har Domstolen imidlertid fastslået, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt EU-retligt princip. I sidstnævnte sag har Domstolen endvidere udtalt, at det påhviler en national ret, der skal afgøre en tvist mellem private, at sikre sig, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder som konkretiseret ved beskæftigelsesdirektivet overholdes, idet den nationale ret om fornødent skal undlade at anvende enhver modstridende national bestemmelse.

Der kan efter Mangold- og Küçükdeveci-dommene ikke antages at være forskel på anvendelsesområdet for det direktivbaserede forbud mod forskelsbehandling på grund af alder og det almindelige EU-retlige princip, hvorefter sådan forskelsbehandling er forbudt.

Som nævnt følger det af Domstolens dom i Ole Andersen-sagen, at bestemmelsen i funktionærlovens § 2a, stk. 3, er i strid med beskæftigelsesdirektivet, for så vidt bestemmelsen medfører, at en arbejdstager under visse betingelser afskæres fra fratrædelsesgodtgørelse som følge af muligheden for at oppebære alderspension fra arbejdsgiveren. Dette indebærer, at bestemmelsen i funktionærlovens § 2a, stk. 3, på samme måde strider mod det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Fristen for gennemførelse af beskæftigelsesdirektivet var udløbet, da One2one afslog at yde godtgørelse til A. Det følger dermed af det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, at One2one ikke var berettiget til at afvise at udbetale godtgørelse til A som sket. Herefter, og da princippet ifølge Domstolens praksis har direkte virkning i forhold til den private arbejdsgiver, One2one, tager landsretten A's påstand om betaling af fratrædelsesgodtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2a, stk. 3, til følge.

Det er herefter spørgsmålet, om A tillige er berettiget til godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, jf. § 2, stk. 1.

Medlemsstaterne skal ifølge beskæftigelsesdirektivets artikel 17 sikre, at overtrædelser af det i direktivet fastsatte forbud mod forskelsbehandling sanktioneres effektivt, og herunder eventuelt med skadeserstatning.

De ved lov nr. 253 af 7. april 2003 og lov nr. 1417 af 22. december 2004 foretagne ændringer i forskelsbehandlingsloven havde til formål at gennemføre beskæftigelsesdirektivet, og herunder artikel 17 om effektive sanktioner. Artikel 17 blev gennemført ved den bestående § 7, stk. 1. Denne bestemmelse kom som følge af tilføjelsen ved lov nr. 1417 af 22. december 2004 af det yderligere aldersdiskriminationskriterium i loven også til at gælde ved forskelsbehandling på grund af alder i strid med direktivet. Det fremgår af forarbejderne til lov nr. 253 af 7. april 2003, at det ikke tilsigtedes at gå videre end direktivets krav. Der er intet i øvrigt, som understøtter, at der ved de to lovændringer er taget højde for eksistensen af et EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, endsige er tilsigtet at fastsætte sanktioner for private arbejdsgivers overtrædelse af dette princip.

Landsretten finder derfor, at bestemmelsen i forskelsbehandlingslovens § 7 ikke kan antages at hjemle et godtgørelseskrav i et tilfælde som nærværende, hvor beskæftigelsesdirektivet ikke kan påberåbes over for arbejdsgiveren, og forskelsbehandlingen således alene udledes af den ved Mangold- og Küçükdeveci-dommene fastslåede direkte virkning af et EU-retligt princip.

Landsretten finder endvidere, at det ikke af den ved Mangold- og Küçükdeveci-dommene fastslåede forpligtelse for retter i medlemsstaterne til at undlade at anvende enhver national bestemmelse, som strider imod det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, kan udledes, at retterne i sådanne tilfælde tillige skal pålægge den private arbejdsgiver en sanktion, herunder eventuelt betaling af godtgørelse.

På den anførte baggrund frifinder landsretten One2one for den del af A's krav, som angår godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven, mens A's øvrige krav tages til følge med renter som påstået.

Efter sagens udfald, karakter og betydning skal ingen af parterne betale noget beløb til den anden part til dækning af udgifter til advokatbistand. Til forholdsmæssig dækning af udgifter til retsafgift skal Grafisk Arbejdsgiverforening som mandatar for One2one betale 2.750 kr. til HK Danmark som mandatar for A.

Thi kendes for ret:

One2one A/S skal betale 108.111,18 kr. med tillæg af procesrente fra den 31. marts 2011 til A.

I sagsomkostninger skal Grafisk Arbejdsgiverforening som mandatar for One2one A/S betale 2.750 kr. til HK Danmark som mandatar for A.

De idømte beløb skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Tilladelsesordningen er blevet administreret på den måde, at der dels er udpeget nogle få vandscooterbaner, som permanent kan benyttes af alle borgere - i dag er der to: en i Københavns Nordhavn og en ved Grenaa - dels i begrænset omfang er givet konkrete tilladelser i henhold til ansøgninger om sejlads med vandscootere ved havnefester, stævner mv.

Hovedspørgsmålet under sagen er, om denne regulering af sejlads med vandscootere er i overensstemmelse med EU-retten regler om den fri varebevægelighed, nærmere bestemt Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) artikel 34 og 36 (tidligere EF-Traktatens artikel 28 og 30).

Bedømmelse efter TEUF artikel 34

Efter TEUF artikel 34 er kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning forbudt mellem medlemsstaterne.

EU-Domstolen har i dommen af 4. juni 2009 om den svenske vandscooter-regulering udtalt, at en national regulering, som indebærer et forbud mod eller en væsentlig begrænsning i adgangen til at bruge vandscootere - med forbehold af en begrundelse i henhold til artikel 36 eller tvingende almene hensyn - er »en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion, der er forbudt« (præmis 28).

Den danske regulering indebærer, således som den er blevet administreret, at sejlads med vandscootere er forbudt overalt på søterritoriet alene med undtagelse af to særligt udlagte vandscooterbaner i Københavns Nordhavn og ud for Grenaa samt enkelte tilladelser i henhold til konkrete ansøgninger. Denne regulering indebærer således en væsentlig begrænsning i adgangen til at bruge vandscootere. Reguleringen må derfor i overensstemmelse med EU-Domstolens dom anses for at udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion omfattet af TEUF artikel 34.

Bedømmelse efter TEUF artikel 36 eller tvingende almene hensyn

En sådan regulering omfattet af TEUF artikel 34 er kun lovlig efter EU-retten, hvis den er begrundet i hensyn nævnt i TEUF artikel 36 eller i tvingende almene hensyn, herunder f.eks. hensynet til miljøbeskyttelse. Reguleringen skal endvidere være egnet til at sikre opfyldelsen af det forfulgte formål, og den må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå formålet.

EU-Domstolen har i dommen af 4. juni 2009 udtalt, at den svenske regulering efter sin ordlyd i sig selv giver grund til at antage, at der vil være områder, der kan anvendes til vandscootersejlads uden at medføre risiko eller skade, der skønnes at være uacceptable for miljøet, og at et generelt forbud mod at anvende vandscootere derfor »er en foranstaltning, der går videre, end hvad der er nødvendigt for at nå formålet om beskyttelsen af miljøet« (præmis 38).

EU-Domstolen anførte videre, at retsforskrifter med et i udgangspunktet generelt forbud i princippet kan anses som forholdsmæssige, på betingelse af at myndighederne udpeger de områder, hvor de påberåbte hensyn ikke gør sig gældende, og hvor sejlads med vandscootere derfor er tilladt (præmis 39).

Den danske ordning giver mulighed for, at den enkelte kommune (oprindelig det enkelte amtsråd) udpeger områder, hvori sejlads med vandscootere generelt er tilladt. Det følger således også af de danske regler, at der er grund til at antage, at der vil være områder, som kan anvendes til vandscootersejlads uden at medføre risiko eller skade, der skønnes at være uacceptable for miljøet.

Imidlertid er tilladelsesordningen i vandscooterbekendtgørelsen som nævnt blevet administreret således, at der i dag kun er udpeget to mindre områder, hvor sejlads med vandscootere er tilladt, selv om det må antages, at der i videre omfang vil kunne udpeges områder, hvor sådan sejlads kan ske uden gener eller risici for mennesker eller miljø.

Den danske ordning må derfor som følge af EU-Domstolens bedømmelse i dommen af 4. juni 2009 anses for en foranstaltning, der går videre end nødvendigt for at sikre de påberåbte hensyn til mennesker og miljø.

Konklusion

På den anførte baggrund må den danske regulering af sejlads med vandscootere anses for at være i strid med TEUF artikel 34, jf. artikel 36.

Højesteret frifinder herefter T.

Endvidere frifindes den ved byretten medtiltalte T2, jf. retsplejelovens § 936, stk. 1, sammenholdt med § 927, stk. 2.

Thi kendes for ret:

T og T2 frifindes.

Statskassen skal betale sagens omkostninger for byret, landsret og Højesteret.

U.2014.1491H

Tysk banks filial i Danmark kunne ikke fradrage tab ved afståelse af anlægsaktier efter 5 års ejerskab. Der forelå ikke EU-stridig forskelsbehandling, og ret til fradrag fulgte heller ikke af den dansk-tyske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

International ret 5 - EU-ret 9 - Skatter 55.9.

- ◆ En dansk filial, L, af en tysk bank afstod i 2003 i forbindelse med fusion noterede aktier i selskabet G efter 5 års ejertid. Fusionen medførte, at aktierne, der var anlægsaktier, skattemæssigt blev anset for solgt til den fortsættende bankfilial, H, i Danmark med et tab på ca. 128 mio. Skattemyndighederne, S, nægtede H fradrag for tabet efter de dagældende regler, hvorefter udenlandske selskabers faste driftsteder i Danmark ikke var skattepligtige af fortjeneste og tab på anlægsaktier uanset ejertid. H anlagde sag mod S og anførte, at nægtelsen af fradrag var i strid med EU-retten og Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomst med Tyskland. Højesteret udtalte, at spørgsmålet om EU-stridig forskelsbehandling skulle afgøres efter den faktisk foreliggende situation, hvor aktiesalget skete efter 5 års ejertid, og hvor et selskab hjemmehørende i Danmark i samme situation heller ikke ville have opnået fradragsret for tab på anlægsaktier. Det kunne ikke føre til et andet resultat, at den dagældende ordning muligt indebar EU-stridig forskelsbehandling i relation til salg af anlægsaktier før 3 års ejertid, hvor danske selskaber i modsætning til udenlandske selskabers faste driftsteder i Danmark kunne få fradrag for tab på anlægsaktier.¹ Dobbeltbeskatningsoverenskomsten måtte forstås sådan, at Danmark havde beskatningsretten vedrørende indtægter, der kunne henføres til et tysk selskabs faste driftssted i Danmark, og da der efter dansk ret ikke var fradrag for

1492

et udenlandsk selskabs faste driftsstedes tab ved salg af anlægsaktier, kunne overenskomsten heller ikke føre til, at der skulle gives H tabsfradrag.² Højesteret stadfæstede herved landsrettens dom.

H.D. 14. februar 2014 i sag 118/2012 (1. afd.)

HSH Nordbank AG, Copenhagen Branch (adv. Arne Møllin Ottosen, Kbh.)

mod

Skatteministeriet (Km.adv. v/adv. Bodil Søes Petersen, Kbh.).

Østre Landsret

Østre Landsrets dom 30. marts 2012 (16. afd.), B-307-10

(Kaspar Linkis, Finn Morten Andersen, Mads Bundgaard Larsen (kst.)).

Denne sag, der er anlagt ved Københavns Byret den 6. oktober 2009, er ved kendelse af 26. januar 2010 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagsøgeren, HSH Nordbank AG, Copenhagen Branch, har nedlagt påstand om, at Skatteministeriet skal anerkende, at HSH Nordbank AG, Copenhagen Branch (tidligere Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale, Copenhagen Branch) ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for indkomståret 2003 kan fradrage et tab på 128.772.571 kr. i forbindelse med afståelsen af sagsøgerens aktier i Gudme Raaschou Bankaktieselskab.

Sagsøgte, Skatteministeriet, har påstået frifindelse.

Sagsfremstilling

Landskatteretten traf afgørelse om det omtvistede fradrag ved kendelse af 6. juli 2009. Af kendelsen fremgår bl.a. følgende:

»Klagen vedrører, om en dansk filial af en tysk bank kan foretage fradrag for tab ved afståelse af anlægsaktier.

Landsskatterettens afgørelse

SKAT, Store Selskaber, Kontrol, har ved opgørelsen af selskabets skattepligtige indkomst for indkomståret 2003 ikke godkendt fradrag for tab på 128.772.751 kr. ved salg af anlægsaktier, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a.

Landsskatteretten stadfæster SKAT, Store Selskaber, Kontrols afgørelse.

...

Sagens oplysninger

Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale (herefter LB Kiel) er en tysk bank, som er skattemæssigt hjemmehørende i Tyskland, og som har hovedkontor i Kiel.

LB Kiel er ejet 25,05 % af staten Schleswig-Holstein, 25,05 % af sparekassernes organisation i Schleswig-Holstein, 39,9 % af West LB og 10 % af Landes-bank Baden-Württemberg.

Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale, Copenhagen Branch (herefter filialen) var et dansk filialkontor af LB Kiel. Filialen blev etableret i 1996 ved, at LB Kiel den 1. juli 1996 købte WestLB Europa AG's danske bankfilial.

Filialen købte hele aktiekapitalen i Gudme Raaschou Bankaktieselskab (herefter Gudme Raaschou) den 24. marts 1998 fra en uafhængig tredjemand. Aktierne indgik som et aktiv i regnskabet for filialen. Der er tale om noterede aktier.

Den 2. juni 2003 fusionerede LB Kiel og LB Hamburg til HSH Nordbank ved en skattepligtig fusion. Dette medførte, at den danske filial af LB Kiel skattemæssigt ophørte, og at der blev etableret en ny filial af HSH Nordbank under navnet HSH Nordbank, Copenhagen Branch. Filialens ophør medførte, at alle aktiver skattemæssigt blev anset for solgt til markedsværdien og overdraget til den fortsættende danske filial.

Blandt de overdragne aktiver var filialens aktier i Gudme Raaschou, som var et 100 % ejet datterselskab. Der er enighed om, at der er tale om anlægsaktier.

Ifølge filialens regnskab for indkomståret 2003 udgjorde den samlede anskaffelsessum for aktierne i Gudme Raaschou 260.772.571 kr. Den 2. juni 2003 blev aktierne vurderet til 132.000.000 kr. Filialen har fratrukket et tab på anlægsaktier på 128.772.571 kr. ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for indkomståret 2003 i perioden fra 1. januar til 2. juni 2003.

Filialen har været begrænset skattepligtig til Danmark i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a.

SKAT, Store Selskaber - Kontrols afgørelse

Filialen er ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for indkomståret 2003 nægtet fradrag for tabet på 128.772.571 kr. ved salg af anlægsaktierne i Gudme Raaschou.

I henhold til aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 1, skal fortjeneste ved afståelse af aktier med en ejertid udover 3 år

¹ FT 2002-03, till. A, s. 1365, FT 2008-09, till. A, s. 7337, og U 2011.2646 H.

² OECD's modeloverenskomst af 1992 med bemærkninger og Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 47-48.

medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Det fremgår af § 4, stk. 4, at tab kan fratrækkes i de tilfælde, hvor en fortjeneste ville have været skattepligtig efter stk. 1. Dette finder i henhold til den dagældende § 4, stk. 6, ikke anvendelse på selskaber omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1-2a, 2c-2f og 3a-5b eller fondsbeskatningsloven.

Med vedtagelse af L 119 ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 blev filialer, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, ligeledes omfattet af undtagelsesbestemmelsen i aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 6.

1493

Det fremgår af TfS 1988.276 DEP, at det i mange år har været praksis, at filialer kun kunne beskattes af fortjeneste ved salg af aktier, såfremt aktierne var ejet som en del af en erhvervsvirksomhed, d.v.s. kunne karakteriseres som næringsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 3.

Ved lov nr. 394 af 28. maj 2003 (L 67 2002/03) § 9, nr. 1, blev selskabsskattelovens § 2 stk. 1, litra a, ændret, således at skattepligten bl.a. omfatter fortjeneste eller tab ved afhændelse, afståelse eller opgivelse af formuegoder, der er knyttet til en erhvervsvirksomhed. For så vidt angår aktier, omfatter skattepligten dog kun fortjeneste, tab og udbytte på aktier omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 3 opgjort efter reglerne for skattepligtige omfattet af § 1. Bestemmelsen har virkning med tilbagevirkende kraft fra og med indkomståret 2002.

Følgende fremgår af bemærkningerne til lovforslag L 67 af 6. november 2002: »Endelig sker der med lovforslaget en lovfæstelse af den tidligere praksis vedrørende aktier og fast driftssted. Det vil sige, at det som udgangspunkt kun er næringsaktier, der er knyttet til faste driftssteder.«

I bemærkningerne til lovforslag L 206 af 22. maj 2002 (Lovforslag L 67 er en genfremsættelse af L 206) har skatteministeren bl.a. om formålet med ændringsforslaget til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, anført: »Formålet med denne del af lovforslaget er at skabe en afklaring ved at lovfæste tidligere praksis, uden at der derved skabes skærpedelser i forhold til nuværende praksis. Lovforslaget sikrer samtidigt foreneligheden med EU-retten ved, at de faste driftssteder ikke beskattes af gevinst og tab på aktier og udbytter i situationer, hvor der ikke ville være sket beskatning af fuldt skattepligtige personer eller selskaber. Et fast driftssted ejet af et udenlandsk selskab vil således være skattefrit ved afståelse af ikke-næringsaktier ejet i mere end 3 år.«

Der er således tale om en kodificering af den tidligere gældende praksis, der tillige anses for at være i overensstemmelse med EU-retten, hvorefter faste driftssteder er ligestillet med fuldt skattepligtige selskaber i forhold til beskatning af anlægsaktier. En udvidelse af den begrænsede skattepligt til også at omfatte aktieavance ved afhændelse af anlægsaktier vil derimod være uforenelig med EU-retten, idet selskabers aktieavancer ved afhændelse af anlægsaktier efter en besiddelse af aktierne i 3 år eller mere er indkomstskattefrie, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 6.

Filialen erhvervede ikke aktierne i Gudme Raaschou Bankaktieselskab som led i sin næringsvirksomhed, jf. aktieavancebeskatningslovens § 3, stk. 1. Aktierne skal derfor skattemæssigt karakteriseres som anlægsaktier.

I henhold til den interne danske regel, jf. selskabsskattelovens 2, stk. 1, litra a, kan anlægsaktier ikke henføres til et fast driftssted ved opgørelsen af begrænset skattepligtig indkomst. Den særlige bestemmelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, regulerer udtømmende begrænset skattepligt for så vidt angår anlægsaktier.

Filialen er herefter i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, ikke skattepligtig af gevinst/tab ved afståelse af anlægsaktier.

Der kan ikke af den dansk/tyske dobbeltbeskatningsoverenskomst udledes et krav om harmonisering af intern skattelovgivning. En dobbeltbeskatningsoverenskomst er endvidere ikke i sig selv hjemmel til beskatning, når der ikke i dansk intern skatteret findes hjemmel hertil.

Der er ikke taget stilling til den talmæssige opgørelse af tabet.

Klagerens påstand og argumenter

Selskabets repræsentant har nedlagt påstand om, at aktierne i Gudme Raaschou henføres til filialen, og at filialen i henhold til den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 4, stk. 4, har fradrag for tabet på 128.772.571 kr. på aktierne i Gudme Raaschou ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for indkomståret 2003.

Til støtte for påstanden har repræsentanten anført, at det er fastslået af Ligningsrådet, at aktierne i Gudme Raaschou skal henføres til filialen, jf. TfS 2004.667 LR, at det modsatte resultat vil være i strid med den dansk-tyske dobbeltbeskatningsoverenskomst og EU-retten, og at faste driftssteder, herunder filialen, i henhold til den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 4, stk. 4, havde fradrag for tab på aktier uanset aktierens ejertid.

Aktierne kan henføres til filialen

Aktierne i Gudme Raaschou kan henføres til filialen, uanset at det fremgår af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, at kun næringsaktier kan henføres til et fast driftssted. Der er enighed om, at aktierne i Gudme Raaschou er anlægsaktier.

Ved fastlæggelsen af aktieavancebeskatningslovens anvendelsesområde var det tidligere i overensstemmelse med TfS 1988.276 DEP antaget, at loven i medfør af kildeskattelovens § 2, stk. 1, litra d, og selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, alene fandt anvendelse på næringsaktier tilknyttet en erhvervsvirksomhed med fast driftssted i Danmark. Praksis blev imidlertid ved Told- og Skattestyrelsens afgørelse offentliggjort i SKM 2002.20 TSS og TfS 2002.80 TSS ændret, således at også ikke-næringsaktier med den fornødne tilknytning til en erhvervsvirksomhed med fast driftssted her i landet statuerede begrænset skattepligt.

Lovgiver har endvidere ved vedtagelsen af lov nr. 221 af 31. marts 2004 (§ 10, nr. 17), dvs. efter tidspunktet, hvor selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, og kildeskattelovens § 2, stk. 1, nr. 4, blev ændret ved lov nr.

1494

394 af 28. maj 2003, forudsætningsvis lagt til grund, at anlægsaktier efter den dagældende selskabsskattelovs § 31, stk. 5, kunne allokere til et dansk fast driftssted. Ifølge denne bestemmelse kunne et fast driftssted således være moderselskab i en dansk sambeskatning med udenlandske datterselskaber tilknyttet det faste driftssted. Med andre ord kan der derfor til et dansk fast driftssted allokere anlægsaktier, uanset at Danmark i 2003 gav afkald på at beskatte sådanne aktier.

Ligningsrådet har i øvrigt i afgørelse af 15. juni 2004 fastslået, at filialen og Gudme Raaschou efter de dagældende regler i selskabsskattelovens § 31 kunne blive sambeskattet, jf. TfS 2004.667 LR. Ligningsrådet har således anerkendt, at anlægsaktier i Gudme Raaschou skal henføres til den danske filial. Følgende fremgår af Told- og Skattestyrelsens indstilling og begrundelse: »Det er vedrørende såvel kriteriet om tilknytning til det faste driftsstedes erhvervsmæssige aktivitet som kriteriet om ledelsens hensigt på erhvervstidspunktet oplyst, at LBC købte aktiekapitalen i GRB og herved indirekte aktierne i GRA, da GRB ejer hele aktiekapitalen i GRA, at GRB udøver virksomhed med investment banking, mens GRA administrerer de investeringsforeninger, som GRB har oprettet, at initiativet til købet af GRB/GRA kom fra den daværende ledelse af LBC, at forhandlingerne om købet af GRB/GRA blev ført af en gruppe bestående af den nuværende filialledelse (Flemming Jensen og

Niels Troen), den tidligere filialledelse (Ulrich Ellerbeck) og en person fra LB Kiels juridiske afdeling, at aftalen blev underskrevet af den daværende filialbestyrer for LBC, at aktierne i GRB/GRA siden købet i 1998 har indgået i LBC's balance, at LBC og GRB udøver virksomhed fra samme domicil, at der i vid udstrækning er sket en økonomisk integration af LBC og GRB, at GRB kun udøver virksomhed i Norden, samt at LBC har betalt den samlede investering i GRB. På denne baggrund finder styrelsen, at aktierne i GRB og dermed indirekte aktierne i GRA må allokere til LBC, og det må følgelig vurderes, hvorvidt LBC's manglende mulighed for sambeskatning med GRB og GRA er i strid med EU-retten«. Det er således allerede én gang fastslået, at aktierne i Gudme Raaschou kan henføres til det faste driftssted.

Skatterådet har endvidere i TfS 2008.305 SR anerkendt, at anlægsaktier kan allokere til et fast driftssted.

Der er derfor ingen tvivl om, at aktierne i Gudme Raaschou kan og skal allokere til filialen.

Den dansk-tyske dobbeltbeskatningsoverenskomst

Problemet i sagen opstår, fordi bestemmelsen i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, blev ændret ved lov nr. 394 af 28. maj 2003, således at den begrænsede skattepligt med virkning fra og med indkomståret 2002 kun omfatter fortjeneste, tab og udbytte på næringsaktier.

Artikel 7 i den dansk/tyske dobbeltbeskatningsoverenskomst vedrørende fortjeneste ved erhvervsvirksomhed regulerer i stk. 2 og 3, hvordan aktiver, passiver, indtægter og udgifter skal allokere mellem hovedkontoret og filialen. Dette kan medføre en anden allokering end den, der følger af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a. Aktierne skal i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 7 allokere til filialen. Dette skal imidlertid ikke ske efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a. Da selskabet påberåber sig overenskomstens artikel 7, skal aktierne allokere til filialen.

Det fremgår hverken af lovbestemmelsen i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, eller af lovforslagets bemærkninger, at Folketinget har tilsigtet at lovgive i strid med den dansk-tyske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Der foreligger således ikke treaty overriding. Den danske lovgivning skal derfor fortolkes i overensstemmelse med de folkeretlige forpligtelser.

Synspunktet om, at Danmark ikke kan lovgive om, at anlægsaktier ikke kan henføres til et fast driftssted, støttes af Niels Winther-Sørensen, som i Skat Udland 2002.370 skriver: »Hertil kommer, at man ikke ved opgørelsen af driftsstedsindkomsten efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten vil kunne nægte en skatteyder at henføre aktietab på anlægsaktier til et fast driftssted i Danmark, såfremt de pågældende aktier har den fornødne tilknytning til det faste driftssted«. Samme forfatter skriver i »Beskatning af international erhvervsindkomst«, 2000, s. 142: »Danmark kan ikke som overenskomstens kildeland gennemføre en beskatning på grundlag af en driftsstedsindkomst, som er højere, end hvis den var opgjort i overensstemmelse med overenskomstens regler«. Der er endvidere henvist til Skatteretten 3, 4. udg., 2006, s. 194 og 206.

På baggrund heraf skal anlægsaktierne i henhold til den dansk-tyske dobbeltbeskatningsoverenskomst henføres til det faste driftssted i Danmark og dermed til filialen.

EU-retten

En manglende adgang til at allokere anlægsaktier til et fast driftssted i Danmark udgør en diskriminerende forskelsbehandling og en restriktion ifølge EF-traktatens bestemmelser om den frie etableringsret og kapitalens frie bevægelighed. Årsagen er, at såfremt LB Kiel havde etableret sig i Danmark med et dansk datterselskab - og ikke en filial - ville anlægsaktierne kunne henføres til dette selskab. Dette synspunkt er bekræftet af

Ligningsrådets afgørelse i TfS 2004.667, hvor Ligningsrådet fandt, at et afslag på anmodning om sambeskatning mellem filialen og Gudme Raaschou var en direkte filialdiskrimination i strid med EF-traktatens art. 43.

EF-traktatens beskyttelse

Filialen, der har hovedkontor i Kiel i Tyskland, er som juridisk person omfattet af EF-traktatens bestemmelser om den frie etableringsret, jf. art. 43 og 48 EF, og om kapitalens frie bevægelighed, jf. art. 56, stk. 1, EF. At filialen er beskyttet mod nationale foranstaltninger -

1495

herunder skatteretlige regler, der hindrer den frie bevægelighed i det indre marked - har som konsekvens, at det kan være i strid med EF-traktaten, såfremt fradragsnægtelsen medfører en diskriminerende forskelsbehandling af sammenlignelige situationer og/eller en restriktion for etableringsretten samt kapitalens frie bevægelighed.

EF-domstolens praksis

Efter EF-domstolens faste praksis skal spørgsmålet om, hvorvidt skatteforvaltningens afgørelse og/eller den danske praksis på området er i strid med gældende fællesskabsret, vurderes i to led: 1) Indledningsvis skal det undersøges, om afgørelsen og/eller den danske praksis udgør en diskriminerende forskelsbehandling af sammenlignelige situationer, og om afgørelsen og/eller den danske praksis udgør en restriktion for etableringsretten og/eller kapitalens frie bevægelighed. 2) Såfremt der kan konstateres en hindring for etableringsretten og/eller kapitalens frie bevægelighed, skal det undersøges, om særlige hensyn kan retfærdiggøre den diskriminerende forskelsbehandling og/eller restriktion.

Diskriminationsforbuddet

Skatteforvaltningen har nægtet fradrag med henvisning til, at anlægsaktier ikke kan henføres til et fast driftssted i Danmark. Efter fast praksis kan anlægsaktier derimod allokere til hjemmehørende (danske) selskaber. Det må derfor undersøges, om fradragsnægtelsen udgør en diskriminerende forskelsbehandling af sammenlignelige situationer. Det vil kunne hævdes, at en filial af et udenlandsk selskab og et dansk hjemmehørende selskab ikke befinder sig i en sammenlignelig situation ved allokeringen af anlægsaktier, idet hjemmehørende selskaber ikke har fradrag for tab på anlægsaktier ejet i mere end 3 år. En sådan tankegang er dog klart blevet afvist af EF-domstolen i adskillige afgørelser på området for direkte skatter. EF-domstolen konkluderede i sag 270/83, Avoir Fiscal, og sag C-307/97, Compagnie de Saint-Gobain, at hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber kan befinde sig i en sammenlignelig situation, såfremt begge personer beskattes ens af en identisk indtægt. Det følger af EF-domstolens afgørelser i sag C-330/91, Commerzbank, og sag C-311/97, Royal Bank of Scotland, at hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber ligeledes kan befinde sig i en sammenlignelig situation, selvom en identisk indtægt behandles skattemæssigt forskelligt. Så længe hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber oppebærer samme type indtægt, kan grundlaget for sammenligningen netop tage sit udgangspunkt i denne fællesnævner. I denne sag er filialen sammenlignelig med et hjemmehørende (dansk) selskab, uanset at filialen og et hjemmehørende (dansk) selskab vil blive beskattet forskelligt ved en allokering af anlægsaktier. Derfor har selskabet krav på, at allokeringen af anlægsaktier til filialen sker efter samme principper, som hvis selskabet havde etableret sig i Danmark med et hjemmehørende (dansk) selskab. På denne baggrund udgør en manglende adgang til at allokere anlægsaktier til et fast driftssted i Danmark en diskriminerende forskelsbehandling af EF-traktatens bestemmelser vedrørende etableringsretten, jf. art. 43 og 48 EF, og kapitalens frie bevægelighed, jf. art. 56, stk. 1 EF.

Restriktionsforbuddet

Højesteret bemærkede i dom af 23. juni 2004, refereret i TfS 2004.542, at idet holdingaktivitet er erhvervsmæssig aktivitet i selskabsretlig henseende, gælder dette også i skatteretlig henseende. Ikke-hjemmehørende selskaber, der udøver holdingvirksomhed gennem et fast driftssted i Danmark, har ikke mulighed for at allokere anlægsaktier til det faste driftssted. Der opstår derfor en hindring for den frie etableringsret og for kapitalens frie bevægelighed. Årsagen er, at tilsvarende anlægsaktier kan allokeres til hjemmehørende (danske) selskaber. En sådan hindring for den frie bevægelighed kan konkret anskues som en diskriminerende restriktion, idet ikke-hjemmehørende selskaber stilles mindre gunstigt i forhold til sammenlignelige hjemmehørende (danske) selskaber. Men hindringen for den frie bevægelighed kan også anskues som en ikke-diskriminerende restriktion, hvor hindringen kommer til udtryk som følge af den konstaterede ufordelagtighed. Uanset om det konkluderes, at hindringen er udtryk for en diskriminerende restriktion eller ej, er den manglende mulighed for allokering af anlægsaktier til et fast driftssted i Danmark næppe forenelig med restriktionsforbuddet i art. 43 og 48 EF og/eller art. 56, stk. 1, EF. Årsagen er, at den manglende mulighed for allokering af anlægsaktier til et fast driftssted i Danmark gør det mindre attraktivt for selskaber beliggende i andre medlemsstater at etablere sig i Danmark uden samtidig at etablere et hjemmehørende (dansk) selskab, hvortil anlægsaktierne kan allokeres.

Retfærdiggør særlige hensyn den konstaterede forskelsbehandling og/eller restriktion

EF-traktatens bestemmelser skaber ikke kun rettigheder for personer, kapital og tjenesteydelser i det indre marked. EF-traktatens bestemmelser forpligter også medlemsstaterne til internt at sikre, at national lovgivning ikke gør adgangen til fri bevægelighed illusorisk. Det er den enkelte medlemsstat, der skal løfte bevisbyrden for, at særlige hensyn retfærdiggør en konstateret hindring for den frie bevægelighed. EF-domstolen har kun godkendt fire hensyn på området for direkte skatter, der på objektive grundlag kan retfærdiggøre en hindring for den frie bevægelighed. Det drejer sig om: 1) hensynet til en effektiv skattekontrol, 2) hensynet til territorialprincippet, 3) sammenhængen i beskatningsordningen samt 4) forebyggelsen af skatteunddragelse.

1496

For så vidt angår hensynet til en effektiv skattekontrol, er medlemsstaterne underlagt et krav om proportionalitet ved deres skattekontrol, og kravet om proportionalitet vurderes strengt. EF-domstolen har i adskillige sager understreget betydningen af, at en medlemsstat har mulighed for at påberåbe sig Rådets direktiv 77/799/EØF af 19. december 1977 om gensidig bistand mellem medlemsstaternes kompetente myndigheder inden for området direkte skatter. Direktivet giver en medlemsstat mulighed for at fremskaffe oplysninger, der gør det muligt for medlemsstaten at foretage en korrekt indkomstskatteansættelse. Hensynet til det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip vejer i denne henseende tungt. Selv i tilfælde, hvor en medlemsstat ikke har adgang til at kræve oplysninger fremlagt med hjemmel i direktivet om gensidig bistand, kan generelle regler på skatteområdet være uproportionale. Dette er særligt tilfældet, såfremt den enkelte medlemsstat kunne have taget mindre restriktive midler i brug i stedet for pr. automatik at afvise en person hjemmehørende i en anden medlemsstat fra en skattemæssig fordelagtig behandling.

For så vidt angår hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen, har EF-domstolen, selv i sager, der har væsentlige fællesstræk med de forhold, der førte til hensynets anvendelse i sag C-204/90, Bachmann, og sag C-300/90, Kommissionen mod Belgien, siden afvist argumentationen. Under

alle omstændigheder vil et eventuelt hensyn til sammenhængen i beskatningsordningen efter fast praksis blive afvist af EF-domstolen, medmindre: 1) Medlemsstaten ikke ved indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster har medvirket til en forrykkelse af sammenhængen i beskatningsordningen, 2) skattefordelen og foranstaltningen udspringer af samme retsforhold, 3) den person, der får skattefordelen, er den samme som den person, der rammes af værnreglen, og 4) indgrebet er proportionalt. Betingelserne er kumulative, dvs. hvis blot én af betingelserne ikke er opfyldt, vil EF-domstolen afvise hensynet.

For så vidt angår forebyggelsen af skatteunddragelse, har EF-domstolen gentagne gange slået fast, at en generel formodning om skatteunddragelse eller skattesvig ikke kan tjene som begrundelse for en skattemæssig foranstaltning, som er i strid med formålet med et direktiv eller krænger en grundlæggende frihed, der er sikret ved EF-traktaten. Afgørende er i denne henseende, at en skatteretlig foranstaltning er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det tilsigtede mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå denne målsætning.

Dagældende aktieavancebeskatningslov

Det fremgår af den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 4, stk. 1, at: »Fortjeneste ved afståelse af aktier på et tidspunkt, der ligger tre år eller mere efter erhvervelsen af aktierne, medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige almindelige indkomst, jf. dog stk. 2 og 6.«

Af dagældende aktieavancebeskatningslovs § 4, stk. 4, fremgår, at »Tab ved afståelse af unoterede aktier på et tidspunkt, der ligger tre år eller mere efter erhvervelsen af aktierne, kan i de tilfælde, hvor en fortjeneste ville have været skattepligtig efter stk. 1, fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.«

Endelig fremgår det af den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 4, stk. 6, at »Stk. 1, 3 og 4 finder ikke anvendelse på skattepligtige efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 c-2 f og 3 a-5 b, eller fondsbeskatningsloven. Stk. 1-5 finder ikke anvendelse på de i § 3 nævnte tilfælde.«

I henhold til den dagældende bestemmelse i aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 6, havde i Danmark hjemmehørende selskaber m.v. således ikke fradragsret for tab på anlægsaktier ejet i mere end 3 år. Bestemmelsen i § 4, stk. 6, omfattede imidlertid ikke i indkomståret 2003 faste driftsteder i Danmark, herunder filialer, der er begrænset skattepligtige til Danmark i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a. Det vil sige, at 3-års reglen ikke var gældende for filialer, hvorfor filialer var skattepligtige af gevinster på anlægsaktier ejet i 3 år eller mere og havde fradrag for tab på anlægsaktier ejet i 3 år eller mere.

Dette bekræftes af lovforslag L 119 fra den 17. december 2003 med dertil hørende bilag 72 - betænkning afgivet den 17. marts 2004. Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at »Det fremgår af aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 6, at selskaber, som er fuldt skattepligtige efter selskabsskattelovens § 1, nr. 1-2a, 2c-2f og 3a-5b, ikke beskattes af fortjeneste ved afståelse af aktier, når afståelsestidspunktet ligger tre år eller mere efter erhvervelsen af aktierne. Skattefritagelsen gælder dog ikke næringsaktier.«

Først ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 blev aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 6, ændret, således at 3-årsreglen også gælder for filialer. Ændringen har imidlertid først virkning for indkomståret, der påbegyndes den 1. januar 2004 eller senere.

Filialens salg af anlægsaktier skete den 2. juni 2003. Ændringen af aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 6, har først virkning for indkomståret, der påbegyndes den 1. januar 2004 eller senere. Ændringen har derfor ikke betydning for filialens aktiesalg. Filialen har derfor i henhold til den dagældende bestemmelse i

aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 4, fradrag for tab på anlægsaktier ejet i mere end tre år ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.

SKATs indstilling

Det indstilles, at SKAT, Store Selskaber, Kontrolls afgørelse for indkomståret 2003 stadfæstes, således at det

1497

selvangivne tab på 128.772.571 kr. ved salg af anlægsaktier ikke er fradragsberettiget, jf. den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 4 stk. 6.

Sagen vedrører indkomståret 2003, og sagen skal derfor afgøres efter de regler i aktieavancebeskatningsloven og selskabsskatteloven, der var gældende før gennemførelsen af lov nr. 221 af 31. marts 2004. Ifølge denne lovs § 12, stk. 3, har de relevante ændringer virkning for indkomstår, der påbegyndes den 1. januar 2004 eller senere. Sagen skal derfor behandles efter lovbekendtgørelse nr. 2 af 4. januar 2004 (aktieavancebeskatningsloven) og lovbekendtgørelse nr. 111 af 19. januar 2004 (selskabsskatteloven).

Ifølge selskabsskattelovens § 2 stk. 1, litra a, i lovbekendtgørelse nr. 111 af 19. januar 2004 omfatter begrænset skattepligt for så vidt angår aktier kun fortjeneste, tab og udbytte på aktier, omfattet af (den dagældende) aktieavancebeskatningslovs § 3. Ifølge aktieavancebeskatningslovens § 3, stk. 1, i lovbekendtgørelse nr. 2 af 4. januar 2004 omfatter bestemmelsen fortjeneste eller tab ved afståelse af aktier, som er erhvervet som led i den skattepligtiges næringsvej. Næringsbegrebet omfattede efter de dagældende regler både aktier, som er erhvervet som led i handelsnæring, og aktier, som er erhvervet som led i vederlagsnæring.

De i denne sag omhandlede aktier anses imidlertid som anlægsaktier og kan derfor ikke anses for omfattet af (den dagældende) aktieavancebeskatningslovs § 3 stk. 1.

Ved Told- og Skattestyrelsens meddelelse af 9. januar 2002 (SKM2002.20.TSS) blev praksis ændret, således at også ikke-næringsaktier med den fornødne tilknytning til en erhvervsvirksomhed med fast driftssted ville statuere begrænset skattepligt med den virkning, at aktierne blev omfattet af aktieavancebeskatningsloven.

Ifølge Ligningsrådets afgørelse af 15. juni 2004 fandt Told- og Skattestyrelsen, at de i denne sag omhandlede aktier måtte allokeres til det faste driftssted i Danmark.

Disse forhold kan imidlertid ikke føre til et andet resultat, eftersom selskabsskattelovens § 2 stk. 1, litra a, efter udsendelsen af den nævnte meddelelse fra Told- og Skattestyrelsen blev ændret ved § 9, nr. 1, i lov nr. 394 af 28. maj 2003. Ved denne lovændring blev der indsat en bestemmelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, om, at skattepligten for så vidt angår aktier kun omfatter aktier, omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 3. Lovændringen har virkning for indkomståret 2002 og senere indkomstår.

Ifølge selskabsskattelovens § 2 a, stk. 1, litra a, i den formulering, der blev vedtaget ved § 9, nr. 1, i lov nr. 394 af 28. maj 2003, kan skattepligtige, der bliver begrænset skattepligtige i forbindelse med ophør af fuld skattepligt efter selskabsskattelovens § 1, eller efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst bliver hjemmehørende i udlandet, dog vælge fortsat at være skattepligtige af fortjeneste og tab på aktier. Det gælder dog kun aktier i selskaber m.v., hvis formål er at fremme aktionærernes fælles erhvervs-mæssige interesser gennem deres deltagelse som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde som led i den skattepligtiges erhvervs-mæssige virksomhed her i landet. Dette fremgår også af forarbejderne til loven (bemærkningerne til § 10, nr. 1, jf. § 8, i lovforslag L 67, fremsat den 28. maj 2003).

Denne bestemmelse ses imidlertid ikke at kunne anvendes i denne sag, eftersom selskabet ikke tidligere har været fuldt skattepligtigt til Danmark efter selskabsskattelovens § 1.

Lovforslag L 206, fremsat den 22. maj 2002, blev ikke vedtaget inden folketingsårets udløb.

Med hensyn til EU-retten bemærkes, at et dansk selskab ikke ville have haft fradrag for tab på anlægsaktier, når selskabet havde ejet aktierne i 3 år eller mere, jf. den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 4, stk. 4 og 6. Hvis der gives fradrag i nærværende sag, vil der således blive gjort forskel mellem et dansk og et udenlandsk selskab.

Landskatterettens bemærkninger og begrundelse

Det fremgår af den dagældende bestemmelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, at begrænset skattepligt til Danmark påhviler selskaber og foreninger m.v. som nævnt i § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de udøver et erhverv med fast driftssted her i landet.

Filialen er derfor begrænset skattepligtig til Danmark i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a.

For så vidt angår aktier, omfatter skattepligten dog kun fortjeneste, tab og udbytte på aktier omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 3 opgjort efter reglerne for skattepligtige omfattet af § 1, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, 7. pkt. Denne bestemmelse blev indsat ved lov nr. 394 af 28. maj 2003 og har virkning fra og med indkomståret 2002.

I henhold til de interne danske skatteregler er der således kun hjemmel til at anse næringsaktier, og ikke anlægsaktier, for omfattet af den begrænsede skattepligt til Danmark. Eneste undtagelse hertil findes i dagældende selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, 8. og 9. pkt., vedrørende fraflytning og fusion.

Filialens tab ved afståelse af anlægsaktier er derfor i henhold til ordlyden af den dagældende bestemmelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, ikke omfattet af den begrænsede skattepligt til Danmark, og tabet er derfor ikke fradragsberettiget ved opgørelsen af den begrænset skattepligtige indkomst i indkomståret 2003 for perioden fra 1. januar til 2. juni 2003. Det ændrer ikke herved, at anlægsaktierne ifølge artikel 7 i den

1498

dansk/tyske dobbeltbeskatningsoverenskomst allokeres til det faste driftssted, jf. herved TFS 2004.667 LR.

Afgørelsen stadfæstes derfor.«

Ved kendelse af 11. januar 2011 afslog landsretten en anmodning fra HSH Nordbank om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen. Det fremgår af landsrettens begrundelse bl.a., at det må lægges til grund, at udenlandske selskaber med fast driftssted i Danmark og fuldt skattepligtige danske selskaber i 2003 blev behandlet ens i en situation som den foreliggende.

Procedure

HSH Nordbank AG, Copenhagen Branch (herefter HSH Nordbank), har navnlig anført, at der mellem parterne er enighed om, at aktierne var anlægsaktier, og at de kunne henføres til filialen i Danmark. Det ligger ligeledes fast, at der efter de dagældende interne danske regler i aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 4, kan ske fradrag for tab på anlægsaktier. Spørgsmålet er derfor, hvorledes den dagældende selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra a, 7. pkt., skal fortolkes i forhold til artikel 7 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten af 22. november 1995 mellem Danmark og Tyskland vedrørende spørgsmålet om fradragsretten efter aktieavancebeskatningsloven.

Artikel 7 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten regulerer, hvordan aktiver, passiver, indtægter og udgifter skal allokeres mellem hovedkontoret og filialen. I denne sag foreligger der dobbeltbeskatning, idet der i Tyskland ikke er foretaget fradrag for

tabet. For at hindre dobbeltbeskatning indeholder artikel 7 bindende regler om allokering. En fravigelse af disse regler vil indebære treaty override, og det fremgår hverken af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, eller af forarbejderne dertil, at Folketinget har tilsigtet at lovgive i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Den danske lovgivning skal derfor fortolkes i overensstemmelse med de folkeretlige forpligtelser, hvorfor HSH Nordbank har krav på at opgøre indkomsten efter overenskomsten.

Da HSH Nordbank påberåber sig artikel 7 som allokeringsregel, skal der ikke samtidig ske fordeling efter reglen om subjektiv skattepligt i selskabsskattelovens § 2. Forudsætningen for den danske beskatningsret er opfyldt ved overenskomstens artikel 7, og de interne materielle regler for beskatning af gevinst og tab på aktieavance findes ikke i selskabsskattelovens § 2, men i aktieavancebeskatningsloven, hvor fradrag er hjemlet i den dagældende § 4, stk. 4. Manglende mulighed for at kunne fradrage tabet på anlægsaktierne ville herefter udhule artikel 7 og stride mod Danmarks folkeretlige forpligtelser.

Skatteministeriet har navnlig anført, at HSH Nordbank i 2003 ikke var skattepligtig til Danmark af hverken tab eller fortjeneste på de pågældende anlægsaktier. Efter den dagældende selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra a, omfattede skattepligten for begrænset skattepligtige selskaber (faste driftsteder i Danmark af ikke-hjemmehørende selskaber) for så vidt angår aktier således kun fortjeneste, tab og udbytte af aktier omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 3, dvs. næringsaktier. På den baggrund er det i denne sag uden betydning, at aktierne kan allokere til HSH Nordbank. Årsagen til, at tabet ikke er fradragsberettiget, er ikke, at aktierne ikke kan henføres til HSH Nordbank, men derimod, at begrænset skattepligtige selskaber på tidspunktet for afståelsen ikke var skattepligtige til Danmark af fortjeneste og tab på aktier, der ikke var næringsaktier. Selskabsskattelovens § 2 er en bestemmelse, der fastlægger omfanget af selskabers begrænsede skattepligt til Danmark. Da HSH Nordbank således ikke var skattepligtig ved afståelse af anlægsaktier, finder den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 4, stk. 4, ikke anvendelse, og bestemmelsen hjemler derfor ikke fradrag i denne sag.

Fortjeneste og tab ved afståelse af de pågældende aktier hører under den særlige regel i artikel 13, stk. 2, jf. artikel 7, stk. 4, i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Tyskland. Artikel 13, stk. 2, (og artikel 7, stk. 2, jf. stk. 1) giver Danmark ret, men ikke pligt til at beskatte gevinst og tab ved afståelse af aktier, som udgør en del af erhvervsformuen i et fast driftsted og dermed altså kan allokere til det faste driftsted. Det er derfor i denne sag uden betydning, at Danmark havde ret til at beskatte fortjeneste og tab ved afståelse af de pågældende aktier i henhold til overenskomsten med Tyskland. Den retsstilling, der var gældende i det pågældende indkomstår, fulgte af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a.

Retens begrundelse og resultat

Landesbank Schleswig-Holstein Girocentrale, Copenhagen Branch (nu HSH Nordbank), erhvervede den 24. marts 1998 hele aktiekapitalen i Gudme Raaschou Bankaktieselskab. Aktierne blev i forbindelse med en fusion anset for afstået den 2. juni 2003 med et tab, som HSH Nordbank har opgjort til 128.772.571 kr. Der var tale om anlægsaktier.

HSH Nordbank var for så vidt angik det faste driftsted Copenhagen Branch begrænset skattepligtig til Danmark i indkomståret 2003 i medfør af den dagældende selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra a, som ændret ved lov nr. 394 af 28. maj 2003. Det fremgår af bestemmelsen bl.a., at for så vidt angår aktier omfattede

skattepligten kun fortjeneste, tab og udbytte på aktier omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 3. Aktieavancebeskatningslovens § 3 omfatter aktier erhvervet som led i den skattepligtiges næringsvej (næringsaktier).

Ifølge selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, omfattede HSH Nordbanks begrænsede skattepligt til Danmark i 2003 således ikke de omhandlede anlægsaktier,

1499

som ikke er omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 3.

Det forhold, at Danmark i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten af 22. november 1995 med Tyskland er berettiget til at beskatte fortjeneste og tab ved afhændelse af anlægsaktier hørende til et tysk selskabs faste driftsted i Danmark, som i medfør af overenskomsten skal henføres til Danmark, udvider ikke den begrænsede skattepligt for HSH Nordbank, som var fastsat ved selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a.

Herefter frifindes Skatteministeriet for HSH Nordbanks påstand.

HSH Nordbank skal betale sagsomkostninger for landsretten til Skatteministeriet med i alt 150.000 kr. Beløbet dækker udgifter til advokatbistand inklusive moms. Ved fastsættelsen af beløbet er der navnlig lagt vægt på sagens værdi og omfang, at der har været afholdt særskilt formalitetsprocedure vedrørende forelæggelse for EU-Domstolen, og at hovedforhandlingen har varet en halv retsdag.

Højesteret

Højesterets dom

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 16. afdeling den 30. marts 2012.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Børge Dahl, Thomas Rørdam, Jon Stokholm, Hanne Schmidt og Jens Kruse Mikkelsen. Sagen er behandlet skriftligt, jf. retsplejelovens § 387.

Påstande

Appellanten, HSH Nordbank AG, Copenhagen Branch, har gentaget sin påstand.

Indstævnte, Skatteministeriet, har påstået stadfæstelse, dog således at det sagsomkostningsbeløb, landsretten har fastsat, forhøjes.

Sagsfremstilling

Som anført i landsrettens dom afslog landsretten ved kendelse af 11. marts 2011 en anmodning fra HSH Nordbank AG, Copenhagen Branch, om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen. Det hedder i landsrettens begrundelse bl.a.:

»Det må lægges til grund, at udenlandske selskaber med fast driftssted i Danmark og fuldt skattepligtige danske selskaber i 2003 blev behandlet ens i en situation som den foreliggende. Landsretten finder derfor ikke, at det til brug for afgørelsen af den konkrete sag er nødvendigt at forelægge EU-domstolen spørgsmål om dansk lovgivnings forenelighed med EU-traktatens artikel 43 (nu artikel 49).

At den dagældende selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra a, i visse andre relationer kunne føre til en forskelsbehandling af udenlandske selskaber med fast driftssted i Danmark i forhold til fuldt skattepligtige selskaber kan ikke føre til, at der i den foreliggende sag stilles spørgsmål til EU-Domstolen.«

For Højesteret fremsatte banken ny anmodning om forelæggelse for EU-Domstolen, hvilket Højesteret afslog ved kendelse af 25. april 2013 med følgende begrundelse:

»Der foreligger en omfattende praksis fra EU-Domstolen om de kriterier, der kan indgå ved vurderingen af, om en national bestemmelse er i strid med den fri etableringsret i TEUF artikel 49 og 54, herunder hvori forskelsbehandling kan bestå. Der foreligger ligeledes en omfattende praksis fra EU-Domstolen om, hvilke

konsekvenser den nationale ret skal drage af, at en bestemmelse i national ret er i strid med en fællesskabsbestemmelse. Højesteret vil ved afgørelse af sagens tvistepunkter inddrage de retningslinjer, der kan udledes af EU-Domstolens praksis.

På den baggrund foreligger der i forhold til den indbragte sag efter Højesterets foreløbige vurdering ikke tvivl om forståelsen af de fællesskabsbestemmelser eller den praksis fra EU-Domstolen, som HSH Nordbank har påberåbt sig, der nødvendiggør en forelæggelse for EU-Domstolen.«

Retsgrundlaget

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, 7. pkt., havde i indkomståret 2003 følgende formulering efter den ændring af loven, der fandt sted ved lov nr. 394 af 28. maj 2003 om ændring af ligningsloven og forskellige andre love:

»§ 2. Skattepligt i henhold til denne lov påhviler endvidere selskaber og foreninger mv. som nævnt i § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de

a) udøver et erhverv med fast driftssted her i landet, . . .

For så vidt angår aktier, omfatter skattepligten kun fortjeneste, tab og udbytte på aktier omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 3 . . .«

I lovforslaget vedrørende lov nr. 394 af 28. maj 2003 hedder det bl.a. i de almindelige bemærkninger (Folketingstidende 2002-03, till. A, s. 1365):

»3.2. Aktier og fast driftssted

Udenlandske personer og selskaber, som driver virksomhed i Danmark gennem et fast driftssted, beskattes i Danmark af den indkomst, som erhverves ved erhvervsudøvelsen i Danmark. Der har været usikkerhed om, hvilke aktier - ejet af det udenlandske selskab - der har en sådan tilknytning til det faste driftssted i Danmark, at de er omfattet af det faste driftssteds skattepligt. Formålet med denne del af lovforslaget er at skabe en afklaring ved at lovfæste tidligere praksis, uden at der derved skabes skærpelser i forhold til den nuværende praksis. Lovforslaget sikrer samtidigt forenelighed med EU-retten ved, at de faste driftssteder ikke beskattes af gevinst og tab på aktier og udbytter i situationer, hvor

1500

der ikke ville være sket beskatning af fuldt skattepligtige personer eller selskaber. Et fast driftssted ejet af et udenlandsk selskab vil således være skattefrit ved en afståelse af ikke-næringsaktier ejet i mere end tre år. . . .«

Den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 2, § 3 og § 4, stk. 1, 4 og 6, havde i 2003 følgende ordlyd:

»§ 2. Fortjeneste ved afståelse af aktier medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige almindelige indkomst, når den skattepligtige har erhvervet aktierne på et tidspunkt, der ligger mindre end tre år forud for afståelsen.

Stk. 2. Tab ved afståelse af aktier på et tidspunkt, der ligger mindre end tre år efter erhvervelsen, kan i de tilfælde, hvor en fortjeneste ville have været skattepligtig efter stk. 1, fradrages i indkomstårets fortjeneste efter stk. 1. . . .

§ 3. Fortjeneste eller tab ved afståelse af aktier, som er erhvervet som led i den skattepligtiges næringsvej, medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige almindelige indkomst. . . .

§ 4. Fortjeneste ved afståelse af aktier på et tidspunkt, der ligger tre år eller mere efter erhvervelsen af aktierne, medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige almindelige indkomst . . .

Stk. 4. Tab ved afståelse af unoterede aktier på et tidspunkt, der ligger tre år eller mere efter erhvervelsen af aktierne, kan i de tilfælde, hvor en fortjeneste ville have været skattepligtig efter stk. 1, fradrages ved opgørelse af den skattepligtige almindelige indkomst. . . .

Stk. 6. stk. 1, 3 og 4 finder ikke anvendelse på skattepligtige efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 c-2 f, og 3 a-5 b, eller fondsbeskatningsloven. Stk. 1-5 finder ikke anvendelse på de i § 3 nævnte tilfælde.«

Ved lov nr. 525 af 12. juni 2009 om ændring af aktieavancebeskatningsloven og forskellige andre love blev der gennemført en harmonisering af reglerne om beskatning af fortjeneste og tab ved aktiesalg for udenlandske selskabers faste driftssteder i Danmark og for selskaber hjemmehørende i Danmark. Det hedder i lovforslagets specielle bemærkninger bl.a. (Folketingstidende 2008-09, till. A, s. 7337):

»Baggrunden for den foreslåede ændring er ønsket om harmonisering af beskatningen af selskabers aktieafkast. Forslaget skal således bl.a. ses i lyset af forslaget om at indføre fuld beskatning af porteføljeaktier uanset ejertid, jf. lovforslagets § 1, nr. 10. Der ses ikke at være nogen begrundelse for, at udenlandske selskabers faste driftssteder i Danmark skal have en anderledes skattemæssig behandling end fuldt skattepligtige danske selskaber.«

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten af 22. november 1995 mellem Danmark og Tyskland indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»Artikel 7

Fortjeneste ved erhvervsvirksomhed

1. Fortjeneste indvundet af et foretagende i en kontraherende stat kan kun beskattes i denne stat, medmindre foretagendet driver erhvervsvirksomhed i den anden kontraherende stat gennem et der beliggende fast driftssted. Såfremt foretagendet driver sådan virksomhed, kan dets fortjeneste beskattes i den anden stat, men dog kun for så vidt angår den del deraf, som kan henføres til dette faste driftssted.

2. I tilfælde, hvor et foretagende i en kontraherende stat driver erhvervsvirksomhed i den anden kontraherende stat gennem et der beliggende fast driftssted, skal der under iagttagelse af bestemmelserne i stykke 3 i hver kontraherende stat til dette faste driftssted henføres den fortjeneste, som det kunne forventes at have opnået, hvis det havde været et frit og uafhængigt foretagende, som udøvede den samme eller lignende virksomhed på samme eller lignende vilkår, og som under fuldstændig frie forhold afsluttede forretninger med det foretagende, hvis faste driftssted det er.

3. Ved fastsættelsen af et fast driftssteds fortjeneste skal det være tilladt at fradrage udgifter, som er afholdt for det faste driftssted, herunder udgifter til ledelse og almindelig administration, hvad enten de er afholdt i den stat, hvori det faste driftssted er beliggende, eller andre steder.

. . .

7. I tilfælde, hvor en fortjeneste omfatter indkomster, som er omhandlet særskilt i andre artikler i denne overenskomst, skal bestemmelserne i disse andre artikler ikke berøres af bestemmelserne i denne artikel.

Artikel 13

Fortjeneste ved afhændelse af formuegenstande

. . .

2. Fortjeneste ved afhændelse af rørlig formue, der udgør en del af erhvervsformuen i et fast driftssted, som et foretagende i en kontraherende stat har i den anden kontraherende stat, eller ved afhændelse af rørlig formue, der hører til et fast sted, som en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, har til rådighed til udøvelse af frit erhverv i den anden kontraherende stat, herunder også fortjeneste ved afhændelse af et sådant fast driftssted (særskilt eller sammen med hele foretagendet), eller af et sådant fast sted, kan beskattes i denne anden stat.

. . .«

I OECD's bemærkninger til OECD's modeloverenskomst af 1992 med senere revisioner hedder det bl.a. vedrørende artikel 13 om beskatning af fortjeneste ved afhændelse af formuegenstande:

»... .

I. Indledende bemærkninger

1. En sammenligning mellem skattelovgiverne i OECD-medlemslandene viser, at beskatningen af

1501

»fortjeneste ved afståelse af formuegenstande« (i det følgende kaldet »formuegevinster«) varierer betydeligt fra land til land.

- I nogle lande anses formuegevinster ikke for skattepligtig indkomst;

- i andre lande beskattes formuegevinster, der tilfalder et foretagende, medens for muegevinster, der erhverves af en fysisk person uden for hans branche eller erhverv, ikke beskattes;

...

3. Artiklen behandler ikke de ovennævnte spørgsmål. Det er overladt til hver kontraherede stats nationale lovgivning at bestemme, om formuegevinster skal beskattes, og, i bekræftende fald, hvorledes de skal beskattes. Artiklen kan på ingen måde fortolkes således, at den giver en stat ret til at beskatte formuegevinster, hvis en sådan ret ikke er hjemlet i dens nationale lovgivning. ...

II Kommentar til bestemmelserne i artiklen

Almindelige bemærkninger

4. Det er normalt at give beskatningsretten til formuegevinster fra et aktiv af en given art til den stat, der i henhold til overenskomsten er berettiget til at beskatte såvel aktivet som indkomsten, der hidrører derfra. Retten til at beskatte en gevinst fra afhændelsen af et forretningsaktiv skal gives til den samme stat, uden hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt sådan gevinst er formuegevinst eller fortjeneste ved erhvervsvirksomhed. Følgelig sondres der ikke imellem formuegevinster og erhvervsmæssige fortjenester, og det er ej heller nødvendigt at have særlige bestemmelser om, hvorvidt artiklen om formuegevinster eller art. 7 om fortjeneste ved erhvervsvirksomhed skal finde anvendelse. Det er imidlertid overladt til den nationale lovgivning i de stater, der beskatter, at bestemme, om skat på formuegevinster eller på almindelig indkomst skal pålignes. Overenskomsten afgør ikke dette spørgsmål på forhånd.«

Anbringender

Parterne har gentaget deres anbringender vedrørende den dansk-tyske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Deres EU-retlige anbringender for landsretten fremgår af landsrettens kendelse af 11. januar 2011.

HSH Nordbank AG, Copenhagen Branch, har for Højesteret præciserende om de EU-retlige anbringender anført bl.a., at bestemmelsen i den dagældende selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra a, 7. pkt., hvorefter skattepligten for udenlandske selskabers faste driftssteder her i landet i relation til aktier kun omfatter fortjeneste, tab og udbytte, der realiseres som led i næring, jf. aktieavancebeskatningslovens § 3, er i strid med reglerne om den fri etableringsret i EU-traktatens art. 43 (nu TEUF-traktatens art. 49), jf. art. 48 (nu TEUF-traktatens art. 54). Selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra a, 7. pkt., indebar - i kombination med de dagældende regler i aktieavancebeskatningslovens § 2 og § 4, stk. 6, jf. stk. 1 og 4 - en ubegrundet skatteretlig forskelsbehandling mellem faste driftssteder i Danmark og selskaber hjemmehørende i Danmark ved salg af anlægsaktier. Et selskab hjemmehørende i Danmark kunne således ved salg af anlægsaktier inden 3 år efter erhvervelsen fradrage tab, mens faste driftssteder aldrig kunne foretage tabsfradrag.

Selv om reglerne var ens for selskaber hjemmehørende i Danmark og faste driftssteder, når der blev solgt anlægsaktier 3 år eller mere efter anskaffelsen, bevirkede ordningen som helhed en forskelsbehandling, som også havde virkning ved salg af aktier efter 3 års ejertid. Lovgivningen gav nemlig selskaber hjemmehørende i Danmark en valgmulighed, som de faste driftssteder ikke havde, idet de danske selskaber kunne vælge at sælge aktier inden 3 år efter anskaffelsen og derved opnå fradragsret, hvis der ved salget blev realiseret et tab. Den manglende valgmulighed for de faste driftssteder bevirker, at der foreligger en EU-stridig forskelsbehandling, også når et fast driftssted som i den foreliggende sag sælger anlægsaktier 3 år eller mere efter anskaffelsen. I den situation er der tale om, at tilfælde, der objektivt set ikke er sammenlignelige, behandles ens, jf. herved f.eks. præmis 50 i EU-Domstolens dom af 1. december 2011 i sag C-253/09, *Europa-Kommissionen mod Republikken Ungarn*. Danske myndigheder er derfor for at sikre EU-rettens fulde virkning forpligtet til at se bort fra den del af den dagældende bestemmelse i selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra a, 7. pkt., der generelt nægter faste driftssteder tabsfradrag ved afståelse af anlægsaktier, og i stedet falde tilbage på den dagældende almindelige bestemmelse i aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 4, hvorefter der er tabsfradrag.

Dette resultat er i overensstemmelse med Højesterets dom gengivet i UfR 2011 s. 2646. Det kan i den forbindelse ikke kræves, at banken godtgør eller sandsynliggør, at man ville have disponeret anderledes, hvis der havde været mulighed for tabsfradrag ved salg inden 3 år efter anskaffelsen af aktierne. Det er således uden betydning for bedømmelsen af begrænsningen af etableringsretten, om der isoleret set ikke blev forskelsbehandlet i den foreliggende sag, da forskelsbehandlingen gør det åbenbart mindre attraktivt for selskaber, der - som banken - er etableret i andre medlemsstater, at gøre brug af etableringsfriheden. Det er tilstrækkeligt, at en lovgivning kan begrænse udøvelsen af etableringsfriheden, og det er således ikke nødvendigt at godtgøre, at den rent faktisk har haft denne virkning. I øvrigt må det lægges til grund, at banken så vidt muligt ville have forsøgt at afstå aktierne, der var forbundet med tab, inden 3 års ejertid, hvis der havde været mulighed for det.

Skatteministeriet har præciserende om de EU-retlige anbringender anført bl.a., at bedømmelsen af, om banken har været udsat for en EU-stridig

1502

forskelsbehandling, skal foretages på baggrund af en vurdering af, om den dagældende lovgivning i relation til den faktisk foreliggende situation indebar en forskellig behandling af banken i forhold til selskaber hjemmehørende i Danmark. Dette er ikke tilfældet, da bankens salg af aktier fandt sted efter mere end 3 års ejertid, og i den situation var der ikke forskel mellem den skatteretlige retsstilling for faste driftssteder og selskaber hjemmehørende i Danmark i relation til beskatning af fortjeneste og tab ved salg af anlægsaktier. En forskellig skattemæssig behandling, der kun eksisterer ved inddragelse af dispositioner, som banken kunne have foretaget, men ikke har foretaget, har ikke karakter af en restriktion, som kan påberåbes til støtte for at opnå en anden retsstilling end den, som lovgivningen foreskriver. Bankens haft mulighed for at få afprøvet EU-holdbarheden af den forskelsbehandling, der fandt sted ved salg inden 3 års ejertid, ved at sælge aktierne mindre end 3 år efter anskaffelsen, men det valgte banken ikke at gøre.

Hvis national skattelovgivning strider mod EU-retten på et eller flere punkter, men ikke på alle punkter, kræver EU-retten ikke, at hele lovgivningen tilsidesættes. Det er tilstrækkeligt, at de EU-stridige elementer tilsidesættes, og det skal i øvrigt kun ske i den udstrækning, den pågældende skatteyder konkret er berørt af de

EU-stridige elementer, jf. Højesterets dom gengivet i UfR 2011 s. 2646.

Højesterets begrundelse og resultat

Efter den dagældende bestemmelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, 7. pkt., var udenlandske selskabers faste driftssteder i Danmark uanset ejertid ikke skattepligtige af fortjeneste og tab på anlægsaktier. For selskaber hjemmehørende i Danmark gjaldt det samme, hvis salg fandt sted efter 3 års ejertid, mens sådanne selskaber ved salg mindre end 3 år efter erhvervelsen blev beskattet af fortjeneste og havde fradragsret for tab, jf. de dagældende bestemmelser i aktieavancebeskatningslovens § 2 og § 4, stk. 6, jf. stk. 1 og 4.

I den foreliggende sag afstod Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale, Copenhagen Branch, sine unoterede aktier i Gudme Raaschou Bankaktieselskab efter ca. 5 års ejertid. Afståelsen skete ved fusion. Der er enighed om, af fusionen medførte, at aktierne skattemæssigt blev anset for solgt til den fortsættende danske filial, HSH Nordbank AG, Copenhagen Branch, og at der var tale om anlægsaktier. Skattemyndighederne har nægtet banken fradrag for det tab på 128.772.571 kr., som blev realiseret ved salget. Sagen angår, om nægtelsen er i strid med EU-retten og med Danmarks folkeretlige forpligtelser i medfør af den dobbeltbeskatningsoverenskomst, der er indgået med Tyskland.

Højesteret finder, at spørgsmålet, om der foreligger en EU-stridig forskelsbehandling, skal afgøres på baggrund af den faktisk foreliggende situation, hvor salget skete efter 5 års ejertid. Et selskab hjemmehørende i Danmark ville som anført efter de dagældende regler ikke have opnået fradragsret for tab på anlægsaktier ved salg efter 3 års ejertid, og nægtelsen af at anerkende tabsfradrag for banken i forbindelse med aktiesalg indebærer derfor ikke en forskelsbehandling. Det kan ikke føre til et andet resultat, at den dagældende beskatningsordning muligt indebar en EU-stridig forskelsbehandling i relation til aktiesalg, der blev foretaget før 3 års ejertid, da retsvirkningen heraf i givet fald er, at alene de retsstridige elementer i beskatningsordningen tilsidesættes, og at tilsidesættelse kun sker i forhold til et fast driftssted, som faktisk har disponeret på en sådan måde, at det er ramt af forskelsbehandlingen.

Der kan herefter ikke gives HSH Nordbank AG, Copenhagen Branch, medhold i, at nægtelsen af fradrag strider mod EU-retten.

Bestemmelserne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Tyskland om beskatning af fortjeneste og tab ved salg af formuegenstande, herunder anlægsaktier, svarer i det væsentlige til bestemmelserne herom i OECD's modeloverenskomst og må forstås i overensstemmelse med disse og med OECD's bemærkninger til modeloverenskomstens enkelte bestemmelser. Det fremgår heraf, at Danmark har beskatningsretten vedrørende de indtægter, der kan henføres til et tysk selskabs faste driftssted i Danmark, og kan bestemme, om og i givet fald hvordan formuegevinster og formuetab skal beskattes. Efter dansk ret blev beskatningen af faste driftssteders fortjeneste og tab på anlægsaktier reguleret af den dagældende bestemmelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, 7. pkt., hvorefter der ikke var fradrag for et fast driftsstedes tab ved salg af anlægsaktier. Højesteret tiltræder derfor, at heller ikke dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Tyskland kan føre til, at der skal gives banken tabsfradrag.

Herefter stadfæster Højesteret dommen.

Der er ved afgørelsen om sagsomkostninger taget hensyn til, at sagen har en værdi på 38.631.771,30 kr., og at der både for landsret og for Højesteret har været tvist om forelæggelse af spørgsmål for EU-Domstolen. Der er endvidere taget hensyn til, at sagen bortset herfra har haft et forholdsvis begrænset omfang.

Thi kendes for ret

Landsrettens dom stadfæstes.

Isagsomkostninger for landsret og Højesteret skal HSH Nordbank AG, Copenhagen Branch, inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse betale 1.000.000 kr. til Skatteministeriet. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

U.2017.1243H

Beskæftigelsesministeriet var erstatningsansvarlig for ikke tilstrækkelig hurtigt at have bragt ferieloven i overensstemmelse med EU's arbejdstidsdirektiv, men der var ikke grundlag for erstatning i den konkrete sag.

Ansættelses- og arbejdsret 5.3 og 5.9 - Erstatning uden for kontrakt 111.2 - EU-ret 2.

- ♦ A blev i sommeren 2010 syg under sin ferie. A rejste over for sin arbejdsgiver, C, krav om erstatningsferie, hvilket C afviste, med henvisning til at sygdom opstået under ferie ikke gav ret til ferie på et andet tidspunkt. A anlagde herefter erstatningssag mod Beskæftigelsesministeriet, B, fordi den ret til erstatningsferie ved sygdom opstået under ferie, som efter EU-Domstolens praksis følger af artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet, ikke var gennemført i dansk ret, inden han blev syg. Højesteret pegede på, at efter EU-Domstolens praksis er det en betingelse for, at en medlemsstat ifalder erstatningsansvar, at overtrædelsen af fællesskabsretten er tilstrækkelig kvalificeret. Efter Højesterets opfattelse var det nærliggende at forstå præmisserne i EU-Domstolens dom af 10. september 2009 i sag C-277/08 (Pereda) således, at dommen ikke kun tog stilling til sygdom opstået før ferie, men også omfattede tilfælde, hvor en lønmodtager bliver syg, efter at ferie er påbegyndt.¹ Der var med dommen skabt en sådan tvivl om den danske ferielovs forenelighed med direktivets artikel 7, stk. 1, at der var pligt for de danske myndigheder til så hurtigt som muligt at afklare behovet for ændringer af den danske ferielov og til at gennemføre de nødvendige ændringer. Højesteret fandt, at det var velbegrunderet, at de danske myndigheder iværksatte og gennemførte et udredningsarbejde i forbindelse med Pereda-dommen. Dette arbejde blev afsluttet med en rapport i september 2010, hvoraf det fremgår, at det var bl.a. B's vurdering, at den dagældende danske ordning, hvorefter lønmodtageren bar risikoen for sygdom, der opstod under ferien, sandsynligvis ville blive underkendt, hvis den blev forelagt EU-Domstolen. Højesteret fandt herefter, at det i umiddelbar forlængelse af rapporten påhvilede de danske myndigheder at bringe ferieloven i overensstemmelse med den retstilstand, som blev fastslået ved Pereda-dommen, og at ændringen af ferieloven burde have været gennemført til ikrafttræden den 1. januar 2011. Loven blev imidlertid først ændret i april 2012. På baggrund heraf fandt Højesteret, at de danske myndigheder havde tilsidesat fællesskabsretten på en tilstrækkelig kvalificeret måde og dermed havde pådraget sig erstatningsansvar ved ikke med virkning fra den 1. januar 2011 at have ændret ferieloven, således at sygdom opstået under ferie efter denne dato gav ret til erstatningsferie i overensstemmelse med arbejdstidsdirektivets artikel 7, stk. 1. Da A's sygdom under ferie indtrådte i sommeren 2010, havde han imidlertid ikke krav på erstatning.²

1244

H.D. 19. januar 2017 i sag 42/2016 (1. afd.)

CO-industri som mandatar for A (adv. Mads Bendix Skelbæk-Knudsen, Kbh.)
mod
Beskæftigelsesministeriet (Km.adv. v/adv. Niels Banke, Kbh.).

Østre Landsret

Østre Landsrets dom 9. februar 2016 (11. afd.), B-406-12

(Ole Græsbøll Olesen, Mikael Sjöberg, John Larsen (kst.)).

Denne sag, der er anlagt ved Københavns Byret den 11. juli 2011, er ved kendelse af 31. januar 2012 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af den dagældende bestemmelse i retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Beskæftigelsesministeriet har pådraget sig et erstatningsansvar over for A ved, at den danske stat ikke havde implementeret den ret til erstatningsferie ved sygdom opstået under ferien, som følger af arbejdstidsdirektivets artikel 7, inden A blev sygemeldt den 15. juli 2010 under sin sommerferie.

CO-industri som mandatar for A har nedlagt endelig påstand om, at Beskæftigelsesministeriet tilpligtes at betale principalt 16.191,08 kr., subsidiært 8.831,50 kr., med tillæg af rente fra sagens anlæg.

Beskæftigelsesministeriet har nedlagt endelig påstand om frifindelse, subsidiært betaling af 8.831,50 kr. med tillæg af rente som påstået.

Der er enighed mellem parterne om opgørelsen af A's påstand. Den principale påstand udgøres af A's krav om erstatning for 11 sygedage. For det tilfælde, at landsretten måtte tiltræde Beskæftigelsesministeriets subsidiære anbringende om, at A ikke er berettiget til erstatning for den første uges sygdom under ferien, er der nedlagt en subsidiær påstand svarende til erstatning for 6 sygedage.

Påstandsbeløbene fremkommer således:

Den principale påstand:

11 sygedage af 7,4 timer af 163,71 kr.	13.325,99 kr.
Feriepenge, 12,5 % heraf	+ 1.665,75 kr.
Hvilket udgør	14.991,74 kr.
Pension, 8,0 % heraf	+ 1.199,34 kr.
I alt	16.191,08 kr.

Den subsidiære påstand:

6 sygedage af 7,4 timer af 163,71 kr.	7.268,72 kr.
Feriepenge, 12,5 % heraf	+ 908,59 kr.
Hvilket udgør	8.177,31 kr.
Pension, 8,0 % heraf	+ 654,19 kr.
I alt	8.831,50 kr.

1 EU-Domstolens domme af 18. marts 2004 i sag C-342-01 (Gómez), 20. januar 2009 i de forenede sager C-350/06 og C-520/06 (Schultz-Hoff og Stringer m.fl.), 10. september 2009 i sag C-277/08 (Pereda) og 21. juni 2012 i sag C-78/11 (ANGED), U 2014.914 H, Freja Sine Thorsboe og Nina Holst-Christensen i EU-ret & Menneskeret nr. 5/2009, s. 321-29, og Morten Broberg i Advokaten nr. 5/2010, s. 20-22.

2 U 2007.3124 H, U 2013.2361 H, EU-Domstolens domme af 19. november 1991 i de forenede sager C-6/90 og sag C-9/90 (Francovich), 5. marts 1996 i de forenede sager C-46/93 og C-48/93 (Brasserie du pecheur), 28. juni 2001 i sag C-118/00 (Larsy) og 21. juni 2007 i sag de forenede sager C-231/06 m.fl. (Jonkman), Jens Kristiansen: Aftalemodellen og dens europæiske udfordringer (2013), s. 253-64, Karsten Engsig Sørensen m.fl.: EU-Retten, 6. udg. (2014), s. 151 f., 183-89, 197 og 199 f., og Peter Biering m.fl. i Juristen nr. 3-4/2014, s. 101.

Sagsfremstilling

A var i sommeren 2010 ansat hos virksomheden Skiold A/S. Virksomheden havde ferielukket i uge 28-30, hvorfor A var pålagt at afvikle ferie i denne periode. Fra den 15. juli 2010, torsdag i uge 28, til den 29. juli 2010 var A sygemeldt.

Ved lokal forhandling i henhold til Industriens Overenskomst indgået mellem Dansk Industri og CO-industri i september 2010 rejste Dansk Metalarbejderforbund på vegne af A krav om erstatningsferie, hvilket Skiold A/S afviste, under henvisning til at sygdom opstået før feriens start gav ret til ferie på et andet tidspunkt, mens sygdom opstået under ferien ikke gav ret til ferie på et andet tidspunkt.

Ved brev af 1. februar 2011 rejste CO-industri på vegne af A som medlem af Dansk Metalarbejderforbund krav over for Beskæftigelsesministeriet om anerkendelse af erstatningsansvaret for mistet ret til erstatningsferie. Pensionsstyrelsen afviste på vegne af Beskæftigelsesministeriet kravet ved brev af 17. marts 2011.

Retssagens forløb

CO-industri anlagde på vegne af A den 11. juli 2011 sagen og tog under denne forbehold for senere at forfølge krav over for den daværende arbejdsgiver Skiold A/S. Beskæftigelsesministeriet adciterede ved ad citationsstævning af 2. marts 2012 Skiold A/S med påstand om betaling svarende til det af A rejste krav.

Sagen blev den 13. september 2012 udsat på Højesterets dom i ankesagen vedrørende Østre Landsrets dom af 15. juni 2012 i sagen CO-industri som mandatar for - - - mod DI som mandatar for Grundfos A/S. Højesteret afsagde dom i den pågældende sag den 18. december 2013 (UfR 2014.914 H), jf. herom nedenfor under retsgrundlaget.

Ved processkrift af 4. februar 2014 hævdede ministeriet sagen for så vidt angår Skiold A/S.

A opfordrede i processkrift af 19. december 2014 Beskæftigelsesministeriet til at fremlægge en række notater om myndighedernes forståelse af EU-Domstolens dom i Pereda-sagen (sag C-277/08) og korrespondance mellem EU-Kommissionen og danske myndigheder om de danske ferieregler overensstemmelse med arbejdstidsdirektivets artikel 7. Hovedforhandlingen, der var berammet til den 9. februar 2015, blev herefter omberammet til den 9. december 2015.

Parterne er enige om, at der i perioden fra den 15. juli 2010 til den 29. juli 2010 forelå en feriehindring, at A efter ferielovens dagældende regler selv bar risikoen for feriehindringen, og at virksomheden Skiold A/S som privat virksomhed ikke var forpligtet af arbejdstidsdirektivet og EU-Domstolens fortolkning heraf, jf. UfR 2014.914 H. A modtog derfor ikke løn under sygdommen og var heller ikke berettiget til at afvikle erstatningsferie på et andet tidspunkt.

De danske myndigheders behandling af spørgsmålet om ret til erstatningsferie ved sygdom opstået under ferien efter EU-Domstolens domme

1245

EU-Domstolen afsagde blandt andet den 20. januar 2009 dom i de forenede sager C-350/06 og C-520/06, Schultz-Hoff, og den 10. september 2009 dom i sag C-277/08, Pereda, om forståelsen af artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet. Dommene er nærmere omtalt nedenfor under retsgrundlaget.

Af statsministerens redegørelse i Folketinget (Skriftlig del) af 6. oktober 2009 fremgår af lovprogrammet for 2009/10 under beskæftigelsesministerens område blandt andet, at der i februar 2010 forventedes fremsat forslag om ændring af ferieloven i form af »moderniseringer, forenklinger og justeringer af loven på baggrund af bl.a. retsudviklingen, herunder afgørelser fra EF-Domstolen«.

Af et notat af 4. december 2009 fra Beskæftigelses-, Justits- og Finansministeriet formentlig til regeringens Økonomiudvalg om ret til erstatningsferie for sygdom opstået under ferie fremgår blandt andet:

»Problem

EF-domstolen har i 2009 truffet to afgørelser om ret til erstatningsferie i forbindelse med sygdom og ferie. Dommens præmisser gør det muligvis nødvendigt at ændre ferieloven for at overholde EU's arbejdstidsdirektiv, således at der også skal gives erstatningsferie, hvis en lønmodtager bliver syg *under* ferien. En implementering af domstolens retspraksis vil kunne medføre betydelige merudgifter for arbejdsgiverne. LO har tilkendegivet, at hvis en sådan ændring ikke gennemføres, vil LO gå rettens vej med en egnet sag for at få fastslået retstilstanden.

Der skal tages stilling til det videre forløb med henblik på at sikre en løsning, der efterkommer dommens præmisser i dansk ret og samtidig begrænser de økonomiske konsekvenser mest muligt.

Baggrund

Det fremgår af EU's arbejdstidsdirektiv, at alle lønmodtagere har ret til mindst 4 ugers årlig betalt ferie.

EF-Domstolen har i 2009 truffet to afgørelser forelagt af andre landes domstole, hvor en lønmodtager blev syg inden den pågældende påbegyndte sin ferie. I begge tilfælde kommer domstolen - under henvisning til arbejdstidsdirektivet - til det resultat, at lønmodtageren er berettiget til erstatningsferie.

Ferieloven har allerede i dag regler, der giver en erstatningsferie, hvis sygdommen opstår *inden* feriens begyndelse. Sygdom, der opstår *under* ferien er derimod lønmodtagerens egen risiko. Sidstnævnte situation har ikke været forelagt for EF-domstolen.

På grundlag af de generelle betragtninger i præmisserne fra dommen i september 2009 er det imidlertid Beskæftigelses- og Justitsministeriets vurdering, at arbejdstidsdirektivet efter domstolens opfattelse sandsynligvis indeholder en forudsætning om, at også sygdom - der opstår efter feriens påbegyndelse - udløser ret til erstatningsferie. Det bygger bl.a. på, at domstolen i sine præmisser ikke sonder mellem, om sygdommen er opstået før eller under ferien. Derudover bygger det på en fortolkning af formålet med direktivet. Fra domstolens side udtales bl.a., at formålet med retten til en årlig betalt ferie er at give arbejdstageren mulighed for at hvile ud og have en periode til rådighed, hvorunder den enkelte kan slappe af og nyde sin fritid.

De økonomiske konsekvenser af en lovændring, så sygdom opstået under ferien giver en lønmodtager ret til erstatningsferie, vil indebære en betydelig merudgift for arbejdsgiverne og reducere arbejdsudbuddet. Foreløbige beregninger indikerer med betydelig usikkerhed en reduktion i arbejdsudbuddet på ca. 2.500 personer og merudgifter for arbejdsgiverne på ca. 1 mia. kr. årligt, heraf merudgifter for de offentlige arbejdsgivere på ca. 400 mio. kr. årligt.

...

DA har anført, at dommene ikke nødvendiggør en lovændring, fordi de ikke udtrykkeligt tager stilling til sygdom, der opstår under ferien. DA mener, at en konklusion om, at en lovændring med økonomiske konsekvenser for arbejdsgiveren er nødvendig, vil være meget uhensigtsmæssig før forårets overenskomstforhandlinger.

LO er derimod af den opfattelse, at dommene klart fastlægger en gældende retstilstand. Hvis en ændring af ferieloven ikke besluttes, har LO tilkendegivet at få sagen prøvet ved domstolene.

Det foreslås, at lovændringen og udformningen heraf drøftes i det såkaldte Implementeringsudvalg. Beskæftigelsesministeriet er formand for udvalget, der i øvrigt er sammensat af andre ministerier og arbejdsmarkedets parter, herunder Personalestyrelsen. Udvalget

skal sikre en hensigtsmæssig og fyldestgørende implementering af de EU-direktiver, der vedrører ansættelsesforhold. Spørgsmål om ventedage og lægeerklæringer vil naturligt blive vendt i dette forum. DA og LO er enige om at sagen drøftes i udvalget. DA har tilkendegivet at have en række juridiske og økonomiske spørgsmål i udvalget, der skal afklares forud for en evt. lovgivning.

Løsning

Det indstilles, at:

- der i regi af Implementeringsudvalget foretages en vurdering af dommens juridiske, økonomiske og arbejdsmarkedspolitiske implikationer, herunder en undersøgelse af praksis i andre lande, samt hvordan andre lande fortolker de nævnte domme. Implementeringsudvalget forventer at færdiggøre sit arbejde inden sommerferien,

- der i samarbejde mellem relevante ministerier samtidigt arbejdes videre med modeller, som begrænser de mulige økonomiske konsekvenser af en eventuel

1246

lovændring mest muligt i form af bl.a. ventedage og lægeerklæring.

Procedure

Efter Implementeringsudvalgets drøftelser forelægges spørgsmålet om gennemførelse af evt. lovgivning på ny ØU med en vurdering af de juridiske og økonomiske konsekvenser.

Det bemærkes, at regeringen har medtaget en ændring af ferieloven på lovprogrammet til fremsættelse februar II. Heri nævnes moderniseringer, forenklinger og justeringer af loven på baggrund af bl.a. retsudviklingen, herunder afgørelser fra EF-Domstolen. Der er ikke elementer i lovforslaget, som det er tvingende nødvendigt at fremsætte i denne samling.«

Regeringen besluttede herefter, at der i regi af Implementeringsudvalget skulle foretages en nærmere vurdering af de juridiske, økonomiske og arbejdsmarkedsmæssige implikationer i forhold til de danske ferieregler af EU-Domstolens domme i C-277/08, Pereda, samt de forenede sager C-350/06 og C-520/06, Schultz-Hoff. Udvalget skulle komme med forslag, som bedst mest muligt kunne inddæmme de mulige økonomiske konsekvenser af en eventuel lovændring. På Implementeringsudvalgets møde den 21. januar 2010 blev det besluttet at lade en arbejdsgruppe under udvalget varetage opgaven.

Arbejdsgruppens kommissorium var at foretage en nærmere vurdering af dommernes juridiske, økonomiske og arbejdsmarkedsmæssige implikationer i forhold til de danske ferieregler, idet arbejdsgruppen i den forbindelse skulle undersøge praksis i andre lande, herunder hvordan man i andre lande forholdt sig til dommene, og komme med forslag til initiativer, som bedst muligt kunne inddæmme de mulige økonomiske konsekvenser af en eventuel lovændring. Arbejdsgruppen skulle færdiggøre arbejdet hurtigst muligt og gerne inden sommerferien 2010.

Arbejdsgruppen afholdt sit indledende møde den 24. februar 2010 og holdt derefter 7 møder i perioden frem til juni 2010 og 3 møder i august 2010. Forud for et møde den 19. april 2010 blev der af Beskæftigelsesministeriet udarbejdet udkast til et notat om analyse og vurdering af dommene i sagen C-277/08 samt de forenede sager C-350/06 og C-520/06.

Af et sådant udkast af 14. april 2010, der ved mail af 15. april 2010 blev sendt til kontorchef Søren Balslev i revideret form, hvor det var »forsøgt at bløde op i konklusionen«, fremgår af den nævnte konklusion:

»På baggrund af domstolens udtalelser i de to afgørelser er det Beskæftigelsesministeriets vurdering, at det er *tvivlsomt om usandsynligt*, at ferielovens gældende ordning, hvorefter lønmodtager bærer risikoen for sygdom, der opstår under ferien, *fuldt ud* vil kunne opretholdes, hvis spørgsmålet om ordningens

overensstemmelse med artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 forelægges EU-Domstolen. Det er derfor ministeriets *vurdering*, at ferieloven bør ændres, så der ikke længere kan opstå situationer, hvor lønmodtagernes ret til 4 ugers årlig betalt ferie *efter direktivet* fortabes som følge af lønmodtagers sygdom.«

I et senere notat af 23. april 2010 fremgår af punktet om diskussion og vurdering af dommene om råderum for national regulering følgende:

»Til argumentet om, at den gældende, danske ordning i ferieloven ligger inden for det råderum, som medlemsstaterne har ved gennemførelsen af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88, kan det anføres, at domstolen netop afviser, at der er et sådant råderum for så vidt angår muligheden for at lade retten til årlig, betalt ferie bortfalde, da nationale bestemmelser herom kun kan opretholdes, hvis lønmodtageren har haft mulighed for at gøre brug af denne ret. Derimod er der et råderum for nationalt at bestemme, eksempelvis hvornår lønmodtageren har ret til at holde en erstatningsferie, der skal gives som følge af, at lønmodtageren har været syg under den oprindeligt fastsatte ferieperiode.«

Konklusionen i det pågældende notat er sålydende:

»På baggrund af domstolens udtalelser i de to afgørelser er det Beskæftigelsesministeriets vurdering, at det er tvivlsomt om ferielovens gældende ordning, hvorefter lønmodtager bærer risikoen for sygdom, der opstår under ferien, fuldt ud vil kunne opretholdes, hvis spørgsmålet om ordningens overensstemmelse med artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 forelægges EU-Domstolen.«

Notatet blev drøftet blandt andet på arbejdsgruppens møde den 28. april 2010. På mødet blev også drøftet retstilstanden i andre lande, og der var enighed om, at en oversigt herover og det førnævnte notat skulle indgå i arbejdsgruppens rapport.

Arbejdsgruppen afgav sin rapport i september 2010. I rapporten gennemgås blandt andet dommene og arbejdsmarkedets parter vurdering heraf. Af rapporten fremgår, at det fra arbejdsgiverside blandt andet blev anført, at en række andre medlemsstater end Danmark heller ikke gav ret til erstatningsferie ved sygdom, der startede under ferie, at man i andre stater kendte til ordninger med karenstid m.v., samt at ingen af disse stater intervererede i den forelagte spanske sag (C-277/08) og heller ikke efter afgørelsen efter det oplyste havde påbegyndt reelle overvejelser om ændringer af deres lovgivning.

Endvidere fremgår om Beskæftigelsesministeriets samlede vurdering af dommene:

1247

»På baggrund af domstolens udtalelser i de to afgørelser er det Beskæftigelsesministeriets vurdering, at det er tvivlsomt om ferielovens gældende ordning, hvorefter lønmodtager bærer risikoen for sygdom, der opstår under ferien, fuldt ud vil kunne opretholdes, hvis spørgsmålet om ordningens overensstemmelse med artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 forelægges EU-Domstolen.«

Om arbejdsgruppens anbefaling på baggrund af dommene fremgår:

»Under henvisning til de synspunkter som er gjort gældende under pkt. 4.2.2., mener arbejdsgiversiden i arbejdsgruppen ikke, at der med de afsagte domme i de forenede sager C-350/06 og C-520/06, samt C-277/08 er tilstrækkeligt grundlag for at anbefale en ændring af ferieloven, og at en ændring af ferieloven ikke er nødvendig.

Lederne mener, at dansk ret bør indrettes i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis, og at ferieloven derfor bør ændres.

Lønmodtagersiden i arbejdsgruppen mener, at EU-domstolens fortolkning af arbejdstidsdirektivet som udtrykt bl.a. ved de ovenfor anførte domme, medfører at ferieloven snarest muligt bør ændres for at blive bragt i overensstemmelse med direktivet.

Endelig mener Beskæftigelsesministeriet og Personalestyrelsen, at det under henvisning til gennemgangen og vurderingen af dommene under pkt. 4.3. er tvivlsomt, om ferielovens gældende ordning, hvorefter en lønmodtager bærer risikoen for sygdom, der opstår under ferien, er i overensstemmelse med art. 7, stk. 1, i direktiv 2003/99 (arbejdstidsdirektivet).«

Af kapitlet om arbejdsgruppens anbefalinger fremgår blandt andet: »Beskæftigelsesministeriet vurderer, at i tilfælde af, at den gældende danske ordning, hvor lønmodtager bærer risikoen for sygdom, der opstår under ferien, forelægges EU-Domstolen, er det sandsynligt, at domstolen vil underkende ordningen. Beskæftigelsesministeriet henviser til, at der er fremlagt modeller, der i varierende omfang inddæmmer de økonomiske konsekvenser, men ministeriet vil ikke på nuværende tidspunkt anbefale én bestemt model.

Personalestyrelsen kan henholde sig til det, som Beskæftigelsesministeriet har anført.«

LO ved formand Harald Børsting rettede ved brev af 8. december 2010 henvendelse til beskæftigelsesminister Inger Støjberg om opfølgningen på Implementeringsudvalgets arbejde om sygdom og ferie. Ministeren svarede ved brev af 4. januar 2011 blandt andet:

»Jeg synes, at Implementeringsudvalget har udført et glimrende stykke arbejde, hvor der i overensstemmelse med kommissoriet er fremlagt modeller, der i varierende grad inddæmmer de økonomiske konsekvenser af en eventuel ændring af ferieloven om retten til erstatningsferie for sygdom, der opstår under ferien.

Jeg har imidlertid også noteret mig, at arbejdsmarkedets parter ikke er enige i fortolkningen af de relevante EU-domme om andre landes ferieregler og om, hvilke konsekvenser, der skal drages deraf i forhold til den danske ferielov.

Jeg har yderligere fået oplyst, at der verserer en retssag om den danske ferielov anlagt af Dansk Metal mod Dansk Industri om netop retten til erstatningsferie for sygdom, der opstår under ferien, og at der i den forbindelse er en skriftveksling mellem parterne, om spørgsmålet skal forelægges EU-domstolen.

Det er regeringens opfattelse, at vi bør afvente den retssag, der verserer om retten til erstatningsferie for sygdom i henhold til den danske ferielov. Det vil give et mere solidt grundlag for at vurdere, om det er nødvendigt at ændre den danske ferielov, da de EU-domme, som Implementeringsudvalget har behandlet, som bekendt omhandler andre landes ferielove. Det skal ydermere ses i lyset af, at en lovændring, hvor arbejdsgiveren bærer risikoen for sygdom, der opstår under ferien, under alle omstændigheder vil medføre betydelige udgifter for såvel private som offentlige arbejdsgivere.«

Den 2. februar 2011 rettede EU-Kommissionen på baggrund af et spørgsmål fra et medlem af EU-Parlamentet henvendelse til de danske myndigheder om opfølgning på Pereda-dommen (C-277/08).

Den 22. februar 2011 indleverede en spansk domstol en anmodning om præjudiciel afgørelse i sag C-78/11, ANGED, vedrørende forståelsen af artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet, når den midlertidige uarbejdsdygtighed opstår under afholdelsen af ferien.

Feriekontoret, Pensionsstyrelsen, besvarede den 12. april 2011 henvendelsen af 2. februar 2011 fra EU-Kommissionen med blandt andet en redegørelse for retsstillingen i Danmark og oplysning om Implementeringsudvalgets rapport og om, at den danske regering ville afvente udfaldet af sagen mellem Dansk Metal og DI.

Under retssagen nævnt i beskæftigelsesministerens brev af 4. januar 2011 afviste Østre Landsret ved kendelse af 14. april 2011 anmodningen om præjudiciel forelæggelse under henvisning til, at spørgsmålet om, hvorvidt en arbejdstager, der bliver sygemeldt, efter at ferien på 4 uger er påbegyndt, har ret til at afbryde ferien og til erstatningsferie, med fornøden klarhed var afgjort af EU-

Domstolen i forbindelse med Pereda-dommen, jf. UfR 2014.914 H.

EU-Kommissionen afviste den 4. juli 2011 svaret af 12. april 2011 fra Feriekontoret.

Ved kendelse af 3. oktober 2011 afslog landsretten en anmodning fra DI som mandatar for Grundfos A/S om udsættelse af den ovennævnte retssag på udfaldet af

1248

EU-Domstolens afgørelse i C-78/11, ANGED, jf. herom UfR 2014.914 H.

Ved brev af 24. november 2011 sendte EU-Kommissionen en åbningsskrivelse til Udenrigsministeriet. Af åbningsskrivelsen fremgår blandt andet:

»Af svaret fra de danske myndigheder fremgår det, at de, inden der træffes foranstaltninger til at ændre den danske lovgivning på dette punkt, agter at afvente udfaldet af en yderligere mulig præjudiciel forelæggelse for Domstolen.

Efter Kommissionens opfattelse fremgår kravene i henhold til EU-retten imidlertid allerede særdeles klart efter Pereda-dommen ... Det står i betragtning heraf ikke klart, hvorfor det skulle være nødvendigt at afvente endnu en dom, inden man skrider til at fjerne den manglende overholdelse af EU-retten, og i de danske myndigheders svar er der ikke fremført argumenter, som kan begrunde en sådan fremgangsmåde.«

Den 30. januar 2012 sendte Beskæftigelsesministeriet et udkast til ændring af ferieloven i høring. Udkastet indeholdt blandt andet følgende forslag:

»I § 13 indsættes efter stk. 2 som nye stykker:

Stk. 3. En lønmodtager, der bliver syg under ferien, har mod lægelig dokumentation ret til erstatningsferie efter 5 sygedage under ferie i ferieåret. En lønmodtager, der har optjent mindre end 25 dages ferie, har ret til erstatningsferie i forhold til de optjente dage.

Stk. 4. Rette[n] til erstatningsferie efter stk. 3 gælder først fra den dag, hvor lønmodtageren meddeler sygdommen til arbejdsgiveren, medmindre helt særlige omstændigheder gør sig gældende.

Stk. 5. Kan erstatningsferie efter stk. 2 og 3 ikke holdes i ferieåret på grund af sygdom, holdes ferien i det efterfølgende ferieår, jf. dog § 38.

Stk. 6. Den lægelige dokumentation betales af lønmodtageren.

Stk. 3 bliver herefter til stk. 7.«

Der blev fremsat et i det væsentlige enslydende lovforslag den 21. marts 2012, jf. herom nedenfor under retsgrundlaget.

I den ovennævnte retssag afsagde Østre Landsret dom den 15. juni 2012 og Højesteret den 18. december 2013 (UfR 2014.914 H), jf. herom nedenfor under retsgrundlaget.

EU-Domstolen afsagde dom i C-78/11, ANGED, den 21. juni 2012, jf. herom nedenfor under retsgrundlaget.

Retsgrundlaget

Retten til erstatningsferie ved sygdom opstået under ferien

Retsregler

Efter artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet (Rådets direktiv 93/104/EF af 23. november 1993 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden) skulle medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at alle arbejdstagere fik en årlig betalt ferie af mindst 4 ugers varighed i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis.

Direktivet, der skulle gennemføres i national ret senest den 23. november 1996, er siden blevet erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 med samme titel, men der skete ikke herved ændringer i retten til årlig ferie, således som den er beskrevet i artikel 7 i direktivet.

Den i sommeren 2010 gældende artikel 7 i arbejdstidsdirektivet havde således følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at alle arbejdstagere får en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis.

2. Den minimale årlige betalte ferieperiode kan ikke erstattes med en finansiel godtgørelse, medmindre arbejdsforholdet ophører.«

§ 13 i ferieloven gældende i både 2009 og sommeren 2010 (lovbekendtgørelse nr. 407 af 28. maj 2004) blev indført ved lov nr. 396 af 31. maj 2000 og havde følgende ordlyd:

»Ferie begynder ved arbejdstids begyndelse den første feriedag og slutter ved arbejdstids ophør den sidste feriedag.

Stk. 2. Hvis en lønmodtager er syg, når ferien begynder, har lønmodtageren ikke pligt til at begynde ferien.

Stk. 3. Hvis en lønmodtager deltager i en strejke eller lockout, når ferien begynder, kan lønmodtageren ikke begynde ferien.«

I forarbejderne til loven (lovforslag nr. 178 af 27. januar 2000) hedder det i de almindelige bemærkninger blandt andet:

»Sygdom og ferie

Hvis en lønmodtager bliver syg, inden ferien begynder, er der tale om en feriehindring. I dag overgår risikoen for lønmodtagerens sygdom fra arbejdsgiveren til lønmodtageren allerede ved sidste arbejdsdags slutning og ikke først ved første feriedags begyndelse. Det foreslås, at reglerne om risikoen for lønmodtagerens sygdom ændres, så risikoen først går over fra arbejdsgiveren til lønmodtageren ved normal arbejdstids begyndelse den første feriedag. Dette vil være i overensstemmelse med princippet om, at ferie begynder ved normal arbejdstids begyndelse den første feriedag.

...

Forholdet til EU-retten

Lovforslaget opfylder kravet i Rådets direktiv 93/104/EF om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelsen af arbejdstiden, hvorefter lønmodtagere har ret til mindst 4 ugers betalt ferie om året. ...«

1249

I bemærkningerne til § 13 hedder det blandt andet:

»I § 13 beskrives, hvornår ferien begynder og slutter. Dette har ikke tidligere været beskrevet i loven, men er udviklet i praksis. ...

I stk. 1 præciseres praksis om, at ferien begynder på det tidspunkt, hvor lønmodtageren ville begynde den almindelige arbejdsdag, hvis lønmodtageren ikke holdt ferie, og at ferien slutter på det tidspunkt, hvor den sidste arbejdsdag ville have været afsluttet, hvis lønmodtageren ikke holdt ferie. For mange lønmodtagere, der holder fri en kalenderuge, vil det sige, at ferien begynder mandag morgen ved normal arbejdstids begyndelse og slutter fredag aften ved normal arbejdstids ophør. Det er den enkelte lønmodtagers normale arbejdstids begyndelse og ophør, der er afgørende for, hvornår ferien begynder henholdsvis slutter.

...

I stk. 2 fastsættes, at hvis en lønmodtager er syg på tidspunktet for feriens begyndelse, er der - uanset sygdommens art og omfang - tale om en feriehindring, som medfører, at ferie ikke kan begynde, medmindre lønmodtageren selv ønsker at begynde ferien. Det vil ikke længere være af betydning, om lønmodtageren kan anses for at kunne holde ferien med et rekreativt udbytte. Det er alene afgørende, om lønmodtageren anses for syg i forhold til at kunne udføre sit arbejde. Det er hensigtsmæssigt med en klar regel på området. Når lønmodtageren bliver rask, skal lønmodtageren møde på arbejde igen. Dette gælder selvom lønmodtageren bliver rask inden for den periode, hvor lønmodtageren skulle have holdt sin

ferie. De fleste lønmodtagere vil formentlig vælge at begynde ferien, selvom de har en kortere sygdomsperiode, når ferien begynder.

Det fremgår af stk. 1, at ferien begynder ved arbejdstids begyndelse første feriedag. Lønmodtageren skal i overensstemmelse med de regler om sygemelding, der i øvrigt måtte gælde for ansættelsesforholdet, sygemelde sig over for arbejdsgiveren. Det vil normalt betyde, at lønmodtageren sygemelder sig over for arbejdsgiveren ved arbejdstids begyndelse den første feriedag.

Der er tale om en ændring i forhold til den gældende praksis. I dag overgår risikoen for en lønmodtagers sygdom i forbindelse med ferie fra arbejdsgiveren til lønmodtageren allerede ved arbejdstids ophør på lønmodtagerens sidste arbejdsdag og ikke først ved arbejdstids begyndelse på lønmodtagerens første feriedag. Administrativt har der udviklet sig en praksis om sygdom, der begynder på arbejdsfrie dage, umiddelbart før ferien begynder. For lønmodtagere, der arbejder i turnus, har arbejdsfrie dage ofte karakter af erstatningsfridage for arbejde, der er udført på lørdage, søndage og helligdage. Sygdom, der begynder på disse erstatningsfridage, bærer lønmodtageren selv risikoen for, medmindre lønmodtageren på disse dage kan blive tilkaldt med pligt til at møde, og lønmodtageren derfor står til rådighed for arbejdsgiveren. Det omvendte gælder for afspadseringsdage og afspadseringstimer. Hvis disse dage eller timer er udtryk for omplacering af arbejdstiden, bærer arbejdsgiveren risikoen for lønmodtagerens sygdom, indtil arbejdstids ophør den sidste afspadseringsdag før ferien.

Det er hensigtsmæssigt at fastsætte en klar regel om, hvornår ferien ikke kan begynde som følge af lønmodtagerens sygdom. Den foreslåede ændring er i overensstemmelse med udgangspunktet om, at ferien først anses for at begynde ved arbejdstids begyndelse på den første feriedag. Dette fremgår fremover af lovteksten. Desuden går Danmark på trods af den foreslåede lempelse i forhold til fx Sverige, Norge og Tyskland fortsat langt i retning af at pålægge lønmodtageren risikoen for sygdom.«

Ferielovens § 13 fik ved lov nr. 377 af 28. april 2012 følgende ordlyd:

»Ferie begynder ved arbejdstids begyndelse den første feriedag og slutter ved arbejdstids ophør den sidste feriedag.

Stk. 2. Hvis en lønmodtager er syg, når ferien begynder, har lønmodtageren ikke pligt til at begynde ferien.

Stk. 3. En lønmodtager, der har optjent 25 dages ferie, og som bliver syg under ferien, har mod lægelig dokumentation ret til erstatningsferie efter 5 sygedage under ferie i ferieåret. En lønmodtager, der har optjent mindre end 25 dages ferie, har ret til erstatningsferie efter et forholdsmæssigt færre antal sygedage.

Stk. 4. Lønmodtageren opnår ret til erstatningsferie fra den dag, hvor lønmodtageren meddeler sygdommen til arbejdsgiveren, medmindre helt særlige omstændigheder gør sig gældende.

Stk. 5. Kan erstatningsferie efter stk. 2 og 3 ikke holdes i ferieåret på grund af sygdom, holdes ferien i det efterfølgende ferieår, jf. dog § 38.

Stk. 6. Lønmodtageren betaler den lægelige dokumentation, jf. stk. 3.

Stk. 7. Hvis en lønmodtager deltager i en strejke eller lockout, når ferien begynder, kan lønmodtageren ikke begynde ferien.«

Ændringerne i bestemmelsen hidrører fra lovforslag nr. 114 af 21. marts 2012. Af beskæftigelsesministerens skriftlige fremsættelse af lovforslaget fremgår blandt andet:

»Som følge af EU-domstolens fortolkning af arbejdstidsdirektivets art. 7, stk. 1, i sagen C-277/08 (Pereda), fremsætter regeringen nu forslag til ændring af ferieloven, så en lønmodtager, der bliver syg under ferien, som udgangspunkt har ret til erstatningsferie. Lovforslaget er på den ene side en væsentlig forbedring af

lønmodtagernes ferievilkår, og på den anden side er der taget hensyn til arbejdsgiveren, så lønmodtageren ikke

1250

får erstatningsferie før efter de første 5 feriedage, og selv skal betale for den lægelige dokumentation.«

I forarbejderne til lovændringen hedder det i de almindelige bemærkninger:

»1. Indledning

Det følger af arbejdstidsdirektivets art. 7, stk. 1 (direktiv 2003/88/EF), at alle arbejdstagere har ret til en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis. I 2009 traf EU-Domstolen afgørelse i sagen C-277/08 (Pereda). Efter domstolens afgørelse er det i strid med art. 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet, at en lønmodtager, der er sygemeldt under en fastsat ferie, ikke har ret til efter raskmelding at afholde sin årlige ferie på et andet tidspunkt end oprindeligt fastsat. De mulige konsekvenser af dommen har været behandlet af Implementeringsudvalget under Beskæftigelsesministeriet med deltagelse af arbejdsmarkedets parter.

På baggrund heraf foreslås det, at ferieloven ændres, således at en lønmodtager, som bliver syg efter feriens begyndelse, mod lægelig dokumentation som udgangspunkt har ret til erstatningsferie efter 5 sygedage.

...

2. Lovforslagets indhold

2.1. Erstatningsferie for sygdom opstået under ferien

2.1.1. Gældende regler

Hvis en lønmodtager er syg, når ferien begynder, har lønmodtageren ikke pligt til at begynde ferien. Hvis lønmodtageren vælger ikke at påbegynde ferien, vil lønmodtageren have ret til erstatningsferie for de mistede feriedage på et senere tidspunkt, dvs. at ferien i sin helhed bortfalder i den pågældende periode. Når lønmodtageren bliver rask, skal lønmodtageren møde på arbejde igen, medmindre lønmodtageren vælger at holde resten af ferien inden for den fastlagte ferieperiode.

En lønmodtager, der bliver syg, efter at ferien er påbegyndt, har derimod ikke ret til erstatningsferie for de feriedage, hvor lønmodtageren er syg. Ferien anses således for holdt på trods af sygdom.

2.1.2. Lovforslagets indhold

På baggrund af EU-domstolens praksis, jf. indledningen, foreslås det, at en lønmodtager, som bliver syg efter feriens begyndelse, får ret til erstatningsferie.

En lønmodtager har ret til 4 ugers betalt ferie efter arbejdstidsdirektivet. En lønmodtager optjener efter ferieloven ret til 5 ugers betalt ferie ved arbejde i hele optjeningsåret. For at inddæmme de økonomiske konsekvenser af forslaget for arbejdsgiverne foreslås det derfor, at der ikke er ret til erstatningsferie for de 5 første sygedage under ferien. Hvis lønmodtageren har optjent et mindre antal feriedage end 25, har lønmodtageren ret til et mindre antal dage med betalt ferie. Det betyder, at retten til erstatningsferie indtræder forholdsmæssigt tidligere.

Det er en betingelse for at få erstatningsferie, at lønmodtageren meddeler sygdommen til arbejdsgiveren i overensstemmelse med de regler, som gælder i ansættelsesforholdet. Påberåbelsen af sygdom som en feriehindring har derfor først virkning fra den dag, meddelelsen er givet til arbejdsgiveren i overensstemmelse med de regler, der gælder om sygemelding i lov eller praksis.

Lønmodtageren skal dokumentere sygdommen overfor arbejdsgiver. Kravet om en lægelig dokumentation skal sikre, at der foreligger en faglig vurdering af en vis tyngde som grundlag

for retten til erstatningsferie. Den lægelige dokumentation betales af lønmodtageren.

Såfremt erstatningsferien på grund af sygdom - uanset om sygdommen er opstået før eller under ferien - ikke kan holdes i indeværende ferieår, kan ferien holdes i det efterfølgende ferieår.

...

7. Forholdet til EU-retten

Forslaget, om at lønmodtageren mod lægelig dokumentation har ret til erstatningsferie fra 6. sygedag, hvis lønmodtageren bliver syg under ferien, bringer ferieloven i overensstemmelse med arbejdstidsdirektivet, som fortolket i EU-domstolens seneste praksis. Reglerne, om at lønmodtageren først får ret til erstatningsferie efter 5 sygedage i ferieåret, vurderes at være i overensstemmelse med arbejdstidsdirektivet, da direktivet alene beskytter 4 ugers ferie svarende til 20 dage. Forslaget sikrer, at lønmodtageren har krav på 20 feriedage eller et mindre antal i forhold til de optjente feriedage.

Der henvises i øvrigt til de almindelige bemærkninger under punkt 2.1 og bemærkningerne til § 1 til nr. 4.

...«

I bemærkningerne til § 1, nr. 4, hedder det blandt andet:

»Som følge af seneste praksis fra EU-domstolen (Pereda-dommen) vedr. artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet foreslås det i § 13, stk. 3, at en lønmodtager, som bliver syg efter feriens begyndelse, har ret til erstatningsferie.

Ifølge arbejdstidsdirektivets artikel 7, stk. 1, har en lønmodtager ret til 4 ugers årlig betalt ferie. Dette betyder, at en lønmodtager, der har optjent 25 feriedage, har en beskyttet ret efter arbejdstidsdirektivet til at holde 20 dages årlig betalt ferie. Ferie ud over 20 dage er ikke beskyttet af arbejdstidsdirektivet.

Ifølge forslaget får en lønmodtager, der bliver syg under ferien, derfor ikke ret til erstatningsferie for de første 5 sygedage. Hvis lønmodtageren har optjent fuld ferieret på 25 feriedage, har lønmodtageren først ret til erstatningsferie efter 5 sygedage i ferieåret. Har lønmodtageren optjent mindre end 25 dages ferie, beregnes

1251

de dage, som lønmodtageren ikke får erstatningsferie for i forhold til de optjente feriedage.

De dage, som lønmodtageren ikke får erstatningsferie for, beregnes ved at gange antallet af optjente feriedage med 1/5.«

Lovændringen trådte i kraft den 1. maj 2012.

Retspraksis

EU-Domstolen fastslog ved dom af 26. juni 2001 i sag C-173/99, BECTU, at artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet ikke giver en medlemsstat adgang til at vedtage en national bestemmelse, hvorefter en arbejdstager først begynder at optjene ret til årlig betalt ferie, når han fuldført en karenstid på 13 ugers uafbrudt beskæftigelse hos den samme arbejdsgiver.

Ved dom af 18. marts 2004 fastslog EU-Domstolen i sag C-342/01, Gómez, at blandt andet artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet skal fortolkes således, at en kvindelig arbejdstager skal kunne afholde sin årlige ferie i en anden periode end den, hvor hun er på barselsorlov.

Ved dom af 20. januar 2009 i de forenede sager C-350/06 og C-520/06, Schultz-Hoff, fastslog Domstolen blandt andet, at bestemmelsen i artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for nationale retsfor skrifter eller praksis, hvorefter en arbejdstager, som er på sygeorlov, ikke er berettiget til at holde en årlig betalt ferie i løbet af den periode, hvor han har sygeorlov, mens den er til hinder for nationale retsfor skrifter eller praksis, hvorefter retten til årlig betalt ferie bortfalder ved udløbet af referenceperioden, når en arbejdstager på

grund af sygdom i den relevante periode ikke har kunnet gøre brug af sin ret til årlig betalt ferie.

EU-Domstolens dom af 10. september 2009 i sag C-277/08, Pereda, angik en spansk lønmodtager, der arbejdede som chauffør. I virksomhedens ferieplan blev han tildelt ferie fra den 16. juli til den 14. august 2007. Imidlertid blev han allerede den 3. juli 2007 - og således inden feriens påbegyndelse - udsat for en arbejdsulykke og var uarbejdsdygtig frem til den 13. august 2007, således at den ferie, han havde ret til i 2007 uden samtidig at være på sygeorlov, begrænsede sig til dagene 14. og 15. august 2007. Der opstod nu tvist om retmæssigheden af hans anmodning om ny, betalt ferie, og den spanske domstol forelagde følgende præjudicielle spørgsmål (præmis 16):

»Skal artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 fortolkes således, at i tilfælde hvor den ferie, der er fastsat i virksomhedens ferieplan, tidsmæssigt falder sammen med midlertidig uarbejdsdygtighed som følge af en arbejdsulykke, der er indtruffet før den fastsatte dato for feriens påbegyndelse, har den berørte arbejdstager efter at være raskmeldt ret til at afholde ferien på andre tidspunkter end de oprindeligt fastsatte, uanset om det relevante kalenderår er udløbet eller ej?«

I dommen hedder det blandt andet herom:

»17. Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 skal fortolkes således, at den er til hinder for nationale bestemmelser eller kollektive overenskomster, hvorefter en arbejdstager, der er sygemeldt under sin årlige ferie som fastsat i ferieplanen for den virksomhed, hvor han er ansat, ikke har ret til efter raskmelding at afholde sin årlige ferie på et andet tidspunkt end oprindeligt fastsat, eventuelt uden for den omhandlede referenceperiode.

18. For det første bør det erindres, som det også fremgår af ordlyden af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88, der ikke kan fraviges, at alle arbejdstagere har ret til en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed. Denne ret til årlig betalt ferie bør betragtes som et særligt vigtigt princip i Fællesskabets sociallovgivning, som skal gennemføres af de kompetente nationale myndigheder inden for de udtrykkelige grænser, der er fastsat ved direktiv 2003/88 (jf. i denne retning vedrørende direktiv 93/104 dom af 26.6.2001, sag C-179/99, BECTU, Sml. I, s. 4881, præmis 43, af 18.3.2004, sag C-342/01, Merino Gómez, Sml. I, s. 2605, præmis 29, og af 16.3.2006, forenede sager C-131/04 og C-257/03, Robinson-Steele m.fl., Sml. I, s. 2531, præmis 48).

19. Herom har Domstolen allerede fastslået, at artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 i princippet ikke er til hinder for en national lovgivning, der fastsætter bestemmelser om udøvelsen af den ret til årlig betalt ferie, som udtrykkeligt er fastsat i direktivet, selv om denne lovgivning indebærer, at retten hertil fortabes ved udløbet af referenceperioden, dog under den forudsætning, at en arbejdstager, som har fortabt retten til årlig betalt ferie, faktisk har haft mulighed for at gøre brug af denne ret. Således bortfalder retten til årlig betalt ferie ikke ved udløbet af den i national ret fastsatte referenceperiode, når arbejdstageren har haft sygeorlov inden for hele eller en del af referenceperioden og rent faktisk ikke har haft mulighed for at gøre brug af den nævnte ret (jf. dom af 20.1.2009, forenede sager C-350/06 og C-520/06, Schultz-Hoff m.fl., ..., præmis 43 og 55).

20. Med henblik på en effektiv beskyttelse af arbejdstagerens sikkerhed og sundhed har denne normalt ret til en reel hviletid, hvorfor det ifølge artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 kun er muligt at erstatte retten til årlig betalt ferie med en finansiel godtgørelse i tilfælde, hvor arbejdsforholdet er ophørt (jf. i denne retning vedrørende direktiv 93/104 BECTU-dommen, præmis 44, og Merino Gómez-dommen, præmis 30).

21. Det er i øvrigt ubestridt, at formålet med retten til en årlig betalt ferie er at give arbejdstageren mulighed for at hvile ud og have en periode til rådighed, hvorunder han kan slappe af og nyde sin fritid. Dette formål er forskelligt fra formålet med retten til sygeorlov, som er

1252

begrundet i, at arbejdstageren skal have mulighed for at komme sig over en sygdom (jf. dommen i sagen Schultz-Hoff m.fl., præmis 25).

22. Det følger af det ovenfor anførte, herunder navnlig af det nævnte formål med retten til årlig betalt ferie, at en arbejdstager, der har sygeorlov under sin forud fastlagte årlige ferie, efter anmodning har ret til at afholde ferie på et tidspunkt, der ikke falder sammen med sygeorloven, således at han reelt kan nyde godt af sin årlige ferie. Fastlæggelsen af tidspunktet for denne nye årlige ferie, hvis længde skal svare til det tidsmæssige sammenfald mellem den oprindeligt fastsatte årlige ferie og sygeorloven, er underlagt nationale regler og procedurer vedrørende fastlæggelse af arbejdstageres ferie, idet der skal tages højde for de foreliggende forskellige interessehensyn, herunder navnlig tvingende hensyn vedrørende virksomhedens interesser.

23. For det tilfælde, at sådanne hensyn måtte tale imod at imødekomme arbejdstagerens anmodning om en ny periode for den årlige ferie, er arbejdsgiveren forpligtet til at give arbejdstageren ferie i en anden periode foreslået af arbejdstageren, der også er forenelig med de ovennævnte interesser, idet det ikke på forhånd må udelukkes, at denne ferieperiode kan ligge uden for referenceperioden for den omhandlede årlige ferie.

24. Som Domstolen tidligere har udtalt, får den årlige ferie ganske vist kun sin fulde positive virkning for arbejdstagerens sikkerhed og sundhed, såfremt den holdes inden for det år, hvor det er foreskrevet, dvs. i det løbende år, men hviletiden har dog fortsat betydning, selv om den holdes i en efterfølgende periode (jf. dom af 6.4.2006, sag C-124/05, Federatie Nederlandse Vakbeweging, Sml. I, s. 3423, præmis 30, og dommen i sagen Schultz-Hoff m.fl., præmis 30).

25. Heraf følger, at selv om direktiv 2003/88 ikke [er] til hinder for nationale retsfor skrifter eller former for praksis, hvorefter en arbejdstager under sygeorlov er berettiget til at afholde årlig betalt ferie i løbet af den periode, hvor han har sygeorlov (dommen i sagen Schultz-Hoff m.fl., præmis 31), følger det af denne doms præmis 22, at en arbejdstager, der ikke ønsker at afholde årlig ferie under sygeorloven, skal have tildelt ferie i en anden periode.

26. Henset til det ovenfor anførte skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 skal fortolkes således, at den er til hinder for nationale bestemmelser eller kollektive overenskomster, hvorefter en arbejdstager, der er sygemeldt under sin årlige ferie som fastsat i ferieplanen for den virksomhed, hvor han er ansat, ikke har ret til efter raskmelding at afholde sin årlige ferie på et andet tidspunkt end oprindeligt fastsat, eventuelt uden for den omhandlede referenceperiode.«

Ved dom af 21. juni 2012 i sag C-78/11, ANGED, fastslog EU-Domstolen, at artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet skal fortolkes således, at den er til hinder for nationale bestemmelser, som fastsætter, at en arbejdstager, hvis uarbejdsdygtighed er opstået under den årlige betalte ferieperiode, ikke har ret til efterfølgende at afholde nævnte årlige ferie, som falder sammen med uarbejdsdygtighedsperioden. Domstolen henviste i den forbindelse blandt andet til, at det fulgte af retspraksis, der vedrører en arbejdstager, som er uarbejdsdygtig før begyndelsen af en årlig betalt ferieperiode, at det tidspunkt, hvor nævnte uarbejdsdygtighed opstod, er irrelevant.

Højesteret fastslog ved sin dom af 18. december 2013 (UfR 2014.914 H), at det følger af praksis om EU-konform fortolkning, at den ikke kunne føre til et resultat »contra legem«. Retstilstanden efter ferieloven fra 2000 var klar, og det var ikke ved anvendelse af dansk rets anerkendte fortolkningsprincipper muligt at nå til det resultat, at ferieloven fra 2000 lagde risikoen for sygdom opstået under ferie på arbejdsgiveren. Det ville være et brud på retssikkerheden og den forudsigelighed i rettens anvendelse, som måtte kræves, i medfør af den dagældende ferielov at pålægge en privat arbejdsgiver en pligt til at give ansatte, der blev syge under ferie, erstatningsferie med henvisning til den nævnte fortolkning ved EU-Domstolen af arbejdstidsdirektivet. Højesteret frifandt herefter arbejdsgiveren for kravet om betaling i anledning af manglende erstatningsferie for sygdom indtrådt efter feriens begyndelse.

Medlemsstaternes erstatningsansvar

I EU-Domstolens dom af 19. november 1991 i de forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich, hedder det blandt andet:

»Statens erstatningsansvar for tab på grund af tilsidesættelse af dens forpligtelser efter fællesskabsretten

...

a) Det principielle spørgsmål om statens ansvar

...

33. Fællesskabsrettens fulde virkning ville blive afsvækket, og beskyttelsen af de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ville blive forringet, såfremt private var afskåret fra at opnå erstatning for en krænkelse af deres rettigheder som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der må tilregnes en medlemsstat.

34. Det er navnlig nødvendigt, at der består en adgang til at gøre erstatningskrav gældende mod en medlemsstat i tilfælde, hvor fællesskabsrettens fulde virkning afhænger af, at der træffes foranstaltninger fra medlemsstatens side, således som i denne sag, og hvor private derfor ikke kan påberåbe sig de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ved de nationale domstole, når medlemsstaten ikke har truffet sådanne foranstaltninger.

1253

35. Der følger således af selve Traktatens system et princip om, at staten er erstatningsansvarlig for tab, som er forvoldt private på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten.

...

b) Betingelser for statens ansvar

38. Medens princippet om statens ansvar således følger af fællesskabsretten, afhænger betingelserne for, at der kan kræves erstatning på dette grundlag, af den tilsidesættelse af fællesskabsretten, der har forvoldt tabet.

39. Når en medlemsstat, som det er tilfældet i denne sag, tilsidesætter sin forpligtelse efter Traktatens artikel 189, stk. 3, til at træffe alle de foranstaltninger, som er nødvendige for at nå det mål, der tilsigtes med et direktiv, er det, for at sikre denne traktatbestemmelses fulde virkning, nødvendigt, at der kan kræves erstatning, når følgende tre betingelser er opfyldt.

40. Den første betingelse er, at det mål, der tilsigtes med direktivet, indebærer, at private tillægges rettigheder. Den anden betingelse er, at indholdet af disse rettigheder kan fastslås på grundlag af selve direktivets bestemmelser. Endelig er den tredje betingelse, at der er årsagsforbindelse mellem statens tilsidesættelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab.

41. Såfremt disse betingelser er opfyldt, har private et krav på erstatning, der følger direkte af fællesskabsretten.

...

43. Endvidere bemærkes, at de formelle og materielle betingelser i medlemsstaternes nationale lovgivning for erstatning af tab ikke må være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for

tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og ikke må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning (jf. for så vidt angår det beslægtede spørgsmål om tilbagesøgning af afgifter opkrævet i strid med fællesskabsretten, dom af 9.11.1983, sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595).

44. Vedrørende nærværende sag bemærkes, at det ved en dom afsagt af Domstolen er fastslået, at en medlemsstat har tilsidesat fællesskabsretten ved ikke at have truffet rettidige gennemførelsesforanstaltninger til direktiv 80/987. Det mål, som tilsigtes med dette direktiv, er at yde arbejdstagerne sikkerhed for betaling af deres løntilgodehavender. Som det fremgår af gennemgangen af den første del af det første spørgsmål, kan indholdet af denne ret fastslås på grundlag af direktivets bestemmelser.

45. Det påhviler herefter den nationale domstol at påse, at der efter nationale erstatningsregler ydes arbejdstagerne erstatning for det tab, de har lidt, som følge af den manglende gennemførelse af direktivet.

46. Herefter må denne del af den nationale rets spørgsmål besvares med, at en medlemsstat ifalder erstatningsansvar for privates tab som følge af den manglende gennemførelse af direktiv 80/987.«

I EU-Domstolens dom af 5. marts 1996 i de forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur SA m.fl., hedder det blandt andet:

»Statens ansvar for den nationale lovgivers handlinger og undladelser i strid med fællesskabsretten...

16. Med det første spørgsmål ønsker begge de nationale retsinstanter i det væsentlige oplyst, om princippet om, at medlemsstaterne er forpligtet til at erstatte tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilregnes staterne, finder anvendelse, når den pågældende overtrædelse må tilskrives den nationale lovgiver.

17. Indledningsvis bemærkes, at Domstolen allerede i dommen af 19. november 1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl. (Sml. I, s. 5357, præmis 37), har fastslået, at det er et princip i fællesskabsretten, at medlemsstaterne er forpligtet til at erstatte tab, som er forvoldt borgerne som følge af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes medlemsstaterne.

...

32. Heraf følger, at princippet gælder i alle tilfælde, hvor en medlemsstat har overtrådt fællesskabsretten, uanset hvilket organ i medlemsstaten der ved sin handling eller undladelse har været årsag til overtrædelsen.

...

36. Følgelig må svaret til de nationale retter være, at princippet om, at medlemsstaterne er forpligtet til at erstatte tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilregnes medlemsstaterne, finder anvendelse, når den pågældende overtrædelse må tilskrives den nationale lovgiver.

Betingelserne for statens ansvar som følge af den nationale lovgivers handlinger og undladelser i strid med fællesskabsretten

...

...

45. Den restriktive opfattelse af Fællesskabets ansvar for udøvelsen af dets retsanordnende virksomhed beror på den betragtning, dels at udøvelsen af den lovgivende magt, selv hvor der findes en domstolskontrol med retsakternes lovlighed, ikke må hindres ved udsigten til erstatningskrav, hver gang det i Fællesskabets almene interesse kræves, at der træffes generelle foranstaltninger, som kan skade borgernes interesser, dels at Fællesskabet i en retlig sammenhæng, som er kendetegnet ved, at der foreligger en vid skønsbeføjelse, der er uomgængelig for iværksættelsen af en

fællesskabspolitik, kun kan ifalde ansvar, hvis den pågældende institution åbenbart og groft har overskredet grænserne for udøvelsen af sine beføjelser (dom af 25.5.1978, forenede sager 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 og 40/77, HNL m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 1209, præmis 5 og 6).

1254

46. Når dette er sagt, må det konstateres, at den nationale lovgiver - i øvrigt ligesom fællesskabsinstitutionerne - ikke altid har en vid skønsebeføjelse, når der er tale om et område, som reguleres af fællesskabsretten. Denne kan pålægge den nationale lovgiver forpligtelser til at nå et bestemt mål eller til at udvise eller undlade en bestemt adfærd, som - undertiden i høj grad - indskrænker rammerne for dennes skøn. Dette er navnlig tilfældet, når medlemsstaten - som under de i dommen i sagen Francovich m.fl. omhandlede omstændigheder - i medfør af traktatens artikel 189 er forpligtet til inden udløbet af en vis frist at træffe alle de foranstaltninger, der er nødvendige for at nå det mål, der er fastsat i et direktiv. I dette tilfælde har den omstændighed, at det er den nationale lovgiver, der skal træffe disse foranstaltninger, ingen betydning for medlemsstatens ansvar for manglende gennemførelse af direktivet.

47. Når en medlemsstat handler på et område, hvor den har en vid skønsebeføjelse, der kan sammenlignes med den, fællesskabsinstitutionerne har ved gennemførelsen af Fællesskabets politikker, må betingelserne for, at den kan ifalde ansvar, derimod i princippet være de samme som dem, der gælder for Fællesskabets ansvar i en situation, der kan sammenlignes hermed.

48. I hovedsagen, der ligger til grund for sag C-46/93, havde den tyske lovgiver udstedt retsforrifter på levnedsmiddelområdet, specielt med hensyn til øl. Da der ikke var sket harmonisering på fællesskabsplan, havde den nationale lovgiver en vid skønsebeføjelse på dette område med hensyn til udstedelse af bestemmelser om kvaliteten af det øl, der blev bragt i handelen.

49. Med hensyn til de faktiske omstændigheder i sag C-48/93 havde lovgiver i Det Forenede Kongerige ligeledes en vid skønsebeføjelse. Den omtvistede lovgivning vedrørte nemlig dels registreringen af fartøjer - et område, som henset til fællesskabsrettens udviklingstrin henhører under medlemsstaternes kompetence - dels reguleringen af fiskeriet, en sektor, hvor medlemsstaterne har et vist skøn ved gennemførelsen af den fælles politik.

50. Det fremgår således, at den tyske lovgiver og lovgiver i Det Forenede Kongerige i de foreliggende tilfælde stod over for situationer, hvor de skulle træffe et valg, der kan sammenlignes med det, fællesskabsinstitutionerne foretager ved udstedelsen af generelle retsakter i forbindelse med en fællesskabspolitik.

51. Under sådanne omstændigheder anerkender fællesskabsretten en ret til erstatning, såfremt tre betingelser er opfyldt, nemlig at den bestemmelse, der er overtrådt, har til formål at tillægge borgerne rettigheder, at overtrædelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og endelig, at der er en direkte årsagsforbindelse mellem statens overtrædelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab.

52. Disse betingelser tilgodeser for det første kravet om fællesskabsrettens fulde virkning og den effektive beskyttelse af de heri anerkendte rettigheder.

53. For det andet svarer de i det væsentlige til de betingelser, Domstolen har fastsat på grundlag af artikel 215 i sin praksis vedrørende Fællesskabets ansvar for tab, der er forvoldt borgerne ved fællesskabsinstitutionernes ulovlige generelle retsakter.

54. Det er åbenbart, at den første betingelse er opfyldt, ...

55. Hvad angår den anden betingelse, er det afgørende kriterium for, om en overtrædelse af fællesskabsretten kan anses for tilstrækkelig kvalificeret - både med hensyn til Fællesskabets ansvar

i henhold til artikel 215 og medlemsstaternes ansvar for overtrædelser af fællesskabsretten - om en medlemsstat eller en fællesskabsinstitution åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsebeføjelser.

56. Som eksempler på de momenter, den kompetente retsinstans i den forbindelse kan tage i betragtning, skal nævnes følgende: hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, hvor vidt et skøn, den tilsidesatte bestemmelse overlader de nationale myndigheder eller fællesskabsmyndighederne, om overtrædelsen er begået eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til undladelsen, vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten.

57. En overtrædelse af fællesskabsretten er under alle omstændigheder åbenbart kvalificeret, når den har været ved til trods for, at der er afsagt en dom, der fastslår traktatbruddet, en dom i en præjudiciel sag, eller der foreligger en fast praksis ved Domstolen på det pågældende område, hvoraf det fremgår, at den omtvistede adfærd har karakter af en overtrædelse.

58. I de foreliggende tilfælde kan Domstolen ikke sætte sin vurdering i stedet for de nationale retsinstancesses, der alene er kompetente til at fastlægge de faktiske omstændigheder i hovedsagerne og til at tage stilling til, hvor kvalificerede de omhandlede overtrædelser af fællesskabsretten er. Domstolen anser det imidlertid for formålstjenligt at henvise til nogle omstændigheder, som de nationale retsinstancesser kan tage i betragtning.

...

65. Med hensyn til den tredje betingelse tilkommer det de nationale retsinstancesser at tage stilling til, om der er en direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelsen af den forpligtelse, der påhviler staten, og de skadelidtes tab.

66. De tre ovenfor anførte betingelser er nødvendige for og tilstrækkelige til, at borgerne har en ret til erstatning, uden at det af den grund er udelukket, at staten

1255

kan ifalde ansvar efter mindre restriktive betingelser i henhold til national ret.

...

74. Svaret til de nationale retsinstancesser må derfor være, at når en medlemsstats overtrædelse af fællesskabsretten må tilregnes den nationale lovgiver, der handler på et område, hvor denne har en vid skønsebeføjelse, når der skal træffes valg af normativ karakter, har de borgere, der har lidt skade, ret til erstatning, når den bestemmelse i fællesskabsretten, der er overtrådt, har til formål at tillægge dem rettigheder, når overtrædelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og når der er en direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og de skadelidtes tab. Med dette forbehold gennemføres statens erstatningsansvar for det tab, der er forvoldt ved overtrædelsen af fællesskabsretten, som må tilregnes staten, efter nationale erstatningsregler, dog således at betingelserne i den nationale lovgivning, der finder anvendelse, ikke må være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og heller ikke må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning.

Spørgsmålet om, hvorvidt erstatningen kan gøres betinget af culpa...

76. For det første bemærkes, at begrebet culpa - som det fremgår af oplysningerne i sagen - ikke har samme indhold i de forskellige retssystemer.

...

80. Følgelig må svaret til den nationale retsinstans være, at den ikke inden for rammerne af den nationale lovgivning, den anvender, kan gøre erstatningen af tabet betinget af, at der hos det statslige organ, overtrædelsen må tilregnes, foreligger culpa (forsæt eller uagtsomhed), som går videre end den tilstrækkelig kvalificerede overtrædelse af fællesskabsretten.

...«

Ved dom af 8. oktober 1996 i de forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, Dillenkofer, fastslog EU-Domstolen blandt andet, at den omstændighed, at der ikke er truffet nogen foranstaltninger til gennemførelse af et direktiv for at nå det tilsigtede mål inden for den i direktivet fastsatte frist, i sig selv er en kvalificeret overtrædelse af fællesskabsretten og derfor medfører en ret til erstatning for de skadelidte borgere, såfremt der ved direktivet tillægges borgerne rettigheder og er årsagsforbindelse mellem statens tilsidesættelse af sin forpligtelse og det lidte tab.

EU-Domstolen fastslog ved dom af 18. januar 2001 i sag C-150/99, Stockholm Lindöpark AB, blandt andet, at det forhold, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, i sig selv kan være tilstrækkeligt til at bevise, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse, hvis medlemsstaten grundet den klare ordlyd af direktivets bestemmelser ikke kan træffe et valg ved udstedelsen af generelle retsakter og kun har et stærkt begrænset eller intet skøn, og at det forhold, at den pågældende nationale lovgivning senere blev ophævet, kan vise, at den nationale lovgiver var blevet bekendt med, at retstilstanden var uforenelig med fællesskabsretten.

Ved dom af 10. maj 2007 i sag C-508/04, Kommissionen mod Østrig, fastslog EU-Domstolen i en traktatbrudssag om miljøretlige bevaringsforanstaltninger blandt andet, at en argumentation om, at en national bestemmelse under alle omstændigheder fortolkes i overensstemmelse med direktivet, ikke kan anses for at udgøre en iværksættelse af de forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne, når et direktiv skal gennemføres, idet en sådan direktivkonform fortolkning af bestemmelser i national ret ikke i sig selv kan frembyde den klarhed og præcision, der er nødvendig for at overholde kravet om retssikkerhed.

Procedure

CO-industri som mandatar for A har navnlig gjort gældende, at Beskæftigelsesministeriet er erstatningsansvarlig for manglende implementering af den ret efter arbejdstidsdirektivets artikel 7 til erstatningsferie ved sygdom opstået under ferien, som blev fastslået ved EU-Domstolens dom af 10. september 2009 i sag C-277/08, Pereda. A har som følge af den manglende implementering lidt et økonomisk tab svarende til den nedlagte påstand. Den manglende implementering udgør en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af fællesskabsretten til, at der kan pålægges erstatningsansvar. Retten til erstatningsferie ved sygdom opstået under ferie fremstod klart efter Pereda-dommen og i hvert fald i god tid inden hans ferieafvikling i sommeren 2010. Muligheden for en direktivkonform fortolkning af den dagældende ferielov ved domstolene fritager fællesskabsretligt ikke medlemsstaterne for forpligtelsen til at gennemføre fællesskabsretten udtrykkeligt i national ret, og den tid, der er anvendt til at finde en implementeringsmodel, der begrænser virkningerne af implementeringen af Pereda-dommens resultat i dansk ret, gør ikke overtrædelsen mindre kvalificeret. De begrænsninger i adgangen til erstatningsferie ved sygdom opstået under ferie, som blev indført ved ferieloven i 2012, kan ikke begrænse hans erstatningskrav vedrørende ferie i 2010.

Beskæftigelsesministeriet kan ifalde ansvar for manglende implementering efter såvel dansk rets almindelige erstatningsregel som efter den EU-retlige ansvarsnorm for manglende eller ukorrekt

implementering af fællesskabsretten i national ret, men de to ansvarsnormer indeholder i realiteten det samme, hvilket parterne også er enige om.

EU-Domstolen har opstillet tre betingelser for erstatningsansvaret. Det er ubestridt, at to af disse betingelser

1256

er opfyldt, nemlig at arbejdstidsdirektivets artikel 7 har til formål at tillægge borgerne rettigheder, og at der skal være direkte årsagsforbindelse mellem den manglende implementering og tabet. Sagen angår således i første række, om overtrædelsen af fællesskabsretten er tilstrækkelig kvalificeret. Det følger af præmis 57 i Brasserie du pêcheur-dommen og senere domme, at en overtrædelse af fællesskabsretten under alle omstændigheder er åbenbart kvalificeret, når der foreligger en dom i en præjudiciel sag, hvoraf det fremgår, at den omtvistede adfærd har karakter af en overtrædelse. Det var tilfældet ved Pereda-dommens afsigelse.

Pereda-dommens præmisser er klare og dommens resultat var en umiddelbar følge af EU-Domstolens forudgående domme om arbejdstidsdirektivets artikel 7. Det var derfor allerede i januar 2009 klart, at arbejdstidsdirektivets artikel 7 sikrer arbejdstagere ret til erstatningsferie, hvis der er et tidsmæssigt sammenfald mellem sygdom og feriedage, uanset hvornår sygdommen er indtrådt. Pereda-sagen blev ligesom ANGED-sagen afgjort uden forslag fra Generaladvokaten, og EU-Domstolen mente således ikke, at sagen rejste nye retsspørgsmål, jf. artikel 20, stk. 5, i domstolens statut. Der forelå dermed allerede inden dommen i Pereda-sagen en kvalificeret overtrædelse af EU-retten.

Ændringen af ferieloven i 2012 var ifølge fremsættelsen og bemærkningerne til lovforslaget alene motiveret af, at Pereda-dommen fastslog retten til erstatningsferie ved sygdom opstået under ferien. Der var da ikke afsagt dom i sag C-78/11, ANGED, eller af landsretten i UfR 2014.914 H. Der forelå derfor ikke andre fortolkningsbidrag end Pereda-dommen, som kunne føre til den konklusion, som lå bag lovforslagets fremsættelse. Situationen svarer dermed til den, der forelå i EU-Domstolens dom af 18. januar 2001 i sag C-150/99, Stockholm Lindöpark, hvorefter en overtrædelse af fællesskabsretten i sig selv kunne bevise, at en sådan overtrædelse er en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten, da medlemsstaten havde et begrænset eller intet skøn. Domstolen noterede sig i den forbindelse, at medlemsstaten ved sin efterfølgende lovændring havde erkendt uforeneligheden med fællesskabsretten.

Også Østre Landsret fastslog ved kendelse i UfR 2014.914 H om eventuel forelæggelse for EU-Domstolen og ved dommen i samme sag efter den generelle formulering af EU-Domstolens præmisser, at retten til erstatningsferie gælder i forhold til såvel sygdom opstået før påbegyndt ferie som sygdom opstået under ferien. Endelig fandt EU-Kommissionen retsstillingen klar efter Pereda-dommen.

Embedsmandsnotaterne fra tiden umiddelbart efter Pereda-dommen tyder heller ikke på en reel tvivl om forståelsen af EU-Domstolens praksis og ferielovens manglende overensstemmelse hermed, og den omstændighed, at regeringen allerede havde konkluderet, at en lovændring var fornøden, følger også af, at et lovforslag oprindeligt var medtaget i lovprogrammet med forventet fremsættelse i februar 2010.

Der eksisterer ingen pligt til at lade lovændringer behandle i Implementeringsudvalgets regi, og allerede derfor kan dette ikke begrunde ansvarsfrihed. I lovprogrammet havde regeringen da som anført også forventet at kunne fremsætte lovforslag i februar 2010. Herudover følger det af EU-Domstolens faste praksis, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig bestemmelser, forhold eller praksis i sin nationale retsorden som begrundelse for ikke at overholde forpligtelser efter fællesskabsretten, jf. f.eks. dom af 8.

oktober 1996 i de forenede sager C-178/94 m.fl., Dillenkofer, præmis 53.

For så vidt angår Beskæftigelsesministeriets subsidiære anbringende om, at A alene skal have erstatning svarende til 6 sygedage bemærkes, at A's krav skal bedømmes på grundlag af den ferielov, der gjaldt i sommeren 2010, og ikke den ændring, der blev foretaget i 2012. Det forhold, at ministeriet er erstatningsansvarlig for ikke at have bragt retten til erstatningsferie i overensstemmelse med, hvad der gælder ifølge arbejdstidsdirektivet, indebærer ikke, at omfanget af retten til ferie skal reduceres, jf. EU-Domstolens dom i sag C-342/01, Gómez, præmis 42-44, og Østre Landsrets dom i UfR 2014.914 H.

Hvis A ikke er berettiget til erstatning fra staten, vil erstatningsadgangen i realiteten være et indholdsløst princip, og reale hensyn taler derfor for, at han bør tilkendes erstatning.

Beskæftigelsesministeriet har navnlig gjort gældende, at betingelserne for at pålægge ministeriet et erstatningsansvar ikke er opfyldte, og at der ikke er lidt et tab svarende til det påståvnte beløb.

A har ikke påvist, at betingelserne for, at ministeriet kan ifalde et erstatningsansvar efter EU-retten, er opfyldt. Det følger således af EU-Domstolens dom af 5. marts 1996 i de forenede sager C-46/83 og C-48/93, Brasserie du pêcheur, præmis 55-57, samt Højesterets domme i UfR 2007.3124 H og UfR 2013.2361 H, at erstatningsansvar forudsætter, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af EU-retten. Det fremgår af disse afgørelser, at det, for at et ansvar kan komme på tale, er nødvendigt, at ministeriet åbenbart og groft har tilsidesat regler, der har til formål at tillægge borgeren rettigheder. Herudover har ministeriet heller ikke handlet ansvarspådragende efter dansk ret, hvilken ansvarsvurdering er sammenfaldende med ansvarsbedømmelsen efter EU-retten.

Efter Højesterets dom af 18. december 2013 (UfR 2014.914 H) må det lægges til grund, at § 13 i den dagældende ferielov ikke var i overensstemmelse med artikel 7 i arbejdstidsdirektivet som fortolket af

1257

EU-Domstolen. Det forhold, at § 13 i den daværende ferielov var i strid med arbejdstidsdirektivet kan imidlertid ikke i sig selv udløse et EU-retligt erstatningsansvar, da der ikke foreligger en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af EU-retten.

Det afgørende for, om ministeriet har handlet ansvarspådragende, er, om ministeriet på tidspunktet for A's sygemelding i juli 2010 indså eller burde have indset, at der ikke var overensstemmelse mellem ferieloven og arbejdstidsdirektivet, og følgelig burde have sikret sig, at loven blev bragt i overensstemmelse med EU-retten. Pereda-sagen bibragte ikke en sådan klarhed om retsstillingen, at dette i sig selv kunne udløse en handleforpligtelse. Ændringen af ferieloven blev gennemført med den hastighed, man med rimelighed kunne kræve, og ministeriet kunne med føje gå ud fra, at uoverensstemmelsen mellem dansk ret og EU-retten kunne løses ved konform fortolkning.

Det fremgår ikke af ordlyden af arbejdstidsdirektivets artikel 7, stk. 1, at en ordning som i den dagældende § 13 i ferieloven, hvorefter lønmodtageren bærer risikoen for sygdom, der opstår under ferien, ikke skulle være i overensstemmelse med direktivet. Ved implementeringen af arbejdstidsdirektivet anlagde man undskyldeligt en forkert fortolkning af direktivet. Det taler for en lempelse af ansvarsvurderingen, jf. f.eks. EU-Domstolens dom af 8. oktober 1996 i de forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94 og C-190/94, Dillenkofer, modsætningsvis, hvor der derimod var tale om, at medlemsstaten slet ikke havde implementeret det relevante direktiv. Frem til den 10. september 2009, hvor EU-

Domstolens afsagde dom i Pereda-sagen, var der således intet, der antydede, at der kunne være et problem med foreneligheden af den dagældende § 13 i ferieloven med arbejdstidsdirektivets bestemmelser. Det understøttes af det forhold, at regeringen umiddelbart efter dommen besluttede, at der i regi af implementeringsudvalget skulle foretages en nærmere vurdering af dommens rækkevidde i forhold til de danske regler i ferielovens § 13.

Materialet fra tiden efter Pereda-dommens afsigelse viser, at arbejdet i arbejdsgruppen under Implementeringsudvalget var præget af uenighed ikke kun i forhold til udlægningen af Pereda-dommen og dens rækkevidde, men også i forhold til hvordan man bedst muligt kunne håndtere de udfordringer, dommen måtte give i dansk ret, ligesom spørgsmålet om betydningen af sygdom indtrådt under ferien blev indbragt for EU-Domstolen i den såkaldte ANGED-sag.

Ministeriet handlede på denne baggrund under behørig hensyntagen til den politiske og demokratiske beslutningsproces med høring af relevante parter m.v. tilstrækkelig hurtigt med henblik på at ændre det retsgrundlag, der efter Pereda-dommen viste sig at være uforeneligt med EU-reglerne. Inddragelse af Implementeringsudvalget var en tidskrævende proces, der er integreret del af den danske model og ligger helt i forlængelse af den grundlæggende ret, som arbejdsmarkedets parter har til at forsvare deres interesser gennem bl.a. forhandling og indgåelse af kollektive overenskomster, jf. hertil artikel 28 i EU's charter om grundlæggende rettigheder. Selv hvis retsstillingen i realiteten var klargjort, kunne ministeriet ikke blot gennemtrumfe en lovændring. Det ville have været et helt grundlæggende brud på den arbejdsform, der var valgt ved at behandle spørgsmålet i Implementeringsudvalget. Der var således under ingen omstændigheder allerede på tidspunktet for A's planlagte ferie i juli 2010 indtrådt en erstatningsretligt sanktioneret handlepligt for ministeriet.

På det relevante tidspunkt i sommeren 2010 var der grund til at antage, at de danske domstole ville strække sig endog meget langt for at fortolke ferieloven EU-konformt. Den omstændighed, at en medlemsstats EU-retlige forpligtelser ikke i alle tilfælde kan iagttages ved at henvise til muligheden for EU-konform fortolkning, er ikke ensbetydende med, at udsigten til, at en konflikt kan løses ved konform fortolkning, kan underkendes i forhold til vurderingen af et eventuelt ansvar for ministeriet.

Til støtte for den subsidiære påstand har ministeriet gjort gældende, at der forelå en feriehindring i perioden fra den 15. juli 2010 til den 29. juli 2010, hvor A var syg. Der må dog ses bort fra den del af kravet, der vedrører de første 5 sygedage, idet arbejdstidsdirektivet alene giver ret til 4 ugers ferie mod de 5 ugers ferie, der sikres af den danske ferielov. Ferieloven stiller således de danske lønmodtagere bedre, end hvad der følger af direktivets artikel 7. A's eventuelle krav vil maksimalt kunne svare til den ret til 4 ugers ferie, han havde i henhold til arbejdstidsdirektivet.

Landsrettens begrundelse og resultat

Sagen angår for landsretten i første række, om Beskæftigelsesministeriet har pådraget sig et erstatningsansvar over for A ved ikke at have implementeret den ret til erstatningsferie ved sygdom opstået under ferien, som på baggrund af EU-Domstolens praksis fulgte af arbejdstidsdirektivets artikel 7, stk. 1, inden A den 15. juli 2010 blev syg under sin ferie.

Betingelserne for, at en medlemsstat ifalder erstatningsansvar over for borgerne for manglende overholdelse af fællesskabsretten, er reguleret i EU-retten og fastlagt gennem EU-Domstolens praksis. For at Beskæftigelsesministeriet er erstatningsansvarligt efter

fællesskabsretten, er det blandt andet et krav, at den overtrædelse af fællesskabsretten, som der er tale om, er tilstrækkelig kvalificeret, jf. herved Højesterets domme af

1258

26. september 2007 (UfR 2007.3124 H) og 31. maj 2009 (UfR 2013.2361 H).

Ved vurderingen af, om der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse indgår en række momenter, herunder hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, karakteren af det skøn, som medlemsstaten er overladt, om overtrædelsen er begået, eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, og om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig. Hvis medlemsstaten kun har et stærkt begrænset eller intet skøn, kan selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, være tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse. En overtrædelse af fællesskabsretten er under alle omstændigheder åbenbart kvalificeret, når den har været ved, til trods for at der er afsagt en dom, der fastslår traktatbruddet, en dom i en præjudiciel sag, eller der foreligger en fast praksis ved Domstolen på det pågældende område, hvoraf det fremgår, at den omtvistede adfærd har karakter af en overtrædelse, jf. præmis 57 i EU-Domstolens dom af 5. marts 1996 i de forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur SA.

Den sag, hvori der skete præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen i dommen af 10. september 2009 i sag C-277/08, Pereda-sagen, vedrørte en arbejdstager, der var blevet syg før sin ferie, men EU-Domstolen besvarede det stillede spørgsmål vedrørende arbejdstidsdirektivets artikel 7, stk. 1, mere generelt, således at der ikke ved besvarelsen blev sondret mellem sygdom opstået før eller under ferien.

Landsretten finder, at der, når der foreligger en dom fra EU-Domstolen i en sådan forelagt sag, må indrømmes den enkelte medlemsstat en rimelig frist til at overveje, om den gældende lovgivning er i overensstemmelse med dommen, og hvorledes lovgivningen i givet fald skal ændres, hvilket særligt må gælde i et tilfælde som det foreliggende, hvor EU-Domstolens svar omfattede mere end spørgsmålet fra den forelæggende ret. Der kan i den forbindelse også henvises til, at en spansk domstol så sent som den 22. februar 2011 indleverede en anmodning om præjudiciel afgørelse i sag C-78/11, ANGED, hvori EU-Domstolen afsagde dom den 21. juni 2012, vedrørende forståelsen af artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet, når den midlertidige uarbejdsdygtighed opstår under afholdelsen af ferien.

Der blev efter dommen i Pereda-sagen iværksat overvejelser om rækkevidden af både EU-Domstolens dom af 20. januar 2009 i de forenede sager C-350/06 og C-520/06, Schultz-Hoffsagen, og dommen af 10. september 2009 i Pereda-sagen, jf. notat af 4. december 2009 fra Beskæftigelses-, Justits- og Finansministeriet, hvori det blandt andet blev anført, at det var Beskæftigelses- og Justitsministeriets vurdering, at arbejdstidsdirektivet efter Domstolens opfattelse sandsynligvis indeholder en forudsætning om, at også sygdom, der opstår efter feriens påbegyndelse, udløser ret til erstatningsferie.

Det blev endvidere besluttet, at der i Implementeringsudvalget skulle foretages en vurdering af dommenes juridiske, økonomiske og arbejdsmarkedspolitiske implikationer, herunder en undersøgelse af praksis i andre lande, samt af hvordan andre lande fortolkede dommene. På Implementeringsudvalgets møde den 21. januar 2010 blev det besluttet at lade en arbejdsgruppe under udvalget varetage opgaven, og arbejdsgruppen holdt i perioden fra den 24. februar 2010 til august 2010 en række møder, hvorefter den afgav rapport i september 2010.

Landsretten finder, at det i anledning af de overvejelser, som dommene fra EU-Domstolen gav anledning til, var naturligt at inddrage arbejdsmarkedets parter via Implementeringsudvalget, der efter det oplyste havde til opgave at sikre en hensigtsmæssig og fyldestgørende implementering af de EU-direktiver, der vedrører ansættelsesforhold. Endvidere må det anses for naturligt, at der i den forbindelse blev indhentet oplysninger om andre landes lovgivning.

A blev den 15. juli 2010 sygemeldt under sin ferie, hvilket var ca. 10 måneder efter dommen i Pereda-sagen.

Landsretten finder under de oven for nævnte omstændigheder, at den proces, der på dette tidspunkt var iværksat på grundlag af EU-Domstolens domme vedrørende forståelsen af arbejdstidsdirektivets artikel 7, stk. 1, ikke havde taget så lang tid, at der er grundlag for at fastslå, at den hidtidige retstilstand har været ved, til trods for at der er afsagt en dom i en præjudiciel sag. Der foreligger derfor ikke en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af fællesskabsretten, jf. præmis 51 og 57 i EU-Domstolens dom af 15. marts 1996 i de forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur SA, hvorfor Beskæftigelsesministeriet ikke har pådraget sig et erstatningsansvar over for A.

Det er i den forbindelse uden betydning, hvorledes lovgivningsprocessen herefter forløb, indtil ændringen af ferieloven trådte i kraft den 1. maj 2012, at der i overvejelserne om rækkevidden af dommen i Pereda-sagen tillige indgik overvejelser om de økonomiske konsekvenser af en eventuel lovændring, og at en eventuel ændring af ferieloven allerede var varslet for Folketingsåret 2009/2010.

Beskæftigelsesministeriet frifindes derfor.

Efter sagens karakter, herunder det forhold at den angår et principielt spørgsmål af generel betydning i forholdet mellem arbejdsmarkedets parter og Beskæftigelsesministeriet, skal hver part bære egne sagsomkostninger.

- - -

1259

Højesteret

Højesterets dom

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 11. afdeling den 9. februar 2016.

I pådømmelsen har deltaget syv dommere: Poul Søgaard, Jytte Scharling, Thomas Rørdam, Poul Dahl Jensen, Jens Peter Christensen, Oliver Talevski og Jan Schans Christensen.

Påstande

Parterne har gentaget deres påstande.

Supplerende retsgrundlag

I EU-Domstolens dom af 28. juni 2001 i sag C-118/00 (Larsy) hedder det bl.a.:

»38 I denne forbindelse bemærkes, at en tilsidesættelse af fællesskabsretten er tilstrækkelig kvalificeret, såfremt en medlemsstat under udøvelsen af sin kompetence til at udstede generelle retsakter åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine beføjelser (jf. Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, præmis 55, British Telecommunications-dommen, præmis 42, og Dillenkoferdommen, præmis 25), dels, at selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, kan være tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse, såfremt medlemsstaten på det tidspunkt, da den begik overtrædelsen, kun havde et stærkt begrænset eller intet skøn (jf. Hedley Lomas-dommen, præmis 28, Norbrook Laboratoriesdommen, præmis 109, og Haim-dommen, præmis 38).

39 Ved afgørelsen af, om selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, udgør en tilstrækkelig

kvalificeret tilsidesættelse, skal der tages hensyn til alle de momenter i den konkrete sag, der er blevet forelagt den nationale ret. Disse momenter er bl.a.: hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, om overtrædelsen er begået, eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten (Haim-dommen, præmis 42 og 43).

...

44 Det bemærkes i denne forbindelse, at en overtrædelse af fællesskabsretten er åbenbart kvalificeret, når den har været ved til trods for, at der er afsagt en dom af Domstolen i en præjudiciel sag, hvoraf det fremgår, at den omtvistede adfærd har karakter af en overtrædelse (Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, præmis 57).«

I dom af 21. juni 2007 i de forenede sager C-231/06-C-233/06 (Jonkman) udtalte EU-Domstolen bl.a.:

»En medlemsstats forpligtelser i henhold til en dom afsagt i anledning af en præjudiciel forelæggelse

36 Med den anden del af spørgsmålene, sammenholdt med de faktiske omstændigheder i tvisterne i hovedsagerne, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en medlemsstat er forpligtet til at tilpasse sin lovgivning efter en dom afsagt af Domstolen i anledning af en præjudiciel forelæggelse, hvoraf følger, at denne lovgivning er uforenelig med fællesskabsretten.

37 Det bemærkes, at medlemsstaterne i henhold til princippet om loyalt samarbejde, der er fastsat i artikel 10 EF, skal bringe ulovlige følger virkninger af en tilsidesættelse af fællesskabsretten til ophør (dom af 7.1.2004, sag C-201/02, Wells, Sml. I, s. 723, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis).

38 Efter at der er afsagt en dom i anledning af en præjudiciel forelæggelse, hvoraf følger, at en national lovgivning er uforenelig med fællesskabsretten, påhviler det følgelig den pågældende medlemsstats myndigheder at træffe de almindelige eller særlige foranstaltninger, der er egnede til at sikre overholdelsen af fællesskabsretten på deres område (jf. i denne retning Wells-dommen, præmis 64 og 65, og dom af 25.3.2004, sag C-495/00, Azienda Agricola Giorgio, Giovanni og Luciano Visentin m.fl., Sml. I, s. 2993, præmis 39). Idet de bevarer retten til at vælge, hvilke foranstaltninger der skal træffes, skal de pågældende myndigheder navnlig påse, at national ret så hurtigt som muligt bringes i overensstemmelse med fællesskabsretten, og at borgernes rettigheder i henhold til fællesskabsretten gennemføres fuldt ud.

39 Som Domstolen flere gange har fastslået i tilfælde, hvor der i strid med fællesskabsretten foreligger forskelsbehandling, kan overholdelsen af ligebehandlingsprincippet, så længe der ikke er vedtaget foranstaltninger, som genindfører ligebehandlingen, desuden kun sikres ved, at personer tilhørende den kategori, som forskelsbehandles, indrømmes de samme rettigheder som de personer, der tilhører den privilegerede kategori. I et sådant tilfælde har den nationale ret pligt til at tilsidesætte enhver national bestemmelse, der er diskriminerende, uden at den behøver at anmode om eller afvente, at bestemmelsen forinden ophæves af lovgiver, og den har pligt til at anvende de samme regler på den gruppe, der forskelsbehandles, som de, der gælder for personerne i den anden kategori (dom af 28.9.1994, sag C-408/92, Aydel Systems, Sml. I, s. 4435, præmis 16 og 17, af 12.12.2002, sag C-442/00, Rodríguez Caballero, Sml. I, s. 11915, præmis 42 og 43, og af 7.9.2006, sag C-81/05, Cordero Alonso, Sml. I, s. 7569, præmis 45 og 46).

40 En medlemsstat er i øvrigt forpligtet til at yde erstatning for tab, som er forvoldt borgerne som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten. Er betingelserne for, at der foreligger en sådan forpligtelse, opfyldt, skal den nationale ret træffe afgørelse i

1260

overensstemmelse med dette princip (jf. bl.a. dom af 22.4.1997, sag C-66/95, Sutton, Sml. I, s. 2163, præmis 35, og af 30.9.2003, sag C-224/01, Köbler, Sml. I, s. 10239, præmis 51 og 52).

41 Henset til ovenstående skal den anden del af de præjudicielle spørgsmål besvares med, at det, efter at der er afsagt en dom i anledning af en præjudiciel forelæggelse, hvoraf følger, at en national lovgivning er uforenelig med fællesskabsretten, 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. Konstaters det, at der i strid med fællesskabsretten foreligger forskelsbehandling, har den nationale ret pligt til, så længe der ikke er vedtaget foranstaltninger, som genindfører ligebehandlingen, at tilsidesætte enhver national bestemmelse, der er diskriminerende, uden at den behøver at anmode om eller afvente, at bestemmelsen forinden ophæves af lovgiver, og den har pligt til at anvende de samme regler på den gruppe, der forskelsbehandles, som de, der gælder for personerne i den anden kategori.«

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens problemstilling

Sagen angår, om Beskæftigelsesministeriet er erstatningsansvarligt over for A, fordi den ret til erstatningsferie ved sygdom opstået under ferie, som efter EU-Domstolens praksis følger af artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet, ikke var gennemført i dansk ret, inden han blev syg under sin ferie i sommeren 2010.

Arbejdstidsdirektivet og den danske ferielov

Ifølge artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet (nu direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden) skal medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at alle arbejdstagere får en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis.

Ved en ændring af ferieloven i 2000 (lov nr. 396 af 31. maj 2000) blev der bl.a. indsat en bestemmelse i § 13, stk. 2, hvorefter en lønmodtager, som er syg, når ferien begynder, ikke har pligt til at begynde ferien. Princippet i loven var, at risikoen for sygdom i forbindelse med ferie overgik fra arbejdsgiveren til den ansatte ved feriens begyndelse - sygdom ved feriens begyndelse var således en feriehindring, mens sygdom, der opstod efter feriens begyndelse, var den ansattes risiko. Ifølge forarbejderne til 2000-loven (Folketingstidende 1999-2000, tillæg A, L 178, s. 4926) var det vurderingen, at lovforslaget opfyldte kravet om mindst fire ugers årlig betalt ferie i Rådets direktiv 93/104/EF om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden (nu arbejdstidsdirektivet).

Ved dom af 10. september 2009 i sag C-277/08 (Pereda) fastslog EU-Domstolen, at artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet er til hinder for nationale bestemmelser eller kollektive overenskomster, hvorefter en arbejdstager, der er sygemeldt under sin årlige ferie som fastsat i ferieplanen for den virksomhed, hvor han arbejder, ikke har ret til efter raskmelding at afholde sin årlige ferie på et andet tidspunkt end oprindeligt fastsat. Dommen, der gav arbejdstageren ret til erstatningsferie, var foranlediget af et

præjudicielt spørgsmål stillet af en spansk domstol i en sag om en arbejdstager, som blev syg inden den dato, hvor han ifølge virksomhedens ferieplan skulle påbegynde sin ferie.

Den dagældende ferielov blev på den baggrund ændret ved lov nr. 377 af 28. april 2012, idet der blev indsat en ny § 13, stk. 3, hvorefter en lønmodtager, der har optjent 25 dages ferie, og som bliver syg under ferien, har ret til erstatningsferie efter 5 sygedage. Denne ændring trådte i kraft den 1. maj 2012.

Højesteret fastslog ved dom af 18. december 2013 (UfR 2014.914), at retstilstanden efter 2000-ferieloven var klar, og at det ikke ved anvendelse af dansk rets anerkendte fortolkningsprincipper var muligt at fortolke ferieloven i overensstemmelse med EU-Domstolens forståelse af arbejdstidsdirektivets artikel 7, stk. 1.

EU-medlemsstaternes erstatningsansvar for tilsidesættelse af fællesskabsretten

For at en EU-medlemsstat er erstatningsansvarlig efter fællesskabsretten, er det bl.a. en betingelse, at den overtrædelse af fællesskabsretten, der er tale om, er tilstrækkelig kvalificeret, jf. herved Højesterets domme af 26. september 2007 (UfR 2007.3124) og 31. maj 2013 (UfR 2013.2361) med omtale af EU-Domstolens praksis.

Afgørende for, om en overtrædelse af fællesskabsretten kan anses for tilstrækkelig kvalificeret til, at den er erstatningspådragende, er, om den pågældende medlemsstat åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser, jf. EU-Domstolens dom af 5. marts 1996 i de forenede sager C-46/93 og C-48/93 (Brasserie du pêcheur), præmis 55, og EU-Domstolens dom af 28. juni 2001 i sag C-118/00 (Larsy), præmis 38. Selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, kan være tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse, såfremt medlemsstaten på det tidspunkt, da den begik overtrædelsen, kun havde et stærkt begrænset eller intet skøn, jf. Larsy-dommen, præmis 38. Ved afgørelsen af, om selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, udgør en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse, skal der tages

1261

hensyn til alle de momenter i den konkrete sag, der er blevet forelagt den nationale ret. Disse momenter er bl.a., hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, om overtrædelsen er begået, eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig samt den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten, jf. Larsy-dommen præmis 39.

En overtrædelse af fællesskabsretten er under alle omstændigheder åbenbart kvalificeret, når den har varet ved, til trods for at der er afsagt en dom i en præjudiciel sag, hvoraf det fremgår, at den omtvistede adfærd har karakter af en overtrædelse, jf. Brasserie du pêcheur-dommens præmis 57 og Larsy-dommens præmis 44.

Efter at der er afsagt en dom i anledning af en præjudiciel forelæggelse, hvoraf følger, at en national lovgivning er uførenelig med fællesskabsretten, påhviler det den pågældende medlemsstats myndigheder at træffe de almindelige eller særlige foranstaltninger, der er egnet til at sikre overholdelsen af fællesskabsretten på deres område, jf. EU-Domstolens dom af 21. juni 2007 i de forenede sager C-231/06-C-233/06 (Jonkman), præmis 38. Myndighederne skal ifølge den nævnte præmis navnlig påse, at national ret så hurtigt som muligt bringes i overensstemmelse med fællesskabsretten, og at borgernes rettigheder i henhold til fællesskabsretten gennemføres fuldt ud.

Den konkrete sag

Spørgsmålet er herefter, om Beskæftigelsesministeriet har pådraget sig erstatningsansvar ved, at den nødvendige ændring af ferieloven ikke var gennemført i sommeren 2010, hvor A blev syg, mens han holdt ferie. Som anført er det efter EU-Domstolens praksis en betingelse for, at en medlemsstat ifalder erstatningsansvar, at overtrædelsen af fællesskabsretten er tilstrækkelig kvalificeret.

Efter Højesterets opfattelse var det nærliggende at forstå Pereda-dommens præmisser således, at dommen ikke kun tog stilling til sygdom opstået før ferie, men også omfattede tilfælde, hvor en lønmodtager bliver syg, efter at ferie er påbegyndt. Der var med dommen skabt en sådan tvivl om den danske ferielovs forenelighed med direktivets artikel 7, stk. 1, at der var pligt for de danske myndigheder til så hurtigt som muligt at afklare behovet for ændringer af den danske ferielov og til at gennemføre de nødvendige ændringer.

Højesteret finder, at det var velbegrunderet at iværksætte og gennemføre de undersøgelser og vurderinger i forbindelse med Pereda-dommen, som i overensstemmelse med sædvanlig praksis skete med inddragelse af arbejdsmarkedets parter via Implementeringsudvalget, og som bl.a. omfattede en undersøgelse af reglerne om ferie og sygdom i andre EU-lande efter dommen. Det nævnte udredningsarbejde havde til formål at tilvejebringe et fyldestgørende beslutningsgrundlag.

Implementeringsudvalgets arbejdsgruppe afgav sin rapport i september 2010. Det fremgår af rapportens kapitel om arbejdsgruppens anbefalinger bl.a., at det var Beskæftigelsesministeriets og Personalestyrelsens vurdering, at den gældende danske ordning, hvorefter lønmodtageren bar risikoen for sygdom, der opstod under ferien, sandsynligvis ville blive underkendt, hvis den blev forelagt EU-Domstolen.

På den anførte baggrund finder Højesteret, at det i umiddelbar forlængelse af rapporten påhvilede de danske myndigheder at bringe ferieloven i overensstemmelse med den retstilstand, som blev fastslået ved Pereda-dommen. Der var tale om en afgrænset og relativt enkel ændring af ferieloven, som på baggrund af Implementeringsudvalgets rapport burde være gennemført til ikrafttræden den 1. januar 2011. Høring af udkast til ændring af ferieloven blev imidlertid først iværksat i januar 2012, og loven blev som nævnt først vedtaget i april 2012. Ministeriet har ikke anført forhold, som kan begrunde en lovgivningsproces af en sådan varighed. Det bemærkes herved, at den handlepligt, der påhvilede de danske myndigheder, var gældende, selv om det på daværende tidspunkt endnu ikke var afklaret, om ferieloven ved en EU-konform fortolkning kunne bringes i overensstemmelse med resultatet af Pereda-dommen.

Højesteret finder herefter, at de danske myndigheder har tilsidesat fællesskabsretten på en tilstrækkelig kvalificeret måde og dermed har pådraget sig erstatningsansvar ved ikke med virkning fra den 1. januar 2011 at have ændret ferieloven, således at sygdom opstået under ferie efter denne dato gav ret til erstatningsferie i overensstemmelse med arbejdstidsdirektivets artikel 7, stk. 1. Efter denne bestemmelse har en arbejdstager som nævnt krav på fire ugers årlig betalt ferie. I tilfælde af sygdom under ferie har arbejdstageren derfor alene krav på erstatning for højst fire ugers ferie, således at der må ses bort fra de første fem sygedage, når den pågældende har ret til fem ugers betalt ferie om året, jf. herved også ferielovens § 13, stk. 3.

Da A's sygdom under ferie indtrådte i sommeren 2010, har han efter det anførte ikke krav på erstatning.

Højesteret stadfæster herefter dommen.

Af de grunde, landsretten har anført, finder Højesteret, at ingen af parterne skal betale sagsomkostninger for Højesteret til den anden part.

Thi kendes for ret

Landsrettens dom stadfæstes.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger for Højesteret til den anden part.

U.2017.824H

Om forholdet mellem EU-rettens forbud mod aldersdiskrimination og den dagældende § 2 a, stk. 3, i funktionærloven om ret til fratrædelsesgodtgørelse i en tvist mellem en opsagt arbejdstager og en privat arbejdsgiver.

Ansættelses- og arbejdsret 271.9 og 27.9 - EU-ret 1.4 og 2 - Personspørgsmål 3 - Statsforfatningsret 9.

- ♦ A blev i maj 2009 som 60-årig opsagt af selskabet, S, efter godt 25 års ansættelse. Før han fyldte 50 år, var han indtrådt i en pensionsordning, der gav ham ret til at oppebære alderspension, men A fik arbejde i en anden virksomhed og aktiverede ikke sin alderspension. S udbetalte ikke fratrædelsesgodtgørelse, idet funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, bestemte, at fratrædelsesgodtgørelse bortfaldt, »hvis funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren, og hvis funktionæren er indtrådt i den pågældende pensionsordning før det fyldte 50. år«. EU-Domstolen udtalte i en sag mellem en arbejdstager og en offentlig arbejdsgiver (Ole Andersen-sagen), at § 2 a, stk. 3, i nærmere angivet omfang var i strid med beskæftigelsesdirektivet, og A rejste i marts 2012 krav mod S om fratrædelsesgodtgørelse. S afviste kravet, og boet efter A indbragte sagen for domstolene. Højesteret stillede under sagens behandling spørgsmål til EU-Domstolen. Højesteret fandt ved afgørelsen af, om direktivkonform fortolkning var mulig, at der forelå en klar retstilstand, og at det ikke ville være muligt ved anvendelse af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i dansk ret, at anlægge en fortolkning af funktionærlovens § 2 a, stk. 3, som kunne bringe bestemmelsen i

825

overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet som fortolket ved EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen. Højesteret bemærkede, at der heller ikke var grundlag for at anvende forskelsbehandlingslovens § 1 med forrang og på den måde opnå en direktivkonform fortolkning. Der forelå således en »contra legem«-situation.¹ Højesteret skulle herefter ifølge EU-Domstolens dom tage stilling til, om et EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder kunne føre til, at S ikke kunne støtte ret på den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3. Højesteret udtalte bl.a., at tiltrædelsesloven ikke indeholder hjemmel til i en tvist mellem private at lade det uskrevne EU-princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fortrænge den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3. Danske domstole kunne således ikke undlade at anvende § 2 a, stk. 3, og S kunne derfor med henvisning til bestemmelsen undlade at udbetale fratrædelsesgodtgørelse til boet efter A. Højesteret frifandt derfor S og ændrede herved Sø- og Handelsrettens dom.²

H.D. 6. december 2016 i sag 15/2014 (1. afd.)

DI som mandatar for Ajos A/S (adv. Thomas Nielsen, Kbh.) mod
Boet efter A (adv. Arvid Andersen, Kbh., besk.).

Sø- og Handelsretten

Sø- og Handelsrettens dom 14. januar 2014 F-19-12 [SH2014.F.0019.12]

Indledning

Sagen drejer sig om, hvorvidt sagsøgeren har ret til dels fratrædelsesgodtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2a, dels en godtgørelse for aldersdiskrimination i henhold til forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 2.

Påstande

Boet efter A har nedlagt principal påstand om, at Ajos A/S tilpligtes at betale A 286.364,40 kr. med tillæg af procesrenter af kr. 143.182,20 fra den 30. juni 2009 og af yderligere kr. 143.182,20 fra 14. juni 2012.

A har nedlagt subsidiær påstand om, at Ajos A/S tilpligtes at betale A 143.182,20 kr. med tillæg af procesrenter fra den 30. juni 2009.

Ajos A/S (herefter Ajos) har nedlagt påstand om frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Den 1. juni 1984 blev A, der var født 20. februar 1949, ansat i Højgaard & Schultz A/S. I maj 2001 blev Højgaard & Schultz' og Monberg & Thorsens entreprenøraftdelinger lagt sammen i MT Højgaard A/S. Den 1. juni 2007 blev Ajos udskilt som et 100 % ejet datterselskab i MT Højgaard A/S.

A var ansat som afdelingsleder for aktiviteterne i Vestdanmark. Ved brev af 31. maj 2007 fra Ajos blev A's titel ændret til salgskonsulent pr. 1. juni 2007. Det fremgår af brevet, at A i forbindelse med skift af firmabil vil få bil i gruppe C. De øvrige ansættelsesvilkår var uændrede. Brevet er underskrevet af Heinrich K. Rasmussen.

Ved brev af 25. maj 2009 fra Ajos blev A afskediget med 6 måneders varsel til fratrædelse den 30. november 2009. Afskedigelsen var begrundet i en organisationsændring som følge af markedsnedgang. A blev pålagt at afholde hoved- og restferie inden fratrædelse, og resterende feriefri dage betragtedes som afholdt ved fratrædelsen.

A kontraopsagde herefter sin stilling. Af brev af 28. maj 2009 fra Ajos til A fremgår:

»Under henvisning til samtale d.d., vedr. din opsigelse af din stilling i Ajos med udgangen af juni 2009, har vi efter fælles overenskomst aftalt nedenstående vilkår i opsigelsesperioden. Du skal i uge 23 lave en fyldestgørende sagsoverdragelse af Kolding- og Schellsagerne til PENY. Sagsoverdragelsen forventes at ville tage 2-3 dage. PENY vil i hele juni måned kunne ringe til dig med evt. spørgsmål til de to sager.

Ud over ovenstående overlevering aftales det, at du ikke står yderligere til rådighed i opsigelsesperioden.

I forlængelse af din sagsoverdragelse i uge 23, er det endvidere aftalt, at du returnerer din firmabil og de af virksomhedens effekter, som du er i besiddelse af, herunder bærbar pc, mobiltelefon,

¹ FT 1970-71, till. A, lovforslag nr. L 53, sp.1334, FT 1995-96, till. A, lovforslag nr. L 180, s. 3537, FT 2004-05, 1. saml., till. A, lovforslag nr. L 92, s. 2698 og 2701, FT 2014-15, 1. saml., till. A, lovforslag nr. L 84, alm. bem. pkt. 1, 2, 3 og 9 og bem. til § 1 og 2, EU-Domstolens domme af 22. november 2005 i sag C-144/04 (Mangold), af 19. januar 2010 i sag C-555/07 (Kücükdeveci), af 12. oktober 2010 i sag C-499/08 (Ole Andersen), af 19. april 2016 i sag C-441/14 (Ajos), U 1973.898 H, U 1989.123 H, U 1989.126 H, U 1991.314/1 H, U 1991.314/2 H, U 1991.317 H, U 2008.1892 H og U 2014.1119 H.

² FT 1971-72, till. B, sp. 3018 f., FT 1992-93, till. A, lovforslag nr. L 176, sp. 6697, og lovforslag nr. L 177, sp. 6718 f., samt FT 2007-08, 2. saml., till. A, lovforslag nr. L 2177.

nøglebrik, evt. nøgle og yderligere effekter, som du måtte være i besiddelse af.

Din firmabil og øvrige effekter bedes du aflevere på Godthåbsvej 4 i Vejle senest torsdag den 4. juni 2009, kl. 14.00 til PENY.

Resterende feriedage for ferieåret 2009/2010, betragtes som værende afholdt ved din fratrædelse.

...

For en god ordens skyld beder vi dig bekræfte ovenstående aftale ved din underskrift på dette brev.

...«

Brevet er underskrevet af Heinrich K. Rasmussen og A.

Af A's lønseddel for juni 2009 fra Ajos fremgår det, at månedslønnen udgjorde 38.611,11 kr., værdi af fri bil

826

udgjorde 6.027,41 kr. og firmaandel af pension udgjorde 3.088,88 kr., i alt 47.727,40 kr.

Af brev af 25. august 2009 fra Ajos til A fremgår det:

»Med henvisning til dialog omkring muligheden for godtgørelse i forbindelse med din fratræden, er vi enige i, at du er berettiget til 3 måneders godtgørelse efter formandsoverenskomsten § 11.«

A fik herefter udbetalt i alt 143.182,20 kr.

A tiltrådte som udlejningskonsulent hos X-firma A/S med start den 16. juni 2009. Det fremgår af ansættelseskontrakten, at månedslønnen udgjorde 40.000 kr., og at A efter 3 måneders ansættelse indtrådte i virksomhedens obligatoriske pensionsordning. Pensionen udgjorde 10 % betalt af virksomheden og 5 % af A.

Efter opsigelsen fra Ajos valgte A således ikke at aktivere sin alderspension, men overførte den til det nye ansættelsesforhold hos X-firma. A gik på pension i februar 2011.

Af formandsoverenskomsten, der er indgået mellem Dansk Byggeri og Dansk Formands Forening, fremgår det af 2012 udgaven:

»§ 12 Godtgørelse ved afsked.

Opsiges en Formand, der er fyldt 50 år, men som på fratrædelsestidspunktet ikke er fyldt 65 år, og som har været uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed som formand i mindst 10 år, skal arbejdsgiveren betale en godtgørelse svarende til 3 måneders løn.

Kommentar til § 12.

...

Bestemmelsen om godtgørelse ved afskedigelse er et supplement til de gældende regler i funktionærloven. Funktionærlovens regler påvirkes således ikke heraf.

...«

Der er enighed om, at 2012-udgaven af formandsoverenskomsten er identisk med den tidligere § 11. Det er ubestridt, at formandsoverenskomsten gælder mellem parterne, da MT Højgaard A/S er medlem af Dansk Industri, som har tiltrådt overenskomsten, som den er indgået. Det er ligeledes ubestridt, at der er afgivet arbejdsgivererklæring.

Advokat Arvid Andersen sendte den 9. marts 2012 på vegne af Dansk Formands Forening påkrav om betaling af fratrædelsesgodtgørelse svarende til 3 måneders løn i medfør af funktionærlovens § 2a. I påkravet er henvist til EU-Domstolens dom af 12. oktober 2010 i Ole Andersen-sagen. På vegne af Dansk Industri afviste Morten Bach Eisensee ved e-mail af 7. juni 2012 kravet om § 2a-godtgørelse. Dansk Formands Forening udtog som mandatar for A stævning den 14. juni 2012 ved Retten i Glostrup. Sagen er den 21. december 2012 henvist til Sø- og Handelsretten i medfør af retsplejelovens § 227, stk. 1.

A afgik ved døden den 10. februar 2013. Dansk Formands Forening meddelte, at man ikke ville fortsætte sagen. Boet efter A er herefter indtrådt i sagen.

EU-Domstolen afsagde den 12. oktober 2010 dom i sagen C-499/08 Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen mod Region Syddanmark (herefter Ole Andersen-sagen). I sagens præmis 47 anføres:

»Det følger heraf, at funktionærlovens § 2a, stk. 3 - ved ikke at tillade udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse til en arbejdstager, der, selv om han har ret til udbetaling af en alderspension fra sin arbejdsgiver, ikke desto mindre har til hensigt midlertidigt at give afkald på en sådan pension med henblik på at forfølge sin erhvervsmæssige karriere - gør et for vidtgående indgreb i de legitime interesser for de arbejdstagere, der befinder sig i en sådan situation, og således går ud over det, der er nødvendigt for at opnå de socialpolitiske formål, der forfølges med denne bestemmelse.«

Det hedder i dommens konklusion:

»Artikel 2 og artikel 6, stk. 1, i Rådets direktiv 2000/78 af 27. november 2000 ... skal fortolkes således, at de er til hinder for nationale retsfor skrifter, hvorefter arbejdstagere - alene som følge af den omstændighed, at de har ret til en alderspension udbetalt af deres arbejdsgiver i henhold til en pensionsordning, som de er indtrådt i før det fyldte 50. år - ikke er berettiget til en fratrædelsesgodtgørelse, der er bestemt til at lette overgangen til anden beskæftigelse for arbejdstagere med en anciennitet på over 12 år i virksomheden.«

Dommen er omtalt på advokatfirmaet SJ Laws hjemmeside den 14. oktober 2010 i en artikel »Bortfald af fratrædelsesgodtgørelse er aldersdiskrimination«. Af artiklen fremgår det blandt andet, at der bør rejses krav på vegne af de medlemmer, som i medfør af funktionærlovens § 2a, stk. 3, er blevet afskåret fra fratrædelsesgodtgørelse, selvom de ved fratrædelsen ikke har oppebåret alderspension fra arbejdsgiveren. Dommen omtales desuden i Landorganisationen i Danmarks (LO) cirkulære nr. 16/2010 af 16. oktober 2010. Af cirkulæret fremgår det, at det er LO's anbefaling, at forbundene hurtigst muligt tager initiativ til at rejse sager for de medlemmer, der måtte være omfattet af dommen. Dommen omtales også i Beskæftigelsesministeriets vejledende notat fra december 2010. Af notatet fremgår det blandt andet, at det er Beskæftigelsesministeriets vurdering, at danske forvaltningsmyndigheder ikke ud fra et forvaltningsretligt synspunkt af egen drift er forpligtede til at undersøge, om sager vedrørende en fratrædelsesgodtgørelse i henhold til § 2a, der er afgjort før den 12. oktober 2010, skal genoptages. Ministeriet lægger vægt på, at den praksis, som underkendes af dommen, ikke efter ministeriets opfattelse var en klar lovstridig praksis.

Forklaringer

Anne Marie Benner har forklaret, at hun er HR-chef i Ajos. Hun har været ansat i 7 år og har derfor også været chef for A.

827

A var ansat som salgskonsulent og varetog kontakten til moderselskabet MT Højgaard som hovedkunde. Kun en mindre del af hans opgaver var salg til lokalområdet. A havde intet ledelsesansvar. Tidligere, og inden ændringen af stillingsbetegnelsen, var A afdelingsleder med personaleansvar.

Hun var ikke med til opsigelsessamtalen med A, men var med til at drøfte, hvad der skulle skrives ned, og hun udarbejdede papirerne.

A blev ikke fritstillet i forbindelse med opsigelsen. Nogle af de overvejelser, de gør sig i forbindelse med fritstilling, er, hvilken stilling medarbejderen har haft, om han har haft ledelsesansvar, og om han har haft en betroet stilling. Medarbejdere med betroede stillinger bliver ofte fritstillet, men det er en individuel vurdering hver gang. A havde ikke en særligt betroet stilling, men havde en salgsfunktion.

A fik ikke godtgørelse efter § 2a. Det gav man ikke, hvis medarbejderen var fyldt 60 og havde ret til alderspension. Det

følger af funktionærloven. Det var en overvejelse, de gjorde sig hver gang. Hun havde ingen grund til at tro, at A havde ret til godtgørelsen dengang i 2009.

Kontraopsigelsen er et udtryk for en aftale. Aftalen blev forhandlet mellem Heinrich K Rasmussen som den umiddelbare chef og A. Hun godkendte de aftalte vilkår som HR-chef.

Det blev aftalt, at A skulle overdrage sine opgaver til PENY. Derefter skulle han stille sine arbejdsredskaber og tage hjem. Der var tale om en fritstilling efter hendes opfattelse. Aftalen om at aflevere arbejdsredskaber hurtigere, end hvad der fremgik af opsigelsen, var efter A's ønske, fordi han gerne ville stoppe hurtigere, idet han havde mulighed for at starte hos en ny arbejdsgiver. Ajos ville gerne gøre, hvad de kunne for at hjælpe. Når A ikke længere skulle arbejde, blev det aftalt, at han skulle holde ferie. Det var en forhandling om give-and-take. Der er ikke noget usædvanligt i, at AJOS indgår sådanne aftaler. Hun er gået ud fra, at en sådan aftale afslutter alle krav. Det var hende selv, der skrev brevet.

Kim Bøje Madsen fra A's forbund rejste senere krav om 3 måneders løn. Hun kan ikke huske, om Kim Bøje ringede, inden de skriftvekslede om sagen, men de har helt sikkert talt i telefon sammen. Hun bad om dokumentation for, at A opfyldte kravet om 10 års medlemskab i forbundet og om hans ledende funktion. Hun mener, at der var diskussion om, hvorvidt A havde 10 års ledelseserfaring. De endte med at betale godtgørelsen lidt pr. kulance for ikke at få polemik om sagen. Det var hende, der underskrev brevet for Heinrich K. Rasmussen. Når det i brevet fremgår, at de er enige i, at A var berettiget til godtgørelse, er det vel, fordi der ikke var nogen grund til at skabe dårlig stemning. Hun ved ikke, hvad hun ellers skulle have skrevet. Hun kan ikke huske, om hun nævnte for Kim Bøje Madsen, at hun opfattede kravene som afsluttede. Det var de i hvert fald, efter der blev betalt de 3 måneders godtgørelse. Denne udbetaling var til fuld og endelig afgørelse. Desuden havde de allerede indgået aftale en gang. Hun havde ikke fantasi til at forestille sig yderligere krav.

Da hun skrev opsigelsen, vidste hun ikke, at A var omfattet af formandsoverenskomsten, og derfor kunne hun ikke skrive noget om overenskomsten i opsigelsesbrevet. Hvis medarbejderen efterfølgende kommer og fortæller, at han er omfattet af for eksempel formandsoverenskomsten, må de jo håndtere det. Det er heller ikke sikkert, at medlemsoverenskomsten har betydning, hvis for eksempel betingelserne for godtgørelse ikke er opfyldt.

Efter de havde betalt godtgørelsen, forventede de ikke at blive mødt med yderligere krav. Hun blev meget overrasket, da der igen blev rejst krav fra A, 3 år efter han var stoppet. Havde de kendt til det nye krav, ville de nok have kigget formandsoverenskomsten lidt mere efter i sømmene, inden der var blevet betalt godtgørelse, da der så ville have været tale om 6 måneders løn. Det er rigtigt mange penge.

Hun hørte første gang om Ole Andersen-sagen, da hun modtog brevet af 9. marts 2012 fra advokat Arvid Andersen.

Kim Bøje Madsen har forklaret, at han har været landsformand i Dansk Formands Forening i 9 år. Han yder også konkret medlemsrådgivning.

A blev meldt ind i foreningen i 1979. I forbindelse med A's ansættelse i Højgaard & Schultz i 1984 blev der underskrevet arbejdsgivererklæring.

Formandsoverenskomsten er en medlemsoverenskomst, hvilket betyder, at man skal være medlem for at være omfattet. Overenskomsten er gældende for Ajos. Ajos er medlem af Dansk Industri. MT Højgaard A/S valgte at melde sig ud af Dansk Byggeri og ind i Dansk Industri. Da man gerne ville sikre sine medlemmer,

blev der indgået en tiltrædelsesaftale. Overenskomsten gælder derfor via en tiltrædelsesoverenskomst.

A kontaktede først foreningen, efter han var blevet opsagt i maj 2009. Han aftalte med A, at A skulle tage kontakt til sin nærmeste leder og fortælle om overenskomsten. Han er ret sikker på, at A gjorde det. Han husker ikke noget om baggrunden for opsigelsen. Han kan ikke huske, om han dengang i 2009 så brevet af 28. maj 2009 med fratrædelsesaftalen. Han viste ikke, at A kontraopsagde sin stilling, førend A sendte kopi af den nye ansættelsesaftale med X-firma. Han husker ikke, hvornår han fik denne kopi. Han var godt klar over, at A havde lang anciennitet i foreningen.

Det skal nok passe, at han har modtaget en e-mail fra Anne Marie Benner i juni 2009 med spørgsmål om, hvorvidt A opfyldte betingelserne for godtgørelse efter overenskomsten. Han husker, at han efter sommerferien, måske den 27. juli 2009, sendte A's optagelsesbegæring og

828

et print screen fra medlemssystemet som dokumentation. A havde også en arbejdsgivererklæring underskrevet den 22. maj 1984 af vist nok Bent Jensen. Der var noget diskussion om, hvorvidt A opfyldte betingelsen om at have haft en ledende stilling. Det endte med, at A fik godtgørelsen. Det blev ikke nævnt, at udbetalingen var til fuld og endelig afgørelse. Godtgørelsen efter formandsoverenskomsten har ingen sammenhæng med § 2a. Spørgsmålet om § 2a-godtgørelse blev aldrig drøftet.

Kravet om § 2a-godtgørelse blev først rejst, efter at han til et fyraftensmøde var blevet opmærksom på Ole Andersen-dommen. Han havde godt været klar over, at der var en sag, men ikke, at den var blevet afgjort. Foreningen har ikke egen juridisk afdeling. Hvis der er brug for juridisk bistand, retter de henvendelse til deres faste advokatfirma SJ Law.

Heinrich K. Rasmussen har forklaret, at han i 4 år har været produktionsdirektør i Ajos. Hans arbejdsområde omfatter opsætning og serviceværksted. Dengang A blev opsagt, var han afdelingschef, og dermed A's overordnede.

Efter opsigelsen fik A tilbudt et andet job hos en stor leverandør, og derfor kontraopsagde A sin stilling. Baggrunden var, at A gerne ville tiltræde den nye stilling hurtigt. Der blev forhandlet en fratrædelsesaftale, der indebar, at A kunne starte i den nye stilling. Forhandlingen foregik ansigt til ansigt mellem ham selv og A. A var ikke blevet fritstillet i forbindelse med opsigelsen, men det blev han ved fratrædelsesaftalen. Det blev aftalt, at A skulle afvikle ferie og fridage som normalt, og at A kunne starte i det nye job den 16. juni 2009. Når der indgås en sådan fratrædelsesaftale, medfører det en afslutning af alle krav. Forhandlingen blev gennemført uden nogen konflikt, og han husker ikke, at der var nogen indikationer på nogen konflikt.

Kort efter fratrædelsesaftalen var indgået, blev der rejst krav om godtgørelse på 3 måneders løn. Det var ikke et krav, der havde været diskuteret i forbindelse med fratrædelsesaftalen. Han var ikke involveret i beslutningen om at efterkomme kravet.

Han har først meget senere hørt om det yderligere krav, som denne sag drejer sig om. Dette krav blev heller ikke diskuteret i forbindelse med forhandlingen af fratrædelsesaftalen.

Efter A startede i sin nye stilling, havde de et godt og almindeligt leverandør- og kundeforhold.

Parternes argumenter

A har gjort gældende, at han opfylder de objektive betingelser for § 2a-kravet på 3 måneders løn, idet ansættelsesforholdet blev bragt til ophør ved opsigelse fra arbejdsgivers side, og han havde mere end 18 års anciennitet. Retten til godtgørelse er ubestridt ikke fortabt ved kontraopsigelsen.

Det er ubestridt, at A kunne have aktiveret sin alderspension, men valgte at flytte denne til sit nye ansættelsesforhold. Det er ligeledes ubestridt, at A havde 18 års anciennitet.

EU-Domstolen har ved dommen af 12. oktober 2010 i Ole Andersen-sagen fastslået, at det er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder at afskære en funktionær fra retten til fratrædelsesgodtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2a, når vedkommende ved fratræden vælger at forblive erhvervsaktiv og ikke aktualiserer sin alderspension. Bestemmelsen i § 2a, stk. 3, er derfor i strid med forbuddet om aldersdiskrimination. Den hidtidige praksis fra før Ole Andersen-dommen, sådan som den for eksempel er udmøntet i U 1989.123 H, kan derfor ikke opretholdes.

Som følge af præmis 47 i Ole Andersen-sagen vil det ligeledes være i strid med forbuddet mod aldersdiskrimination at afskære en funktionær, der ved fratrædelsen agter at forblive erhvervsaktiv, fra retten til fratrædelsesgodtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2a, under henvisning til at vedkommende har mulighed for at oppebære efterløn.

Ajos' afvisning af at udbetale fratrædelsesgodtgørelse til A er derfor ligeledes i strid med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

Dette princip om forbud mod aldersdiskrimination har ifølge EU-Domstolens praksis direkte retsvirkning i forhold til en privat arbejdsgiver, hvorfor Ajos ikke var berettiget til at afvise at udbetale fratrædelsesgodtgørelse til A. Dette skyldes, at de danske domstole er forpligtede til at følge EU-Domstolens fortolkning, det vil sige at fortolke nationale love EU-konformt. Der er ingen retsprincipper af retssikkerhedsmæssig karakter, der forhindrer anvendelse af fortolkningen fra Ole Andersen-sagen.

Ajos' afvisning af at betale fratrædelsesgodtgørelsen er i strid med forskelsbehandlingsloven, og A har derfor krav på 3 måneders fratrædelsesgodtgørelse svarende til 143.182,20 kr.

Det bestrides, at fratrædelsesaftalen er indgået til fuld og endelig afgørelse af parternes mellemværende. En sådan bestemmelse kræver udtrykkelig aftale. Det kan i øvrigt diskuteres, om der overhovedet er indgået nogen aftale. Heller ikke efter at Dansk Formands Forening efterfølgende havde rettet krav om betaling i henhold til overenskomsten, blev der aftalt nogen endelighedsklausul. Det fremgår blot af Ajos' brev, at man er enige i, at A havde krav på godtgørelse. Der var ikke forhandling om andre krav, og det er en forudsætning, hvis der skal indgås aftale om begrænsning af præceptivt beskyttede krav, at disse har været genstand for forhandling. Dette princip følger for eksempel af Afskedigelsesnævnets kendelse af 12. april 2011 i sag 20101021.

Det bestrides, at kravet er forældet eller er bortfaldet som følge af passivitet. For at der kan indtræde

829

passivitet, kræves det, at parterne har indrettet sig i tillid til, at der ikke rejses krav. Dette indrettelsessynspunkt kræver en kvalificeret passivitetssituation, hvilket ikke forligger i denne sag, da det for begge parter var undskyldeligt, at der ikke blev taget højde for kravet.

Reglen i forskelsbehandlingslovens § 7, jf. § 2, indebærer en bevisbyrde. Da A har påvist sådanne faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling, påhviler det herefter Ajos at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket. Ajos har ikke løftet denne bevisbyrde. Der er efter Ole Andersen-dommen ikke længere nogen tvivl om retsgrundlaget, og Ajos' manglende betaling skyldes derfor ren betalingsvægring. Dette understøttes blandt andet af U 2012.3099 V. Det er således evident, at A opfylder betingelserne for godtgørelse, og det er op til retten at fastlægge

niveauet for godtgørelsen. Det er A's opfattelse, at en passende godtgørelse kan fastsættes til 3 måneders løn svarende til 143.182,20 kr.

Forfaldstidspunktet for sagsøgtes pligt til betaling af fratrædelsesgodtgørelse er fastsat i forvejen, hvilket var den 30. juni 2009. Forrentningen af A's krav på fratrædelsesgodtgørelse skal derfor ske fra dette tidspunkt, jf. rentelovens § 3, stk. 1, hvilket også udtrykkeligt blev fastslået ved U 1997.1144 H.

Ajos har gjort gældende, at der er indtrådt passivitet vedrørende A's eventuelle krav på godtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2a. I forbindelse med sin fratræden blev der indgået en fratrædelsesaftale, der regulerede centrale vilkår i forbindelse med A's fratræden. Der blev således aftalt vilkår vedrørende fritstilling og ferie. På baggrund af denne aftale, og på baggrund af de øvrige omstændigheder, gav dette Ajos grund til at tro, at ethvert krav var afsluttet. På dette tidspunkt var Ajos således af den opfattelse, at A ikke var berettiget til hverken godtgørelse efter funktionærlovens § 2a eller efter formandsoverenskomstens § 11.

A's faglige organisation rejste i august 2009 krav om godtgørelse efter formandsoverenskomsten. Ajos indvilligede i at efterkomme dette krav, idet det herved var forudsat, at ethvert krav som følge af ansættelsesforholdet herefter var afsluttet. Ajos måtte gå ud fra, at den faglige organisation havde vendt hver en sten, inden kravet blev fremsat. Ajos havde derfor, i hvert fald fra sommeren 2009, føje til at gå ud fra, at A ikke kunne eller ville rejse yderligere krav. Kravet om godtgørelse efter § 2a, blev første gang rejst den 9. marts 2012.

De faktiske forhold omkring A's fratræden, herunder retstilstanden på opsigelsestidspunktet, forløbet omkring parternes fratrædelsesaftale samt A's senere fremsatte krav om godtgørelse efter formandsoverenskomsten, underbygger således de helt konkrete og vægtige hensyn, som bør tages til Ajos' berettigede forventning om, at der ikke fremover ville blive fremsat krav mod Ajos.

Hverken A eller Ajos kunne på tidspunktet for A's fratræden vide, at der kunne rejses krav om fratrædelsesgodtgørelse, idet gældende ret dengang var, at der ikke var krav på fratrædelsesgodtgørelse, når en medarbejder kunne indtræde i en arbejdsgiverbetalt pensionsordning. Ajos gør gældende, at der må stilles særlige krav til A's reaktion efter dommen i Ole Andersen-sagen, og at A's manglende reaktion skal tillægges passivitetsvirkning. A's reaktionspligt skærpes, når der henses til, at Ole Andersen-sagen var kendt og omtalt af både den faglige organisation og af den faglige organisations faste advokat.

Såfremt retten ikke finder, at det eventuelle krav er bortfaldet som følge af passivitet, gøres det gældende, at kravet er bortfaldet som følge af de aftaler, som A og hans faglige organisation indgik, dels i forbindelse med fratræden, dels efter fratræden.

Såfremt det lægges til grund, at A's eventuelle krav ikke er bortfaldet ved de aftaler, som blev indgået, gøres det gældende, at der ikke er noget krav at gøre gældende, fordi hverken beskæftigelsesdirektivet eller afgørelsen i Ole Andersen-sagen skal kunne tillægges umiddelbar virkning mellem private, og slet ikke med tilbagevirkende kraft.

Det bestrides, at Ole Andersen-sagen eller andre EU-retlige principper medfører, at bestemmelsen i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, ikke fortsat kan og skal praktiseres efter sit hidtidige indhold. Lovgiver har ikke ændret bestemmelsen hverken efter Ole Andersen-sagen eller i øvrigt i forbindelse med implementeringen af beskæftigelsesdirektivet. I tilfælde af uoverensstemmelse mellem nationale regler og EU-retlige principper må de nationale regler have forrang.

I forbindelse med implementeringen af beskæftigelsesdirektivets bestemmelser vedrørende alder i forskelsbehandlingsloven, herunder implementeringen af artikel 17 om effektive sanktioner i forskelsbehandlingslovens § 7, tilkendegav lovgiver ikke at ville gå videre i implementeringen, end hvad der fulgte af beskæftigelsesdirektivets krav. Anvendelsesområdet for § 7 vedrører derfor alene de krav, som måtte følge af beskæftigelsesdirektivet. Der er således ikke hjemmel i § 7 til et godtgørelseskrav i en situation som den foreliggende, hvor beskæftigelsesdirektivet ikke kan påberåbes mellem private. Det følger af U 2012.2247 Ø, at der ikke i et tilfælde, hvor forskelsbehandlingen udledes af EU-Domstolens praksis, og dermed ikke af beskæftigelsesdirektivet, er hjemmel til i dansk ret eller på andet grundlag at pålægge en privat arbejdsgiver en sanktion, herunder i form af godtgørelse.

Ajos har haft føje til at undlade betaling af godtgørelse efter § 2 a, idet det ikke var åbenbart, at A havde

830

ret til denne godtgørelse. Ajos havde derfor en legitim interesse i en retlig prøvelse henset til den retlige usikkerhed, der bestod om kravet. Dette skyldes det lange tidsrum, hvori A undlod at rejse kravet, hvilket har medført en berettiget indsigelse fra Ajos i forhold til den udviste passivitet, uanset om retten finder, at denne passivitet måtte være retsfortabende.

Subsidiært gøres det gældende, at godtgørelsen skal fastsættes til et væsentligt lavere beløb end krævet af A, herunder idet manglende betaling af godtgørelse efter § 2a ikke udgør nogen væsentlig krænkelse.

Såfremt det lægges til grund, at A måtte have krav på betaling af godtgørelse efter § 2 a, gøres det gældende, at der foreligger sådanne særlige omstændigheder, at der først kan kræves renter fra et senere tidspunkt end forfaldsdagen, jf. rentelovens § 3, stk. 5. Renter af kravet kan tidligst kræves fra sagens anlæg, subsidiært 30 dage efter advokat Arvid Andersens fremsættelse af kravet overfor Ajos den 9. marts 2012.

Sø- og Handelsrettens afgørelse

Ved dommene af 22. november 2005 i sag C-144/04 (Mangold-sagen) og 19. januar 2010 i sag C-555/07 (Kücükdeveci-sagen) har Domstolen fastslået, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt EU-retligt princip, og at beskæftigelsesdirektivet blot konkretiserer dette princip. I Kücükdeveci-sagen har Domstolen endvidere udtalt, at det påhviler en national ret, der skal afgøre en tvist mellem private, at sikre sig, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som konkretiseret ved beskæftigelsesdirektivet, overholdes, idet retten om fornødent skal undlade at anvende enhver national bestemmelse, som er i strid med dette princip.

Det følger af Domstolens dom i Ole Andersen-sagen (C-499/08), at funktionærlovens § 2 a, stk. 3, som denne bestemmelse er blevet fortolket i retspraksis, er i strid med beskæftigelsesdirektivet. Den tidligere fortolkning af bestemmelsen er dermed tillige i strid med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som også kan påberåbes mellem private.

A og Ajos A/S indgik den 28. maj 2009 en fratrædelsesaftale. Aftalen er indgået før EU-Domstolens dom i »Ole Andersen-sagen« og kan ikke fortolkes sådan, at den indeholder en endelighedsklausul, som afskærer A fra at fremsætte krav om godtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2 a i anledning af denne EU-dom.

Retten finder ikke grundlag for at anse kravet om fratrædelsesgodtgørelse for bortfaldet på grund af passivitet. Der er herved lagt vægt på, at der ikke har været en konkret anledning

for A eller hans faglige organisation til at rejse kravet over for Ajos A/S særlig hurtigt efter EU-dommen, samt at der er tale om et præceptivt lovkrav for arbejdstageren, og at der ikke findes særlige beskyttelseshensyn i forhold til arbejdsgiveren.

Det er ubestridt, at A efter sin fratræden hos Ajos A/S valgte midlertidigt at give afkald på sin pension for at blive på arbejdsmarkedet. I overensstemmelse med retstilstanden efter EU-Domstolens dom i »Ole Andersen-sagen« er A herefter berettiget til en fratrædelsesgodtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2 a svarende til 143.182,20 kr. Beløbet er ikke bestridt af Ajos A/S.

Ajos A/S har primært begrundet undladelse af at afregne fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a med, at der var indgået en endelig fratrædelsesaftale, og at kravet var bortfaldet ved passivitet. Den manglende betaling af fratrædelsesgodtgørelsen findes på den baggrund ikke at udgøre aldersdiskrimination, og Ajos A/S frifindes derfor for godtgørelseskravet efter forskelsbehandlingslovens § 7.

Herefter gives boet efter A medhold i den subsidiære påstand om betaling af 143.182,20 kr.

Der er ikke grundlag for at afskære kravet om, at beløbet skal forrentes allerede fra forfaldstidspunktet, dvs. fra den 30. juni 2009. Påstanden herom tages derfor til følge.

Efter sagens udfald, omfang og forløb skal Dansk Industri som mandatar for Ajos A/S betale sagsomkostninger til boet efter A med 32.000 kr. Beløbet omfatter udgifter til advokat og betaling af retsafgifter svarende til det vundne beløb.

Højesteret

Højesterets dom

I tidligere instans er afsagt dom af Sø- og Handelsretten den 14. januar 2014.

I pådømmelsen har deltaget ni dommere: Poul Søgaard, Jytte Scharling, Thomas Rørdam, Jon Stokholm, Poul Dahl Jensen, Jens Peter Christensen, Hanne Schmidt, Lars Hjortnæs og Kurt Rasmussen.

Påstande

Parterne har gentaget deres påstande.

Præjudiciel forelæggelse

Højesteret anmodede ved kendelse af 22. september 2014 (UfR 2014.3667) EU-Domstolen om at besvare følgende spørgsmål:

»Spørgsmål 1

Indeholder det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder et forbud mod en ordning som den danske, hvorefter arbejdstagere ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, hvis de har ret til en arbejdsgiverbetalt alderspension i henhold til en pensionsordning, som de er indtrådt i før det fyldte 50. år, og hvor dette gælder, uanset om de vælger at fortsætte på arbejdsmarkedet eller vælger at gå på pension?

831

Spørgsmål 2

Vil det være foreneligt med EU-retten, at danske domstole i en sag mellem en arbejdstager og en privat arbejdsgiver om betaling af en fratrædelsesgodtgørelse, som arbejdsgiveren efter national ret som beskrevet i spørgsmål 1 er fritaget for at skulle betale, men hvor dette resultat ikke er foreneligt med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, foretager en afvejning af dette princip og den direkte virkning heraf over for retssikkerhedsprincippet og det hermed sammenhængende princip om beskyttelse af den berettigede forventning og efter en sådan afvejning kommer til den konklusion, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder må vige for retssikkerhedsprincippet, således at arbejdsgiveren i

overensstemmelse med national ret fritages for betaling af fratrædelsesgodtgørelsen? Det ønskes tillige oplyst, om det har betydning for, om en sådan afvejning kan komme på tale, at arbejdstageren efter omstændighederne har mulighed for at kræve erstatning af staten som følge af den danske lovgivnings uoverensstemmelse med EU-retten.«

Om baggrunden for spørgsmålene anførte Højesteret bl.a.:

»6. *Baggrund for spørgsmålene*

6.1. Da A blev opsagt og fratrådte sin stilling hos Ajos A/S med udgangen af juni 2009, havde han været uafbrudt beskæftiget i virksomheden siden den 1. juni 1984, og han havde derfor som udgangspunkt ret til en fratrædelsesgodtgørelse svarende til 3 måneders løn, jf. funktionærlovens § 2 a, stk. 1. Da han på fratrædelsestidspunktet var fyldt 60 år og havde ret til arbejdsgiverbetalt alderspension i henhold til en ordning, han var indtrådt i før det fyldte 50. år, har han som følge af bestemmelsen i § 2 a, stk. 3, således som denne bestemmelse efter fast retspraksis er blevet fortolket, imidlertid ikke krav på en sådan godtgørelse, selv om han efter sin fratreden fortsatte på arbejdsmarkedet, se nedenfor i punkt 6.5.

6.2. EU-Domstolen har i dommen af 12. oktober 2010 i Ole Andersen-sagen fastslået, at ordningen i henhold til funktionærlovens § 2 a, stk. 3, om bortfald af retten til fratrædelsesgodtgørelse, når den opsagte medarbejder har ret til en arbejdsgiverbetalt alderspension, er i strid med beskæftigelsesdirektivet og det heri indeholdte forbud mod forskelsbehandling på grund af alder i det omfang, den opsagte medarbejder har til hensigt at forfølge sin erhvervmæssige karriere.

6.3. I tilfælde, hvor arbejdsgiveren er en offentlig myndighed, således som det var tilfældet i Ole Andersen-sagen, kan modstriden mellem den nationale bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, og beskæftigelsesdirektivet løses ved, at arbejdstageren kan påberåbe sig og støtte ret på selve direktivets bestemmelser - forudsat at disse fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise - således at § 2 a, stk. 3, ved den konkrete retsanvendelse tilsidesættes, i det omfang bestemmelsen er i strid med direktivet.

6.4. I forhold til private er der ikke mulighed for at tillægge direktivbestemmelser direkte virkning, jf. f.eks. præmis 42 i EU-Domstolens dom i Dominguez-sagen. I sager mellem private kan en mulig modstrid mellem en national bestemmelse og et direktiv løses ved, at den nationale bestemmelse, så vidt det overhovedet er muligt, fortolkes i overensstemmelse med direktivet, således at en tilsyneladende modstrid fjernes. Denne pligt til direktivkonform fortolkning er underlagt visse begrænsninger, og der er ikke pligt til en fortolkning contra legem af national ret, jf. præmis 25 i samme dom.

6.5. Funktionærlovens § 2 a, stk. 3, er efter fast retspraksis, jf. senest Højesterets dom i UfR 2014.1119, blevet forstået således, at en arbejdstager ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, hvis arbejdstageren har ret til arbejdsgiverbetalt alderspension i henhold til en ordning, som den pågældende er indtrådt i før det fyldte 50. år, uanset om arbejdstageren vælger midlertidigt at give afkald på pensionen med henblik på at forfølge sin erhvervmæssige karriere. Det vil på den baggrund være contra legem at anlægge en fortolkning af § 2 a, stk. 3, der kan bringe bestemmelsen i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet som fortolket ved EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen.

6.6. Sagens hovedspørgsmål er herefter, om et EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder kan anvendes som hjemmel til at pålægge den private arbejdsgiver Ajos A/S at betale fratrædelsesgodtgørelse, selv om virksomheden efter funktionærlovens § 2 a, stk. 3, er fritaget herfor. Sagen rejser dermed spørgsmål om, hvorvidt et uskrevet EU-retligt princip

kan afskære en borger eller privat virksomhed fra at støtte ret på en national lovbestemmelse.

6.7. EU-Domstolen har i Küçükdeveci-dommen - i forlængelse af Domstolens afgørelse i Mangold-sagen - udtalt, at der gælder et princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, der skal anses som et almindeligt EU-retligt princip, og at beskæftigelsesdirektivet konkretiserer dette princip (præmis 21). Domstolen har i Küçükdeveci-dommen endvidere udtalt, at det påhviler den nationale ret, som skal træffe afgørelse i en tvist vedrørende princippet, inden for rammerne af sin kompetence at sikre den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af EU-retten, og at sikre dennes fulde virkning, idet den om fornødent skal undlade at anvende enhver national bestemmelse, der er i strid med dette princip (præmis 51 og 53).

6.8. Efter afsigelsen af Küçükdeveci-dommen har en af EU-Domstolens generaladvokater rejst en række principielle spørgsmål og opfordret til, at

832

EU-Domstolens tilgang i denne dom til spørgsmålet om direkte anvendelse af generelle retsprincipper i forhold til private gøres til genstand for en nærmere retsdogmatisk undersøgelse, jf. generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse i Dominguez-sagen. Generaladvokaten har i den forbindelse bl.a. rejst spørgsmål om betydningen af retssikkerhedsprincippet og om betydningen af, at EU-Domstolens tilgang lader det reelle omfang af beskyttelsesområdet for det pågældende generelle retsprincip stå fuldstændig åbent og ikke præciserer, om direktivet muligvis indeholder mere vidtgående bestemmelser, som ikke er omfattet af beskyttelsesområdet for princippet.

6.9. Særligt med hensyn til retssikkerhedsprincippet har generaladvokat Trstenjak i sit forslag til afgørelse i Dominguez-sagen påpeget (punkt 164), at EU-Domstolen ved flere lejligheder har erklæret, at også dette princip udgør et generelt retsprincip i EU-retten, og at princippet kræver, at retsregler, som har bebyrdende virkning for borgerne, skal være klare og præcise og deres anvendelse forudsigelig for borgerne. Generaladvokaten har endvidere anført, at eftersom en borger med EU-Domstolens tilgang i Küçükdeveci-sagen aldrig vil kunne vide, hvornår et uskrevet retsprincip i sin konkretisering ved det pågældende direktiv vil tilsidesætte national skreven ret, er der ud fra borgerens perspektiv i sådanne tilfælde en usikkerhed med hensyn til, om national ret finder anvendelse, som svarer til den usikkerhed ved en direkte anvendelse af direktivet i forholdet mellem private, som EU-Domstolen - som så ofte bekræftet i dens praksis - netop ønsker at undgå. EU-Domstolen har da også i sin seneste praksis fastholdt, at selv en klar, præcis og ubetinget bestemmelse i et direktiv, som har til formål at tillægge borgerne rettigheder eller at pålægge borgerne forpligtelser, ikke som sådan kan finde anvendelse inden for rammerne af en sag, hvori alene private er parter, jf. således præmis 36 i Laboubi-dommen.

6.10. Den foreliggende sag angår som nævnt en situation, hvor en privat arbejdsgiver har afskediget en medarbejder under omstændigheder, hvor arbejdsgiveren efter den nationale retsforskrift (funktionærlovens § 2 a, stk. 3) ikke kan pålægges at betale fratrædelsesgodtgørelse, men hvor dette er i strid med beskæftigelsesdirektivet som fortolket af EU-Domstolen i Ole Andersen-sagen.

6.11. Med det første spørgsmål ønskes det oplyst, om det uskrevne EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder på dette punkt har samme indhold og udstrækning som i beskæftigelsesdirektivet, eller om beskæftigelsesdirektivet på dette punkt indeholder en beskyttelse mod aldersdiskrimination, der er mere vidtgående end den, der følger af det EU-retlige princip.

6.12. Hvis besvarelsen af det første spørgsmål indebærer, at ordningen efter funktionærlovens § 2 a, stk. 3, ikke kun er (delvis) i strid med beskæftigelsesdirektivet som fastslået ved Domstolens dom i Ole Andersen-sagen, men også er i strid med princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, foreligger der herefter spørgsmål om den direkte anvendelse af princippet i forholdet mellem private parter (såkaldt horisontal direkte virkning). Efter EU-Domstolens domme i Mangold-sagen (navnlig præmis 77 og 78) og Küçükdeveci-sagen (navnlig præmis 51 og 53) må det lægges til grund, at EU-retten stiller krav om, at det forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, der er omfattet af princippet, skal finde direkte anvendelse ved de nationale domstole også i sager mellem private.

Dette rejser spørgsmål om, hvordan en sådan direkte anvendelse i forhold til en privat part skal afvejes over for retssikkerhedsprincippet og det hermed sammenhængende princip om beskyttelse af den berettigede forventning.

Med spørgsmål 2 ønskes det oplyst, om det vil være foreneligt med EU-retten, at danske domstole i en sag mellem en arbejdstager og en privat arbejdsgiver om betaling af en fratrædelsesgodtgørelse, som arbejdsgiveren efter national ret som beskrevet i spørgsmål 1 er fritaget for at skulle betale, men hvor dette resultat ikke er foreneligt med det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, foretager en afvejning af dette princip og den direkte virkning heraf over for retssikkerhedsprincippet og det hermed sammenhængende princip om beskyttelse af den berettigede forventning og efter en sådan afvejning kommer til den konklusion, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder må vige for retssikkerhedsprincippet, således at arbejdsgiveren i overensstemmelse med national ret fritages for betaling af fratrædelsesgodtgørelsen.

Det ønskes tillige oplyst, om det har betydning for, om en sådan afvejning kan komme på tale, at arbejdstageren efter omstændighederne har mulighed for at kræve erstatning af staten som følge af den danske lovgivnings uoverensstemmelse med EU-retten, jf. herved den retspraksis, der følger af dom af 19. november 1991, Francovich m.fl. (forenede sager C-6/90 og C-9/90), hvorved både princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder og retssikkerhedsprincippet kan tilgodeses.«

EU-Domstolen (Store Afdeling) afsagde dom den 19. april 2016 (C-441/14). Det hedder i dommen bl.a.:

»Om det første spørgsmål

21 Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret, for hvilken der er indbragt en tvist mellem private, nærmere bestemt oplyst, om det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal

833

fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter arbejdstagere ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, hvis de har ret til en arbejdsgiverbetalt alderspension i henhold til en pensionsordning, som de er indtrådt i før det fyldte 50. år, og hvor dette gælder, uanset om de vælger at fortsætte på arbejdsmarkedet eller vælger at gå på pension.

22 Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål bemærkes indledningsvis, at det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som direktiv 2000/78 er et konkret udtryk for, har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, således som det fremgår af første og fjerde betragtning til direktivet (jf. domme Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709, præmis 74, og Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 20

og 21). Det fremgår ligeledes af Domstolens praksis, at det nævnte princip, der nu er fastsat i artikel 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal anses for et almindeligt EU-retligt princip (jf. domme Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709, præmis 75, og Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 21).

23 Dernæst bemærkes, at for så vidt som direktiv 2000/78 ikke selv fastsætter det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, men alene er et konkret udtryk for dette princip på området for beskæftigelse og erhverv, er rækkevidden af den ved direktivet sikrede beskyttelse ikke videre end den, der indrømmes i henhold til dette princip. EU-lovgiver har ved vedtagelsen af dette direktiv haft for øje at opstille mere præcise rammer, med hvilke det tilsigtes at gøre den konkrete gennemførelse af ligebehandlingsprincippet lettere, og navnlig fastsætte forskellige muligheder for fravigelse af det nævnte princip ved at afgrænse disse ved hjælp af en mere tydelig definition af deres anvendelsesområde.

24 Endelig bemærkes, at for at det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder kan finde anvendelse på en situation som den i hovedsagen omhandlede, skal denne situation desuden være omfattet af anvendelsesområdet for det forbud mod forskelsbehandling, der er fastsat i direktiv 2000/78.

25 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, således som allerede fastslået af Domstolen, at funktionærlovens § 2 a, stk. 3, ved generelt at udelukke en hel kategori af arbejdstagere fra fratrædelsesgodtgørelse påvirker afskedigelsesvilkårene for disse arbejdstagere som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78 (dom Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, EU:C:2010:600, præmis 21). Det følger heraf, at den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning ligger inden for EU-rettens anvendelsesområde og følgerig inden for anvendelsesområdet for det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder.

26 På denne baggrund, og henset til den omstændighed, at Domstolen allerede har fastslået, at artikel 2 og artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, som den, der er omhandlet i den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, og hvorefter arbejdstagere - alene som følge af den omstændighed, at de har ret til en alderspension udbetalt af deres arbejdsgiver i henhold til en pensionsordning, som de er indtrådt i før det fyldte 50. år - ikke er berettiget til en fratrædelsesgodtgørelse, der er bestemt til at lette overgangen til anden beskæftigelse for arbejdstagere med en anciennitet på over 12 år i virksomheden (dom Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, EU:C:2010:600, præmis 49), gør det samme sig gældende for det grundlæggende princip om ligebehandling, som det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder blot er et særligt udtryk for.

27 Henset til ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som direktiv 2000/78 er et konkret udtryk for, skal fortolkes således, at det også i en tvist mellem private er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter arbejdstagere ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, hvis de har ret til en arbejdsgiverbetalt alderspension i henhold til en pensionsordning, som de er indtrådt i før det fyldte 50. år, og hvor dette gælder, uanset om de vælger at fortsætte på arbejdsmarkedet eller vælger at gå på pension.

Om det andet spørgsmål

28 Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om EU-retten skal fortolkes således, at den, når det er godtgjort, at den pågældende nationale bestemmelse er i strid

med det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, gør det muligt for en national domstol, for hvilken der er indbragt en tvist mellem private, at afveje det nævnte princip over for retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og at nå til den konklusion, at de sidstnævnte skal anses for at veje tungere end det førstnævnte. I denne sammenhæng ønsker den forelæggende ret ligeledes oplyst, om den i forbindelse med denne afvejning kan eller skal tage hensyn til den omstændighed, at medlemsstaterne er forpligtet til at erstatte skade, der er forvoldt borgerne som følge af den ukorrekte gennemførelse af et direktiv såsom direktiv 2000/78.

29 I denne henseende bemærkes for det første, at det fremgår af fast retspraksis, at det påhviler de nationale domstole - når de skal afgøre en sag mellem private,

834

under hvilken det viser sig, at den omhandlede nationale lovgivning er i strid med EU-retten - at sikre den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af EU-rettens bestemmelser, og at sikre bestemmelseernes fulde virkning (jf. i denne retning domme Pfeiffer m.fl., C-397/01 - C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 111, og Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 45).

30 Selv om det er korrekt, at Domstolen med hensyn til en tvist mellem private stedse har fastslået, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private og derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer (jf. bl.a. domme Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, præmis 48, Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, præmis 20, og Pfeiffer m.fl., C-397/01 - C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 108), forholder det sig ikke desto mindre således, at Domstolen gentagne gange ligeledes har fastslået, at den forpligtelse for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål og deres pligt til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger for at sikre opfyldelsen af denne forpligtelse påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for rammerne af deres kompetence (jf. i denne retning navnlig domme von Colson og Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, præmis 26, og Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 47).

31 Heraf følger, at de nationale domstole ved anvendelsen af national ret er forpligtet til at tage hensyn til samtlige bestemmelser i denne ret og til at benytte sig af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne, for i videst muligt omfang at fortolke den i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål med henblik på at opnå det med direktivet tilsigtede resultat og således handle i overensstemmelse med artikel 288, stk. 3, TEUF (jf. bl.a. domme Pfeiffer m.fl., C-397/01 - C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 113 og 114, og Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 48).

32 Domstolen har ganske vist fastslået, at princippet om overensstemmende fortolkning af national ret er underlagt visse begrænsninger. De nationale retsinstansers forpligtelse til at henvise til EU-retten, når de fortolker og anvender de relevante nationale retsregler, begrænses således af generelle retsprincipper, og den kan ikke tjene som grundlag for en fortolkning contra legem af national ret (jf. domme Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, præmis 100, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 25, og Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, præmis 39).

33 I denne sammenhæng skal det bemærkes, at kravet om en overensstemmende fortolkning omfatter forpligtelsen for de nationale domstole til i givet fald at ændre en fast retspraksis, såfremt denne er baseret på en fortolkning af national ret, som er uforenelig med formålene med et direktiv (jf. i denne retning dom Centrosteeel, C-456/98, EU:C:2000:402, præmis 17).

34 Den forelæggende ret kan derfor ikke i hovedsagen med rette antage, at det er umuligt for den at fortolke den omhandlede nationale bestemmelse i overensstemmelse med EU-retten, alene som følge af den omstændighed, at den stedse har fortolket denne bestemmelse i en retning, som ikke er forenelig med denne ret.

35 Efter disse præciseringer skal det desuden tilføjes, at selv om en national domstol, for hvilken der er indbragt en tvist vedrørende det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder således, som direktiv 2000/78 er et konkret udtryk for, faktisk befinder sig i en situation, hvor det er umuligt for den at anlægge en fortolkning af national ret, der er i overensstemmelse med dette direktiv, er den inden for rammerne af sin kompetence ikke desto mindre forpligtet til at sikre den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af EU-retten, og til at sikre dennes fulde virkning, idet den om fornødent skal undlade at anvende enhver bestemmelse i national ret, der er i strid med dette princip (dom Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 51).

36 Det fremgår desuden af præmis 47 i dom Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2), at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder tillægger private en subjektiv ret, der som sådan kan påberåbes, og som - selv i tvister mellem private - forpligter de nationale domstole til at undlade at anvende de nationale bestemmelser, der ikke er i overensstemmelse med det nævnte princip.

37 I den foreliggende sag påhviler det derfor den forelæggende ret, såfremt den finder, at det er umuligt for den at sikre en overensstemmende fortolkning af den omhandlede nationale bestemmelse, at undlade at anvende bestemmelsen.

38 Hvad for det andet angår spørgsmålet om, hvilke forpligtelser der følger af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning for en national domstol, for hvilken der er indbragt en tvist mellem private, bemærkes, at en national domstol ikke kan støtte sig på det nævnte princip med henblik på fortsat at anvende en national retsregel, som er i strid med det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som direktiv 2000/78 er et konkret udtryk for.

39 Anvendelsen af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning som påtænkt af den forelæggende ret ville nemlig i realiteten svare til at begrænse de tidsmæssige virkninger af den af Domstolen anlagte fortolkning, for så vidt som denne fortolkning herved ikke ville kunne finde anvendelse på hovedsagen.

40 Det følger imidlertid af fast retspraksis, at den fortolkning, som Domstolen anlægger af EU-retten under udøvelse af sin kompetence i henhold til artikel 267 TEUF, i nødvendigt omfang belyser og præciserer betydningen og rækkevidden af denne ret, således som

835

den skal forstås og anvendes henholdsvis burde have været forstået og anvendt, fra datoen for sin ikrafttræden. Det følger heraf, at bortset fra tilfælde, hvor der foreligger helt særlige omstændigheder - hvilket det i det foreliggende tilfælde ikke er blevet gjort gældende skulle være tilfældet - skal retsinstansen anvende den således fortolkede EU-ret selv på retsforhold, der er stiftet og består, før der afsiges dom vedrørende fortolkningsanmodningen, såfremt betingelserne for at indbringe en sag om anvendelsen af denne ret for de kompetente domstole i øvrigt er opfyldt (jf. bl.a. dom Gmina Wrocław, C-276/14, EU:C:2015:635, præmis 44 og 45 og den deri nævnte retspraksis).

41 I øvrigt kan beskyttelsen af den berettigede forventning under alle omstændigheder ikke påberåbes med henblik på at nægte den privatperson, der har anlagt det søgsmål, som har ført Domstolen til at fortolke EU-retten således, at den er til hinder for den pågældende nationale retsregel, at gøre denne fortolkning gældende

(jf. i denne retning domme Defrenne, 43/75, EU:C:1976:56, præmis 75, og Barber, C-262/88, EU:C:1990:209, præmis 44 og 45).

42 Hvad angår den tvivl hos den forelæggende ret, der er anført i denne doms præmis 19, skal det bemærkes, at den mulighed, som private, der er tillagt en subjektiv ret i henhold til EU-retten - såsom arbejdstageren i det foreliggende tilfælde - har for at nedlægge påstand om erstatning, når deres rettigheder er blevet krænket som følge af en tilsidesættelse af EU-retten, der kan tilregnes en medlemsstat (jf. i denne retning domme Francovich m.fl., C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428, præmis 33, og Brasserie du Pêcheur og Factortame, C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79, præmis 20), hverken kan rejse tvivl om den forelæggende rets forpligtelse til at vælge den fortolkning af national ret, som er overensstemmende med direktiv 2000/78, eller, såfremt en sådan fortolkning viser sig umulig at anlægge, at undlade at anvende den nationale bestemmelse, der er i strid med det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som det nævnte direktiv er et konkret udtryk for, eller lægges til grund af den forelæggende ret inden for rammerne af den tvist, der er indbragt for den, for at give forrang til beskyttelsen af den berettigede forventning hos den privatperson, i det foreliggende tilfælde arbejdsgiveren, som har handlet i overensstemmelse med national ret.

43 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det andet spørgsmål besvares med, at EU-retten skal fortolkes således, at når en national domstol, for hvilken der er indbragt en tvist mellem private, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78, anvender bestemmelserne i national ret, påhviler det den at fortolke disse bestemmelser således, at de kan anvendes i overensstemmelse med dette direktiv, eller, såfremt en sådan overensstemmende fortolkning er umulig, om nødvendigt at undlade at anvende enhver bestemmelse i national ret, som er i strid med det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Denne forpligtelse kan hverken drages i tvivl af retssikkerhedsprincippet eller princippet om beskyttelse af den berettigede forventning eller af den mulighed, som en privatperson, der anser sine rettigheder for krænket på grund af anvendelsen af en national bestemmelse, som er i strid med EU-retten, har for at drage den pågældende medlemsstat til ansvar for tilsidesættelse af EU-retten.«

Anbringender

DI som mandatar for Ajos A/S har navnlig anført, at A på fratrædelsestidspunktet ikke opfyldte betingelserne for at få udbetalt fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a, idet han havde ret til at få udbetalt en privat, arbejdsgiverbetalt pensionsordning og derfor var omfattet af den dagældende bestemmelse i § 2 a, stk. 3.

Det forhold, at EU-Domstolen ved dommen i Ole Andersen-sagen (C-499/08) har fastslået, at § 2 a, stk. 3, ikke er forenelig med beskæftigelsesdirektivet, kan ikke føre til et andet resultat. For at de EU-retlige forpligtelser kan få bindende virkning for private i Danmark, skal det nemlig enten være muligt at fortolke § 2 a, stk. 3, EU-konformt, eller det skal være muligt at anvende EU-retten umiddelbart i Danmark. Ingen af disse muligheder foreligger.

Et EU-direktiv kan ikke i sig selv skabe forpligtelser for private. Det har EU-Domstolen senest fastslået i præmis 30 i dommen af 19. april 2016 i den foreliggende sag. Som det videre fremgår af dommen, skal en uoverensstemmelse mellem national ret og beskæftigelsesdirektivet så vidt muligt løses gennem EU-konform fortolkning af national ret (præmis 31). Det forudsætter imidlertid, at der eksisterer et rimeligt fortolkningsrum. Den nationale domstols forpligtelse til at »bøje« national ret i forhold til direktivet kan dermed kun strækkes så vidt, som den nationale fortolkningstradition tillader. Den yderste grænse for forpligtelsen til konform fortolkning går ved fortolkning *contra legem* (præmis

32), altså fortolkning »mod gældende ret«. I forelæggelseskendelsen af 22. september 2014 anførte Højesteret, at det vil være *contra legem* at anlægge en fortolkning af funktionærlovens § 2 a, stk. 3, der bringer bestemmelsen i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet som fortolket af EU-Domstolen i Ole Andersen-sagen. EU-Domstolen antager i præmisserne 33 og 34, at Højesteret uden videre bør kunne ændre fast retspraksis. Det bør ikke føre til, at Højesteret ændrer sin vurdering af, at direktivkonform fortolkning vil være *contra legem*. Højesteret er den autoritative fortolker af dansk ret, og Højesterets praksis vedrørende § 2 a, stk. 3, er fast

836

funderet i lovgivningsmagtens tilkendegivelser om bestemmelsen.

Det bestrides, at funktionærlovens § 2 a, stk. 3, må vige for forbuddet mod aldersdiskrimination i forskelsbehandlingsloven ud fra et synspunkt om *lex posterior*. § 2 a, stk. 3, er tværtimod *lex specialis* i forhold til forskelsbehandlingslovens generelle forbud mod aldersdiskrimination, idet bestemmelsen konkret regulerer retsstillingen for fratrædelsesgodtgørelse ved afskedigelse af ældre medarbejdere. Lovgivningsmagten tog specifik stilling til bestemmelsen i funktionærlovens § 2 a, herunder § 2 a, stk. 3, i forbindelse med implementeringen af beskæftigelsesdirektivet i 2004. Herved adskiller situationen sig fra situationen, der forelå til pådømmelse i Højesterets dom gengivet i UfR 2015.3827, hvor ministeriet ikke forholdt sig til funktionærlovens § 5, stk. 2 (120-dages reglen), ved behandlingen af ændringsforslaget til forskelsbehandlingsloven.

Det bestrides endvidere, at det er muligt i dansk ret at foretage en umiddelbar anvendelse af »det almindelige EU-retlige princip mod forskelsbehandling på grund af alder« trods en klar retstilstand i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, og til skade for Ajos. Dette princip har en diffus oprindelse. Hertil kommer, at flere af EU-Domstolens generaladvokater har haft reservationer over for princippet rækkevidde. I præmis 35 anvender Domstolen formuleringen, at den nationale domstol er forpligtet til at sikre den fulde virkning af det anførte princip »inden for rammerne af sin kompetence«. Det ligger uden for danske domstoles kompetence at anvende princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder ved at undlade at lægge en klar dansk retstilstand til grund i en sag mellem to private. Det skyldes særligt to forhold.

For det første er der ikke hjemmel hertil i tiltrædelsesloven. Der er således ikke grundlag for at fastslå, at Danmark har overladt til EU-Domstolen med direkte virkning over for private på baggrund af uskrevne retsprinsipper at pålægge danske domstole at undlade at anvende klar dansk lovgivning.

For det andet vil det være i strid med grundlovens § 3 og et retssikkerhedsprincip på grundlovsniveau, hvis Højesteret som følge af en anvendelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal ændre den klare retstilstand i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, herunder ved at undlade at anvende denne bestemmelse til skade for Ajos, der som privat virksomhed har indrettet sig i tiltro til en helt klar retstilstand.

For Højesteret frafaldes anbringendet om, at godtgørelseskravet er bortfaldet som følge af de fratrædelsesaftaler, som A og hans faglige organisation indgik med selskabet. Derimod gentages anbringenderne om, at der foreligger passivitet, at krav på fratrædelsesgodtgørelse først skal forrentes fra sagens anlæg, og at der i en situation som den foreliggende ikke er grundlag for at pålægge en privat arbejdsgiver at betale godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven.

Boet efter A har navnlig anført, at A ved opsigelsen i maj 2009 opfyldte betingelserne for at få udbetalt fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a, idet han forblev på arbejdsmarkedet.

Den dagældende bestemmelse i lovens § 2 a, stk. 3, og retspraksis på området var i strid med EU-retten. Dette blev fastslået ved EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen i oktober 2010. Det er i den forbindelse ikke afgørende, at Ajos er en privat arbejdsgiver.

Det er således muligt ved EU-konform fortolkning at bringe harmoni mellem funktionærlovens § 2 a, stk. 3, og forbuddet mod aldersdiskrimination. Det gælder, uanset om fortolkningen sker på grundlag af forbuddet i beskæftigelsesdirektivet eller det primærretlige princip om forbud mod aldersdiskrimination. Hverken ordlyden af funktionærlovens § 2 a, stk. 3, eller bestemmelsens forarbejder og formål er til hinder for en sådan EU-konform fortolkning. Diskriminationssynspunktet har ikke været inddraget i hidtidig retspraksis om funktionærlovens § 2 a, stk. 3, og der foreligger ikke en *contra legem*-situation. Det er på grundlag af ordlyden af § 2 a, stk. 3, muligt for Højesteret at fortolke bestemmelsen i overensstemmelse med EU-retten. Hertil kommer, at EU-Domstolen i præmisserne 33 og 34 udtrykkeligt har fastslået, at den særlige undtagelse i form af forbuddet mod *contra legem*-fortolkning skal begrænses til alene at angå den nationale lovbestemmelses direkte ordlyd og intet andet, herunder heller ikke hidtidig national retspraksis om fortolkning af § 2 a, stk. 3.

Højesteret er ifølge EU-Domstolens præmis 31 forpligtet til i videst muligt omfang at tage hensyn til samtlige elementer i national ret. Funktionærlovens § 2 a, stk. 3, må derfor vige for forbuddet mod aldersdiskrimination i forskelsbehandlingslovens § 1, jf. principperne om *lex specialis* og *lex posterior*. Højesteret har tidligere anvendt en sådan model for håndtering af en konflikt mellem funktionærloven og forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap, idet Højesteret under henvisning til forskelsbehandlingslovens § 2 a fandt, at 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, ikke kunne anvendes, jf. UfR 2015.3827. Det er ikke rigtigt, at lovgivningsmagten forholdt sig til funktionærlovens § 2 a, stk. 3, ved behandlingen af ændringsforslaget til forskelsbehandlingsloven. Man forholdt sig kun til, om retten til fratrædelsesgodtgørelse kunne indebære diskrimination af yngre funktionærer.

Selv om Højesteret måtte konkludere, at det er umuligt at foretage direktivkonform fortolkning af § 2 a, stk. 3, følger det af EU-Domstolens praksis, herunder præmis 37 i den foreliggende sag, at Højesteret skal undlade at anvende bestemmelsen. Den direkte virkning af princippet indebærer nemlig, at forbuddet mod

837

forskelsbehandling på grund af alder har forrang for funktionærlovens § 2 a, stk. 3.

Regeringen og Folketinget har siden tiltrædelsesloven i 1972 været bekendt med EU-Domstolens fortolkningsstil og retsanvendelse i form af henvisninger til de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne og har stedse anerkendt og accepteret EU-Domstolens retsskabende praksis. Domstolen har i flere sager forud for Mangold-dommen understreget, at EU's institutioner og medlemsstaterne, når de anvender fællesskabsretten, skal overholde de såkaldte grundrettigheder ved udøvelsen af deres kompetence. Hertil kommer, at der ved Amsterdam-traktaten, som der blev afholdt folkeafstemning om i 1998, blev indsat en særlig hjemmelsbestemmelse i traktatens artikel 6 A, hvorefter der kan vedtages regler om bl.a. bekæmpelse af forskelsbehandling på grund af alder. Det kan derfor lægges til grund, at der inden for beskæftigelsesområdet er overladt såvel lovgivnings- som domskompetence til EU. Ydermere har Danmark ved Lissabon-traktaten og charteret accepteret - såvel bagudrettet som fremadrettet - den fulde retsvirkning af det almindelige EU-retlige forbud mod aldersdiskrimination, således som dette princip første gang blev knæsat ved Mangold-dommen. Den omstændighed, at det i charteret

er angivet, at bestemmelserne ikke udvider Unionens beføjelser som fastsat i traktaten, er udtryk for, at disse beføjelser allerede var overladt til EU's institutioner, herunder EU-Domstolen. På denne baggrund har EU-Domstolen ved den muligt retsskabende virksomhed, der er forbundet med Mangold-dommen, handlet inden for de traktatfæstede beføjelser. Der foreligger derfor ikke en ekstraordinær situation, og det kan ikke med den fornødne sikkerhed fastslås, at EU-Domstolens praksis bygger på en anvendelse af traktaten, der ligger uden for suverænitetsafgivelsen ifølge tiltrædelsesloven, jf. afsnit 9.6 i Højesterets dom om Maastricht-traktaten (UfR 1998.800). Ved at fastslå, at forbuddet mod aldersdiskrimination er en grundrettighed på traktatniveau, har EU-Domstolen derfor handlet inden for grænserne for Danmarks kompetenceoverladelser i grundlovens § 20.

Endelig bestrides det, at Højesteret skal undlade at følge EU-Domstolens afgørelser, fordi disse skulle være i strid med grundlovens § 3 og et retssikkerhedsprincip på grundlovsniveau.

Kravet er ikke bortfaldet ved passivitet, og fratrædelsesgodtgørelsen skal forrentes fra fratrædelsestidspunktet den 30. juni 2009. Der skal endvidere betales godtgørelse for overtrædelse af forskelsbehandlingsloven.

Retsgrundlaget mv.

I. Dansk ret

A. Funktionærloven

Funktionærlovens § 2 a blev indsat i loven ved lov nr. 224 af 19. maj 1971 og havde følgende ordlyd:

»Såfremt en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år, opsiges, skal arbejdsgiveren ved funktionærens fratræden udrede et beløb svarende til henholdsvis 1, 2 eller 3 måneders løn.

Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære pension fra arbejdsgiveren eller folkepension.

Stk. 3. Bestemmelsen i stk. 1 finder tilsvarende anvendelse i tilfælde af uberettiget bortvisning.«

I bemærkningerne til lovforslaget (Folketingstidende 1970-71, tillæg A, L 53, sp. 1334) er anført bl.a.:

»Med henblik på at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre funktionærer, der opsiges efter i en længere årrække at have været beskæftiget i samme virksomhed, stilles der forslag om indførelse af en bestemmelse om, at arbejdsgiveren ved funktionærens fratræden skal udrede et beløb svarende til 1, 2 eller 3 måneders løn, alt efter som den pågældende har været ansat i virksomheden i 12, 15 eller 18 år. Det er en selvfølge, at der udover den nævnte ydelse tilkommer funktionæren sædvanlig løn i opsigelsesperioden.

I stk. 2 foreslås det, at bestemmelsen ikke skal finde anvendelse, såfremt funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære pension fra arbejdsgiveren eller folkepension, dvs. situationer der normalt indebærer, at den pågældende udtræder af arbejdsmarkedet.«

Ved lov nr. 287 af 24. april 1996 blev funktionærlovens § 2 a, stk. 2, ophævet og i stedet blev indsat:

»*Stk. 2.* Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære folkepension.

Stk. 3. Hvis funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren, og hvis funktionæren er indtrådt i den pågældende pensionsordning før det fyldte 50. år, bortfalder fratrædelsesgodtgørelsen.

Stk. 4. Bestemmelsen i stk. 3 finder ikke anvendelse, hvis der den 1. juli 1996 ved kollektivt overenskomst er taget stilling til spørgsmålet om nedsættelse eller bortfald af fratrædelsesgodtgørelsen som følge af alderspension fra arbejdsgiveren.«

Bestemmelsen i § 2 a, stk. 3, gjaldt også, da A blev opsagt i maj 2009. Af bemærkningerne til lovforslaget, der førte til lov nr. 287 af 24. april 1996, fremgår bl.a. (Folketingstidende 1995-96, tillæg A, L 180, s. 3537):

»Fratrædelsesgodtgørelsen blev indført i funktionærlovens § 2 a ved lov nr. 224 af 19. maj 1971 (Folketingstidende sp. 916, 1299, 6433 og 6526, tillæg A, sp. 1331, tillæg B, sp. 1817 og tillæg C, sp. 903). Bestemmelsens oprindelige formål var at mildne overgangen til anden beskæftigelse for funktionærer, der afskediges efter en længere årrække at have været beskæftiget i samme virksomhed. Funktionærer, der træder ud af

838

arbejdsmarkedet, dvs. afskediges med pension fra arbejdsgiveren eller folkepension, har således efter bestemmelsens ordlyd ikke haft krav på godtgørelsen.

De nye arbejdsmarkedspensionsordninger, der i stort omfang er blevet gennemført i de senere år, indebærer, at der i en årrække frem vil blive udbetalt mange, meget små pensionsbeløb. Da bestemmelsen blev vedtaget i 1971, kendte man stort set ikke disse små pensionsbeløb.

Den nuværende udformning af bestemmelsen i funktionærlovens § 2 a, stk. 2, er af domstolene blevet fortolket således, at selv ganske små pensionsydelse fra arbejdsgiveren medfører, at fratrædelsesgodtgørelsen efter § 2 a, stk. 1, bortfalder. I Højesterets dom af 14. februar 1991, refereret i UfR 1991.317, fandt retten således, at en pension med et engangsbetrag på ca. 9000 kr. samt en årlig udbetaling på 8 kr. medførte bortfald af fratrædelsesgodtgørelsen.

Efter forslaget vil funktionærer med disse meget små pensionsydelse ikke miste deres fratrædelsesgodtgørelse, som kan være på op til 3 måneders løn.

...

Bemærkninger til forslagens enkelte bestemmelser

Til § 1

Fratrædelsesgodtgørelsen vil efter den foreslåede bestemmelse i § 2 a, stk. 2, fortsat bortfalde, hvis funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære folkepension. Fratrædelsesgodtgørelser bortfalder som hovedregel ved alderspension fra arbejdsgiveren, men er funktionæren indtrådt i pensionsordningen efter det fyldte 50. år, bortfalder fratrædelsesgodtgørelsen ikke. Den foreslåede bestemmelse i § 2 a, stk. 3, er indsat, fordi funktionærer indtrådt i denne sene alder vil have en meget kort opsparingsperiode og dermed et lille pensionsbeløb.

...«

Funktionærlovens § 2 a fik ved lov nr. 52 af 27. januar 2015 følgende ordlyd:

»Såfremt en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12 eller 17 år, opsiges, skal arbejdsgiveren ved funktionærens fratræden udrede et beløb svarende til henholdsvis 1 og 3 måneders løn.

Stk. 2. Stk. 1 finder tilsvarende anvendelse i tilfælde af uberettiget bortvisning.«

Den nye § 2 a finder anvendelse på opsigelser, der finder sted efter lovens ikrafttræden den 1. februar 2015. Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår bl.a. (Folketingstidende 2014-15, 1. samling, tillæg A, lovforslag nr. L 84):

»1. Indledning og baggrund

...

Med den foreslåede forenkling af bestemmelsen afklares den retsikkerhed, som EU-Domstolens afgørelse i sag C-499/08 har givet anledning til i relation til funktionærer, der ved fratrædelsen havde mulighed for at overgå til arbejdsgiverbetalt alderspension, jf. den gældende § 2 a, stk. 3; hvis en funktionær opfylder den

foreslåede bestemmelses anciennitetskrav og opsiges af arbejdsgiver eller bortvises uberettiget, vil funktionæren have ret til en fratrædelsesgodtgørelse på én eller tre måneders løn. Det vil med den foreslåede § 2 a således ikke være nødvendigt at vurdere, om funktionæren fortsat forfølger en erhvervsmæssig karriere, hvilket der fx skulle tages stilling til i Højesterets afgørelser af 17. januar 2014 vedrørende forståelsen af den gældende § 2 a i lyset af EU-Domstolens afgørelse i sag C-499/08.

...

2. Gældende ret

...

Som nævnt ovenfor, havde de danske domstole indtil afgørelsen af sag C-499/08 fortolket § 2 a, stk. 3, således, at retten til fratrædelsesgodtgørelse bortfaldt, hvis den afskedigede funktionær havde mulighed for at overgå til arbejdsgiverbetalt alderspension på fratrædelsestidspunktet, uanset om den afskedigede funktionær benyttede sig af denne mulighed eller ej.

3. Lovforslaget

Med lovforslaget foreslås det, at funktionærlovens § 2 a ændres. Bestemmelsen vil fortsat omhandle en ret til fratrædelsesgodtgørelse til funktionærer, der opsiges eller uberettiget bortvises af arbejdsgiveren, og som ved fratrædelsen har været ansat i samme virksomhed i 12 år eller derover. Men bestemmelsen forenkles betydeligt, idet de undtagelsesbestemmelser vedrørende pension, som findes i den gældende § 2 a, stk. 2-4, ikke indgår i den foreslåede § 2 a. Det vil med vedtagelse af den foreslåede § 2 a ikke have nogen betydning i relation til retten til fratrædelsesgodtgørelse, om den pågældende funktionær går på pension, har mulighed for at gå på pension eller fortsat forfølger en erhvervsmæssig karriere efter fratrædelsen. Der vil således være tale om en ubetinget og undtagelsesfri rettighed for funktionærer til fratrædelsesgodtgørelse, der opfylder de i bestemmelsen angivne grundbetingelser.

...

Ændringen af § 2 a foreslås at træde i kraft den 1. februar 2015. Det er ancienniteten på fratrædelsestidspunktet, der er afgørende for, om der skal betales fratrædelsesgodtgørelse, men det er opsigelsen fra arbejdsgiverside eller den uberettigede bortvisning, der udløser retten til fratrædelsesgodtgørelse. En ikrafttræden den 1. februar 2015 indebærer derfor, at spørgsmål om fratrædelsesgodtgørelse til en funktionær, der opsiges inden den 1. februar 2015, afgøres efter den gældende § 2 a, uanset at fratræden først sker efter den 1. februar 2015, mens en opsigelse, der afgives af arbejdsgiver efter den 1. februar 2015, vil kunne udløse en fratrædelsesgodtgørelse i henhold til den foreslåede § 2 a.

...

839

9. Forholdet til EU-retten

Lovforslaget er en opfølgning på EU-Domstolens dom af 12. oktober 2010 i sag C-499/08, Ole Andersen.

...

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser

Til § 1 [funktionærlovens § 2 a]

...

Fratrædelsesgodtgørelsen efter den foreslåede § 2 a vil stadig kunne bruges i overensstemmelse med det, der var formålet med den gældende § 2 a - at mildne overgangen til anden beskæftigelse for funktionærer, der afskediges efter mange års ansættelse i samme virksomhed - men med ophævelse af undtagelsesbestemmelserne om pension får fratrædelsesgodtgørelsen efter den foreslåede § 2 a et bredere sigte. Godtgørelsen kan tillige ses som en økonomisk håndsrækning for lang og tro tjeneste eller som en form for særligt »plaster på såret« til en funktionær, der afskediges efter at have

arbejdet for samme arbejdsgiver i en årrække. Der er således ikke tale om, at de hensyn, der oprindelig lå til grund for den gældende § 2 a, ikke længere tilgodeses, men med den foreslåede bestemmelse får funktionærlovens § 2 a en anden karakter.

...

Til § 2 [overgangsbestemmelsen]

Det foreslås, at ændringen af § 2 a træder i kraft den 1. februar 2015. Da det er opsigelsen af funktionæren, der udløser retten til fratrædelsesgodtgørelse, vil det være opsigelsestidspunktet, der er afgørende for, hvad der gælder med hensyn til fratrædelsesgodtgørelse, hvilket fremgår af det foreslåede stk. 2. En funktionær, der opsiges forud for den 1. februar 2015, vil således have krav på fratrædelsesgodtgørelse i henhold til den gældende § 2 a, selvom funktionæren først fratræder efter den 1. februar 2015.

...«

B. Forskelsbehandlingsloven

Lovbekendtgørelse nr. 1349 af 16. december 2008 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. (forskelsbehandlingsloven) indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»§ 1. Ved forskelsbehandling forstås i denne lov enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse.

...

§ 2. En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår.

...

§ 7. Personer, hvis rettigheder er krænkede ved overtrædelse af §§ 2-4, kan tilkendes en godtgørelse.

...«

Beskæftigelsesdirektivet er gennemført i dansk ret ved lov nr. 253 af 7. april 2004 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. og ved lov nr. 1417 af 22. december 2004 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.

I lovforslaget, der ligger til grund for lov nr. 1417 af 22. december 2004, hvor diskriminationskriterierne handicap og alder blev indsat i forskelsbehandlingsloven, hedder det i de almindelige bemærkninger bl.a. (Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 92, s. 2698 og 2701):

»2.1.2 Direktivets særbestemmelser om alder

For så vidt angår alder er det direktivets udgangspunkt, at forskelsbehandling på grund af alder er forbudt. Direktivet beskytter således både unge og ældre mod forskelsbehandling. Direktivet anerkender imidlertid også, at der kan være situationer, hvor det vil være lovligt at tillægge en lønmodtagers alder betydning. Direktivet indeholder derfor en særbestemmelse i artikel 6, stk. 1, hvorefter medlemsstaterne kan bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål indenfor rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende mål er hensigtsmæssige og nødvendige. Det vil sige, at det absolutte udgangspunkt i direktivet, hvorefter direkte forskelsbehandling er ulovlig og ikke kan legitimeres, vil kunne fraviges for så vidt angår direkte aldersdiskrimination, såfremt medlemsstaterne bestemmer dette, og såfremt denne fravigelse i øvrigt er sagligt og proportionalt begrundet i et legitimt formål indenfor rammerne af den nationale ret.

...

5.2 Funktionærlovens aldersgrænser

Funktionærlovens § 2 a om ret til fratrædelsesgodtgørelse.

Efter funktionærlovens § 2 a har en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år, ret til fratrædelsesgodtgørelse svarende til henholdsvis 1, 2 eller 3 måneders løn, hvis funktionæren opsiges af arbejdsgiveren. Det overordnede formål med bestemmelsen er at yde en godtgørelse til funktionærer efter længere tids ansættelse »for at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre funktionærer« (jf. FT 70/71, tillæg A, spalte 1334). Bestemmelsen finder alene anvendelse, når funktionæren opsiges af arbejdsgiveren. Bestemmelsen gælder også ved uberettiget bortvisning, jf. § 2 a, stk. 4. Bestemmelsen indeholder dermed et beskyttelsesformål i forhold til ældres muligheder for at få ny beskæftigelse - i form af løn i længere tid. Bestemmelsen er et eksempel på indirekte forskelsbehandling af

840

yngre funktionærer, og vil derfor skulle vurderes ud fra direktivets artikel 2, stk. 2, litra b. Herefter kan en indirekte forskelsbehandling tillades, hvis den pågældende bestemmelse (her retten til fratrædelsesgodtgørelse betinget af anciennitet) er objektivt begrundet i et legitimt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige. Da formålet med funktionærlovens § 2 a er at beskytte ældre funktionærer og lette deres overgang til anden beskæftigelse, vil bestemmelsen kunne opretholdes som saglig indirekte forskelsbehandling, jf. kravene i direktivets artikel 2, stk. 2, litra b. Der foreslås derfor ingen ændringer til funktionærlovens § 2a.

...«

I et høringssvar af 12. oktober 2004 fra Ledernes Hovedorganisation hedder det bl.a.:

»1. Ændring af forskelsbehandlingsloven

A. Ledernes Hovedorganisation har deltaget i behandlingen af forbudet mod alders- og handicapdiskrimination i Implementeringsudvalget. Ledernes Hovedorganisation finder, at det fremlagte forslag er i overensstemmelse med de drøftelser, der har været i udvalget.

Dog har Ledernes Hovedorganisation i Implementeringsudvalget efterlyst en analyse af direktivet i forhold til funktionærlovens § 2 a, stk. 2 og stk. 3 - uden resultat.

Umiddelbart mener Ledernes Hovedorganisation således, at disse bestemmelser er udtryk for en aldersdiskrimination, der ikke kan opretholdes med henvisning til artikel 2 eller artikel 6.

Ledernes Hovedorganisation skal derfor på ny anmode om, at Beskæftigelsesministeriet beskriver forholdet til funktionærlovens § 2 a, stk. 2 og 3, herunder hvorvidt der evt. skal ske en ændring af begge eller en af bestemmelserne.

...«

I et høringsnotat fra Beskæftigelsesministeriet, der blev sendt til Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg den 8. november 2004, hedder det bl.a.:

»Lederne efterlyser en analyse af forholdet til funktionærlovens § 2 a, stk. 2 og 3 om retten til fratrædelsesgodtgørelse set i forhold til direktivets artikel 2 og 6.

Det overordnede formål med § 2 a, stk. 1, er at yde en godtgørelse til funktionærer efter længere tids ansættelse »for at mildne overgangen til anden beskæftigelse for ældre funktionærer« (jf. FT 70/71, tillæg A, spalte 1334). Der er derimod ikke ret til fratrædelsesgodtgørelse, hvis funktionærer ved fratrædelsen vil oppebære folkepension, jf. § 2a, stk. 2. Funktionærlovens bestemmelse harmonerer dermed med lovforslaget[s] bestemmelser om pligtmæssig fratræden.

...«

C. Tiltrædelsesloven mv.

I tiltrædelseslovens §§ 2-4 (lov nr. 447 af 11. oktober 1972 med senere ændringer, lov om Danmarks tiltrædelse af Den Europæiske Union) hedder det:

»§ 2 Beføjelser, som efter grundloven tilkommer rigets myndigheder, kan i det omfang, det er fastsat i de i § 4 nævnte traktater mv., udøves af Den Europæiske Unions institutioner.

§ 3 Bestemmelserne i de i § 4 nævnte traktater mv. sættes i kraft i Danmark i det omfang, de efter EU-retten er umiddelbart anvendelige i Danmark.

Stk. 2. Det samme gælder de retsakter, der er vedtaget af Fællesskabernes institutioner inden Danmarks tiltrædelse af Fællesskaberne og offentliggjort i De europæiske Fællesskabers Tidende.

§ 4 Bestemmelserne i § 2 og § 3 vedrører følgende traktater mv.:

1. Traktat af 25. marts 1957 om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab,

2. Traktat af 25. marts 1957 om oprettelse af Det europæiske Atomenergifællesskab,

3. Konvention af 25. marts 1957 vedrørende fælles institutioner for De europæiske Fællesskaber,

4. Konvention af 13. november 1962, som ændrer traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab med henblik på at gøre den særlige associeringsordning, der er omhandlet i fjerde del af denne traktat, anvendelig på de nederlandske Antiller,

5. Traktat af 8. april 1965 om oprettelse af et fælles Råd og en fælles Kommission for De europæiske Fællesskaber,

6. Traktat af 22. april 1970 om ændring af visse budgetbestemmelser i traktaterne om oprettelse af De europæiske Fællesskaber og i traktaten om oprettelse af et fælles Råd og en fælles Kommission for De europæiske Fællesskaber,

7. Traktat af 22. januar 1972 vedrørende kongeriget Danmarks, Irlands, kongeriget Norges og Det forenede kongerige Storbritannien og Nordirlands tiltrædelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab og af Det europæiske Atomenergifællesskab,

8. Traktat af 13. marts 1984 om ændring af traktaterne om oprettelse af De europæiske Fællesskaber for så vidt angår Grønland,

9. Europæisk Fælles Akt af 17. og 28. februar 1986, med undtagelse af dennes afsnit I og III,

10. Traktat af 7. februar 1992 om Den Europæiske Union med tilhørende protokoller og erklæringer med undtagelse af

a) bestemmelserne i Traktatens afsnit II, 3. del afsnit VI, kapitel 1, artikel 104 C, stk. 9 og 11, kapitel 2, artikel 105, stk. 1, 2, 3 og 5, artikel 105 A, 108 A, 109, 109 A, stk. 2, litra b, samt artikel 3, 6, 9.2, 12.1, 14.3, 16, 18, 19, 20, 22, 23, 26.2, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 50 og 52 i protokollen om statuten for Det Europæiske System af Centralbanker og Den Europæiske Centralbank for så vidt disse bestemmelser vedrører deltagelse i tredje fase af Den Økonomiske og Monetære Union, og

841

b) Traktatens afsnit VI, artikel K.9,

11. Afgørelse af 12. december 1992 om visse problemer, som Danmark har rejst vedrørende Traktaten om Den Europæiske Union med tilhørende erklæringer,

12. Amsterdamtraktaten om ændring af Traktaten om Den Europæiske Union, traktaterne om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber og visse tilknyttede akter med tilhørende protokoller og erklæringer, med undtagelse af

a) artikel K 14 i Traktaten om den Europæiske Union, som affattet ved Amsterdamtraktatens artikel 1, nr. 11, og

b) bestemmelserne i afsnit III a, bortset fra artikel 73 J, stk. 2, litra b, i og iii, i Traktaten om oprettelse af det Europæiske Fællesskab, som affattet ved Amsterdamtraktatens artikel 2, nr. 15,

13. Nicetraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union, traktaterne om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber og visse tilknyttede akter med tilhørende protokoller og erklæringer med undtagelse af

a) traktatens artikel 2, nr. 4, der ændrer artikel 67 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

b) traktatens artikel 2, nr. 33, der indføjer en ny artikel 229 A i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, og

c) protokol vedrørende artikel 67 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

14. Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og visse tilknyttede akter med tilhørende protokoller og erklæringer med undtagelse af

a. (det retlige forbehold) traktatens artikel 2, nr. 63-68, der ændrer bestemmelserne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde tredje del, afsnit IV vedrørende et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, for så vidt disse bestemmelser ikke angår udpegning af de tredjelands, hvis statsborgere skal være i besiddelse af visum ved passage af EU-landenes ydre grænser, eller foranstaltninger vedrørende en ensartet udformning af visa, samt traktatens artikel 2, nr. 29, der indføjer en ny artikel 16 B i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, for så vidt denne bestemmelse angår medlemslandenes behandling af personoplysninger under udøvelsen af aktiviteter, der er omfattet af traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmådes tredje del, afsnit IV, kapitel 4 og 5, og

b. (euro-forbeholdet) de bestemmelser, der er angivet i artikel 116a, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, og i artikel 42, stk. 1, i protokol om statuten for Det Europæiske System af Centralbanker og Den Europæiske Centralbank.

...«

I forbindelse med behandling af lovforslaget om Danmarks tiltrædelse af EF besvarede udenrigsministeren en række spørgsmål. Det hedder i svaret til spørgsmål 31 bl.a. (Folketingstidende 1971-72, tillæg B, sp. 3018 f.):

»Kravene i grundlovens § 20 om, at beføjelser kun kan overlades i nærmere bestemt omfang, betyder, at der ikke ganske generelt kan ske en overdragelse af f.eks. al lovgivningsmagt eller al udøvende magt. Den lov, der vedtages, skal enten direkte eller ved henvisning til traktatteksten præcisere det omfang, hvori overdragelsen sker. Denne præcisering kan bestå i en angivelse af de sagsområder eller emneområder, på hvilke de fælles organer skal kunne udøve beføjelser, samt en angivelse af beføjelsernes indhold, f.eks. om de går ud på at fastsætte generelle regler, træffe konkrete beslutninger af administrativ karakter eller afgøre retstvister. Kravet om, at sådan præcisering skal fremgå af loven, udelukker, at det overlades til vedkommende internationale organer selv at bestemme omfanget af deres beføjelser.

...«

I Justitsministeriets redegørelse af juli 1972 for visse statsretlige spørgsmål i forbindelse med en dansk tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber hedder det bl.a. (s. 107 f.):

»Der er også visse bestemmelser i selve traktaterne, der er umiddelbart anvendelige. Det drejer sig først og fremmest om bestemmelser, der regulerer forholdet mellem de enkelte virksomheder indbyrdes (især forbudet mod konkurrencebegrænsede aftaler og mod misbrug af en monopolstilling). Også bestemmelser, der pålægger medlemsstaterne forpligtelser, kan dog medføre umiddelbare

rettigheder for borgerne, men kun på betingelse af, at bestemmelsen ifølge sin karakter er egnet til at skabe retsvirkninger mellem medlemsstaterne og borgerne. Dette er tilfældet, såfremt bestemmelsen indeholder en klar og ubetinget forpligtelse for medlemsstaten, som hverken med hensyn til sin gennemførelse eller med hensyn til sine virkninger forudsætter en indgriben fra Fællesskabernes institutioner, og som ikke overlader noget skøn til medlemsstaten med hensyn til gennemførelsen.

Domstolen har endelig i enkelte afgørelser fastslået, at *bestemmelser* i særlige tilfælde kan være umiddelbart anvendelige. I de trufne afgørelser synes Domstolen at anlægge samme retningslinjer, som den har benyttet ved afgørelse af, om traktatbestemmelser, der pålægger medlemsstaterne forpligtelser, er umiddelbart anvendelige. Direktiver og beslutninger rettet til medlemsstaterne vil derfor i det højeste kunne give borgerne umiddelbare rettigheder. De kan aldrig medføre umiddelbare pligter for borgerne.

...«

I forbindelse med Maastricht-Traktaten blev tiltrædelsesloven ændret ved lov nr. 281 af 28. april 1993. I bemærkningerne til lovforslaget hedder det bl.a. (Folketingstidende 1992-93, tillæg A, L 176, sp. 6697 f. smh. sp. 6467):

842

»Som fremhævet i bemærkningerne til det samtidigt hermed fremsatte lovforslag om Danmarks tiltrædelse af Edinburgh-Afgørelsen og Maastricht-Traktaten indebærer tiltrædelsen af Maastricht-Traktaten, at visse beføjelser, der tilkommer danske myndigheder, overlades til EF's institutioner.

...

Bestemmelsen i § 2 i tiltrædelsesloven af 1972 fastsætter, at beføjelser overlades til De Europæiske Fællesskabers institutioner i det omfang, det følger af de i § 4 nævnte traktater m.v., og bestemmelsen i § 3, stk. 1, i tiltrædelsesloven af 1972 fastsætter, at bestemmelser i de i § 4 nævnte traktater sættes i kraft i Danmark, i det omfang de efter fællesskabsretten er umiddelbart anvendelige i Danmark. Det er Maastricht-Traktatens søjle 1 (artikel G), der indeholder bestemmelser af denne karakter.

Således som bestemmelsen er udformet, er der to områder, hvor der ikke overlades beføjelser i medfør af grundlovens § 20. Det drejer sig for det første om Den Økonomiske og Monetære Unions tredje fase. Det drejer sig for det andet om eventuel overførsel af samarbejdsområder fra det mellemstatslige samarbejde i Maastricht-Traktatens søjle 3 (art. K.9., jfr. art. K.1. nr. 1-6) til EF-samarbejdet i søjle 1.

...«

I lov nr. 355 af 9. juni 1993 om Danmarks tiltrædelse af Edinburgh-Afgørelsen og Maastricht-Traktaten hedder det i bemærkningerne til lovforslaget bl.a. (Folketingstidende 1992-93, tillæg A, L 177, sp. 6718 f.):

»Princippet om respekt for grundrettighederne

»Grundrettigheder« er en fællesbetegnelse for de grundlæggende rettigheder for borgere i medlemslandene, der fremgår af staternes forfatninger og af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention samt tilsvarende traktater.

EF-Domstolen har i sin praksis fastslået, at grundrettighederne er en del af fællesskabsretten. Når EF-Domstolen skal vurdere, om en konkret EF-retsakt strider mod fællesskabsretten, overvejer den derfor, om retsaktens krænker rettigheder, der er fastlagt i f.eks. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention eller i medlemslandenes forfatninger. Er det tilfældet, vil Domstolen tilsidesætte retsaktens.

Dette domstolsskabte princip indgår nu i Maastricht-Traktaten. Det sker med formuleringen, at »Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den

europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og således som de følger af Medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.

...««

Danmark har i overensstemmelse med § 1 i lov nr. 321 af 30. april 2008 om ændring af lov om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber og Den Europæiske Union tiltrådt Lissabon-traktaten om ændring af Traktaten om Den Europæiske Union og Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og visse tilknyttede akter med tilhørende protokoller og erklæringer. I det pågældende lovforslag indgik Udenrigsministeriets redegørelse til Folketinget om Lissabon-traktaten som bilag, og det fremgår af redegørelsen bl.a. (Folketingstidende 2007-08, 2. samling, tillæg A, L 53, s. 2177):

»Chartret og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

EU's charter om grundlæggende rettigheder blev vedtaget af EU's institutioner i 2000. Chartret har indtil nu været politisk, men ikke juridisk bindende. Lissabon-traktaten medtager ikke chartret i traktatteksten, men gør det juridisk bindende ved at indsætte en traktatbestemmelse, der henviser til det. Det understreges samtidig i traktaten, at charteret ikke udvider EU's beføjelser. Chartret genproklameres i en opdateret udgave i december 2007.

...«

Under lovforslagets behandling i Folketingets Europaudvalg, besvarede udenrigsministeren bl.a. følgende spørgsmål fra udvalget:

»Spørgsmål 290:

»Indeholder Charteret om Grundlæggende Rettigheder jf. artikel 6 i TEU, også retlige forpligtelser for borgerne?«

Svar:

Nej, charteret retter sig til henholdsvis EU's institutioner, organer, kontorer og agenturer samt til medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten, jf. charterets artikel 51, stk. 1.«

I Justitsministeriets redegørelse af 4. december 2007 for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten hedder det i afsnit 4.4.3 om Unionens tiltrædelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention bl.a. (s. 97 f.):

»a) Det nuværende traktatgrundlag

Det følger af EF-Domstolens retspraksis, at de såkaldte »grundrettigheder« - herunder rettigheder efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - hører til de almindelige retsgrundsætninger, som EF-Domstolen beskytter. I dom af 18. juni 1991 (sag C-260/89, ERT, Sml. s. I-2925, præmis 41) fastslog EF-Domstolen således bl.a. følgende:

»... Det følger heraf ... at foranstaltninger, som er uforenelige med overholdelsen af de ved konventionen anerkendte og sikrede menneskerettigheder, ikke er tilladte i Fællesskabet.«

Med Maastricht-traktaten blev der indsat en udtrykkelig bestemmelse i EU-Traktatens artikel 6, stk. 2, om

843

Unionens overholdelse af grundlæggende rettigheder. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»Artikel 6

...

2. Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.«

b) Lissabon-Traktaten

Med Lissabon-Traktaten fastsættes det i EU-Traktatens artikel 6, stk. 3, at de grundlæggende rettigheder, som de er garanteret ved Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, udgør generelle principper i EU-retten. Bestemmelsen svarer til indholdet af den gældende bestemmelse i EU-Traktatens artikel 6, stk. 2, således som sidstnævnte bestemmelse fortolkes af EF-Domstolen. ...«

Lissabon-traktaten trådte i kraft den 1. december 2009, og det fremgår af ikrafttrædelsesbestemmelsen i lov nr. 321 af 30. april 2008 om Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten, at § 2, der angår tiltrædelsesloven, først træder i kraft samtidig med Lissabon-traktaten.

Foranlediget af EF-Domstolens dom af 25. juli 2008 i sag C-127/08 (Metock-sagen) anmodede regeringen Justitsministeriet om at udarbejde en juridisk redegørelse, som skulle beskrive forholdet mellem EF-Domstolens kompetence og grundloven. Justitsministeriet udarbejdede redegørelsen i samarbejde med Statsministeriet og Udenrigsministeriet, og i redegørelse af 11. maj 2009 for forholdet mellem EF-Domstolens kompetence og grundloven hedder det bl.a. (s. 29 ff.):

»...

4.2.2 Er EF-Domstolens retsskabende virksomhed inden for traktatens rammer eller Domstolens fortolkningsstil et grundlovsproblem?

EF-Domstolen er som nævnt i bl.a. pkt. 4.2.1 kompetent til at afgøre tvivlsspørgsmål om udstrækningen af EU's kompetence, og EF-Domstolen har på dette grundlag afsagt en række domme af væsentlig betydning for retsudviklingen inden for EU, jf. pkt. 4.1.6.

Denne retsskabende virksomhed inden for traktatens rammer skal bl.a. ses i sammenhæng med, at EF-Domstolen ved sin fortolkning også lægger vægt på andre fortolkningsmomenter end de relevante bestemmelsers ordlyd, herunder på traktatens eller retsaktens formål.

Disse kendetegn ved EF-Domstolens virksomhed gjaldt allerede, da Danmark blev medlem af EF den 1. januar 1973, og de indgik i debatten forud for beslutningen (og folkeafstemningen) om Danmarks tilslutning til EF, jf. ovenfor under pkt. 4.2.1. Der var således i debatten bl.a. opmærksomhed om Domstolens udvikling af princippet om fællesskabsrettens forrang i forhold til national ret, jf. bl.a. Domstolens sag 6/64, Costa mod ENEL, som er omtalt ovenfor under pkt. 4.1.6.

Der kan også henvises til, at Højesteret i forbindelse med Maastricht-sagen tog stilling til EF-Domstolens retsskabende virksomhed og fortolkningsstil.

Under behandlingen for Højesteret gjorde appellanterne således bl.a. gældende, at grundlovens § 20 kun giver hjemmel til afgivelse af suverænitet »i nærmere bestemt omfang«, og at denne betingelse, bl.a. under henvisning til EF-Domstolens retsskabende virksomhed, ikke var opfyldt. På regeringens vegne bestred Kammeradvokaten heroverfor, at EF-Domstolens fortolkningsstil skulle indebære, at de overladte kompetencer er for ubestemte til at blive overladt efter grundlovens § 20.

Højesteret fastslog, at hverken EF-Domstolens retsskabende virksomhed inden for traktatens rammer eller det forhold, at Domstolen ved fortolkning af EF-Traktaten også lægger vægt på andre fortolkningsmomenter end bestemmelsernes ordlyd, herunder traktatens formål, er i strid med de forudsætninger, som er lagt til grund ved tiltrædelsesloven, eller i sig selv uforeneligt med bestemmelseskravet i grundlovens § 20.

Der kan efter Justitsministeriets opfattelse ikke peges på forhold - herunder domme fra EF-Domstolen - som ligger tidsmæssigt efter

dommen i Maastricht-sagen, der skulle føre til en anden vurdering af forholdet til grundloven, end den Højesteret anlagde.

Det er på den baggrund Justitsministeriets opfattelse, at hverken EF-Domstolens retsskabende virksomhed inden for traktatens rammer eller Domstolens fortolkningsstil er et grundlovsproblem.

Det skal dog samtidig nævnes, at det forhold, at bl.a. EF-Domstolens fortolkningsstil ikke er et grundlovsproblem, ikke betyder, at de resultater, som Domstolen i konkrete sager når frem til, ikke af og til kan give anledning til debat. Dette har f.eks. været tilfældet i forhold til dommen i den såkaldte Metock-sag. I den forbindelse bemærkes generelt, at det forhold, at Danmark ikke får medhold i en sag for EF-Domstolen om omfanget af EU's beføjelser, naturligvis ikke i sig selv fører til, at de beføjelser, EU's institutioner måtte have efter dommen, må anses for uforenelige med tiltrædelsesloven eller grundloven.

Den omstændighed, at der kan forekomme sager ved EF-Domstolen, hvor f.eks. den danske regering giver udtryk for en opfattelse, som domstolen ikke tager til følge i sin afgørelse, adskiller sig i øvrigt principielt set ikke fra sager ved danske domstole, hvor f.eks. et ministerium ikke får medhold i sin fortolkning af den lovgivning, som er relevant for en konkret sag.

...«

844

II. EU-ret

A. Beskæftigelsesdirektivet

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (beskæftigelsesdirektivet) blev udstedt med hjemmel i artikel 13 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (TEF), som havde følgende ordlyd:

»...

Artikel 13: Foranstaltninger mod forskelsbehandling pga. køn, race, etnisk oprindelse m.v. (tidligere artikel 6 A)

1. Med forbehold af denne traktats øvrige bestemmelser og inden for rammerne af de beføjelser, som traktaten tillægger Fællesskabet, kan Rådet med enstemmighed på forslag af Kommissionen og efter høring af Europa-Parlamentet træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

2. Når Rådet, uden at der er tale om nogen form for harmonisering af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, vedtager fællesskabs-tilskyndelsesforanstaltninger til støtte for medlemsstaternes aktioner med henblik på at bidrage til virkeliggørelsen af målene i stk. 1, træffer det uanset stk. 1 afgørelse efter fremgangsmåden i artikel 251.«

Bestemmelsen er nu optaget som artikel 10 og artikel 19 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF).

Beskæftigelsesdirektivet indeholder bl.a. følgende betragtninger:

(1) »I henhold til artikel 6 i traktaten om Den Europæiske Union bygger Unionen på principperne om frihed, demokrati og respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder samt retsstatsprincippet, der alle er principper, som medlemsstaterne har til fælles, og den respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.

...

(4) Alle menneskers ret til lighed for loven og beskyttelse mod forskelsbehandling er en universel rettighed, der anerkendes i verdenserklæringen om menneskerettigheder og FN's konventioner

om afskaffelse af alle former for diskrimination imod kvinder, om borgerlige og politiske rettigheder og om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, og den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, som alle medlemsstaterne har undertegnet. ILO-konvention nr. 111 forbyder forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

...«

I beskæftigelsesdirektivets artikel 1, 2 og 6 hedder det bl.a.:

»Artikel 1

Formål

Formålet med dette direktiv er, med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

Artikel 2

Begrebet forskelsbehandling

1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.

2. I henhold til stk. 1

a) foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet

b) foreligger der indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer ..., som tilhører en bestemt aldersgruppe, ... særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre

i) den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, eller

...

Artikel 6

Berettigelse af ulige behandling på grund af alder

1. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

...«

B. Maastricht-Traktatens artikel F og TEU artikel 6

Maastricht-Traktaten om Den Europæiske Union indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»AFSINIT I

Fælles bestemmelser

...

Artikel F

1. Unionen respekterer Medlemsstaternes nationale identitet og deres styreform, der bygger på demokratiske principper.

845

2. Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og således som de følger af Medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.

3. Unionen tilvejebringer de nødvendige midler for at nå sine mål og gennemføre sin politik.

AFSINIT II

Bestemmelser om ændring af Traktaten om oprettelse af det Europæiske Økonomiske Fællesskab med henblik på oprettelse af Det Europæiske fællesskab

Artikel G

Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab ændres i overensstemmelse med bestemmelserne i denne artikel med henblik på oprettelse af et europæisk fællesskab.

...«

Artikel 6 i Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) - som vedtaget ved Lissabon-traktaten - har følgende ordlyd:

»Artikel 6:

Grundlæggende rettigheder

1. Unionen anerkender de rettigheder, friheder og principper, der findes i chartret om grundlæggende rettigheder af 7. december 2000 som tilpasset den 12. december 2007 i Strasbourg, der har samme juridiske værdi som traktaterne.

Chartrets bestemmelser udvider ikke på nogen måde Unionens beføjelser som fastsat i traktaterne.

Rettighederne, frihederne og principperne i chartret skal fortolkes i overensstemmelse med de almindelige bestemmelser i chartrets afsnit VII vedrørende fortolkning og anvendelse af chartret og under behørigt hensyn til de forklaringer, der henvises til i chartret, og som anfører kilderne til disse bestemmelser.

2. Unionen tiltræder den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder. Tiltrædelse af denne konvention ændrer ikke Unionens beføjelser som fastsat i traktaterne.

3. De grundlæggende rettigheder, som de er garanteret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, udgør generelle principper i EU-retten.«

C. Charter om grundlæggende rettigheder

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (2010/C 83/02), som ved henvisning i artikel 6, stk. 1, i Lissabon-traktaten om ændring af Traktaten om Den Europæiske Union og Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab er juridisk bindende, indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»Artikel 21

Ikke-forskelsbehandling

1. Enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt.

2. ...

Artikel 51

Anvendelsesområde

1. Bestemmelserne i dette charter er rettet til Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer under iagttagelse af nærhedsprincippet samt til medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører EU-retten. De respekterer derfor rettighederne, overholder principperne og fremmer anvendelsen heraf i overensstemmelse med deres respektive kompetencer og under overholdelse af grænserne for de kompetencer, der er tildelt Unionen i traktaterne.

2. Dette charter udvider ikke anvendelsesområdet for EU-retten ud over Unionens kompetencer og skaber ingen nye kompetencer eller nye opgaver for Unionen og ændrer ikke de kompetencer og opgaver, der er fastlagt i traktaterne.«

D. EU-Domstolens praksis

I dom af 22. november 2005 i sag C-144/04, Mangold, udtalte EU-Domstolen (Store Afdeling) bl.a.:

»74 For det andet, og frem for alt, indeholder direktiv 2000/78 ikke i sig selv noget princip om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. I henhold til direktivets artikel 1 har dette nemlig alene til formål »at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering«, mens selve princippet om forbud mod disse former for forskelsbehandling, som det fremgår af betragtning 1 og 4 til direktivet, har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner.

75 Princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip. ...

77 Under disse omstændigheder påhviler det den nationale ret, som skal træffe afgørelse i en tvist vedrørende princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, inden for rammerne af sine beføjelser at sikre den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af fællesskabsretten, og at sikre dennes fulde virkning, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov ...

78. ...

Det påhviler den nationale ret at sikre den fulde virkning af det almindelige princip om forbud mod

846

forskelsbehandling på grund af alder, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, også selv om fristen for direktivets gennemførelse endnu ikke er udløbet.

...«

I dom af 19. januar 2010 i sag C-555/07, Küçükdeveci, gentog EU-Domstolen (Store Afdeling), at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt EU-retligt princip. Det anføres i dommen bl.a.:

»Om de præjudicielle spørgsmål

19 Som den forelæggende ret har opfordret til, bør det for at besvare dette spørgsmål indledningsvis afklares, om spørgsmålet skal bedømmes på grundlag af den primære EU-ret eller på grundlag af direktiv 2000/78.

20 Herved bemærkes for det første, at Rådet for Den Europæiske Union har vedtaget direktiv 2000/78 med hjemmel i artikel 13 EF, og Domstolen har fastslået, at det ikke i sig selv indeholder noget princip om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, da dette princip har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, men alene har til formål på disse områder at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskellige former for forskelsbehandling, herunder på grund af alder (jf. Mangold-dommen, præmis 74).

21 Domstolen har i denne sammenhæng anerkendt, at der gælder et princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, der skal anses for et almindeligt EU-retligt princip (jf. i denne retning Mangold-dommen, præmis 75). Direktiv 2000/78 konkretiserer dette princip (jf. analogt dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455, præmis 54).

22 Det skal ligeledes påpeges, at det fremgår af artikel 6, stk. 1, TEU, at Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder har samme juridiske værdi som traktaterne. Ifølge chartrets artikel 21, stk. 1, er »[e]nhver forskelsbehandling på grund af [...] alder [...] forbudt«.

23 For at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal kunne finde anvendelse i et tilfælde som det i hovedsagen foreliggende, er det yderligere en forudsætning, at det ligger inden for EU-retten anvendelsesområde.

24 Herved bemærkes, at til forskel fra den sag, der gav anledning til dom af 23. september 2008, Bartsch (sag C-427/06, Sml. I, s. 7245), har den angiveligt diskriminerende adfærd, der i denne hovedsag er vedtaget med støtte i de omtvistede nationale bestemmelser, fundet sted efter udløbet af den berørte medlemsstats frist for at gennemføre direktiv 2000/78, hvilken frist for Forbundsrepublikken Tysklands vedkommende udløb den 2. december 2006.

25 På denne dato fik direktivet den virkning, at de i hovedsagen omtvistede bestemmelser, der omfatter et område, der er reguleret af samme direktiv, nemlig i det foreliggende tilfælde vilkårene for afskedigelse, blev henført under EU-retten anvendelsesområde.

49 Ifølge den forelæggende ret kan BGB's § 622, stk. 2, andet afsnit, ikke fortolkes i overensstemmelse med direktiv 2000/78 som følge af bestemmelsens klarhed og præcision.

50 I denne forbindelse bemærkes dels, som anført i denne doms præmis 20, at direktiv 2000/78 blot konkretiserer og ikke selv indeholder princippet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, dels at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder er et almindeligt EU-retligt princip, idet det udgør en specifik anvendelse af det almindelige ligebehandlingsprincip (jf. i denne retning Mangold-dommen, præmis 74-76).

51 Under disse omstændigheder påhviler det den nationale ret, som skal træffe afgørelse i en tvist vedrørende princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som konkretiseret ved direktiv 2000/78, inden for rammerne af sin kompetence at sikre den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af EU-retten, og at sikre dennes fulde virkning, idet den om fornødent skal undlade at anvende enhver national bestemmelse, der er i strid med dette princip (jf. i denne retning Mangold-dommen, præmis 77).

52 Hvad for det andet angår forpligtelsen for en national ret, der skal afgøre en tvist mellem private, til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af EU-retten, før den undlader at anvende en national bestemmelse, som den anser for at være i strid med fællesskabsretten, skal det påpeges, at det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at dette aspekt af spørgsmålet er motiveret af den omstændighed, at den forelæggende ret i medfør af national ret ikke kan undlade at anvende en gældende bestemmelse i national ret, uden at denne bestemmelse forinden er blevet erklæret forfatningsstridig af Bundesverfassungsgericht (den tyske forfatningsdomstol).

53 I denne forbindelse skal det fremhæves, at nødvendigheden af at sikre den fulde virkning af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som konkretiseret ved direktiv 2000/78, indebærer, at en national ret, der konfronteres med en national bestemmelse, der falder ind under EU-retten anvendelsesområde, som den finder uforenelig med dette princip, og som ikke kan fortolkes i overensstemmelse hermed, skal undlade at anvende den, uden at den hverken er forpligtet til eller forhindret i forinden at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse.

847

56 Henset til det ovenstående skal det andet spørgsmål besvares med, at det påhviler en national ret, der skal afgøre en tvist mellem private, at sikre sig, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som konkretiseret ved direktiv 2000/78, overholdes, idet den om fornødent skal undlade at anvende enhver modstridende national bestemmelse, uanset om den udøver den beføjelse, som den har i de tilfælde, der er omhandlet i artikel 267, stk. 2, TEUF, til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af dette princip.

...«

I generaladvokat Y. Bots forslag af 7. juli 2009 til afgørelse i Küçükdeveci-sagen hedder det bl.a.:

»77 Hvad indledningsvis angår selve spørgsmålet om, hvorvidt princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder udgør et almindeligt princip i fællesskabsretten, er jeg således tilbøjelig til at mene, at den vægt, Domstolen lagde på princippet, hænger sammen med den udvikling i fællesskabsretten, som består i, dels at alder er blevet indføjet som en forbudt begrundelse for forskelsbehandling i artikel 13, stk. 1, EF, dels at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder er blevet fastslået som en grundlæggende rettighed, således som det fremgår af artikel 21, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (33). Ganske vist havde Domstolens ræsonnement givet været mere overbevisende, hvis det ikke kun havde bygget på internationale konventioner og medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, hvori der for størstedelens vedkommende ikke fastsættes et særligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, men også på de nævnte bestemmelser. Jeg finder det imidlertid væsentligt, at Domstolens fastslåelse af, at fællesskabsretten indeholder et sådant almindeligt princip, er i overensstemmelse med medlemsstaternes og fællesskabsinstitutionernes udtalte ønske om effektivt at bekæmpe forskelsbehandling på grund af alder. På den baggrund er det ikke overraskende, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder som et specifikt udtryk for det almindelige princip om lighed og forbud mod forskelsbehandling og som en grundlæggende rettighed har den høje status at være et almindeligt princip i fællesskabsretten.

...«

I EU-Domstolens (Store Afdeling) dom af 12. oktober 2010 i sag C-499/08, Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen mod Region Syddanmark, udtales det bl.a.:

»*Nationale bestemmelser*

8 Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (funktionærloven) indeholder i § 2a følgende bestemmelser vedrørende den særlige fratrædelsesgodtgørelse:

»Såfremt en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år, opsiges, skal arbejdsgiveren ved funktionærens fratræden udrede et beløb svarende til henholdsvis 1, 2 eller 3 måneders løn.

Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære folkepension.

Stk. 3. Hvis funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren, og hvis funktionæren er indtrådt i den pågældende pensionsordning før det fyldte 50. år, bortfalder fratrædelsesgodtgørelsen.

[...]«

9 Den forelæggende ret har oplyst, at det fremgår af fast national retspraksis, at retten til fratrædelsesgodtgørelse afskæres, hvis en privat pensionsordning, hvortil arbejdsgiveren har bidraget, åbner mulighed for udbetaling af alderspension ved fratrædelsen, også selv om funktionæren ikke ønsker at benytte pensionsordningen. Dette gælder også, selv om pensionsudbetalingen nedsættes som følge af det fremrykkede pensioneringstidspunkt.

...

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

...

17 ... Vestre Landsret har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal forbuddet mod direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af alder i artikel 2 og 6 i Rådets direktiv 2000/78/EF fortolkes således, at det er til hinder for, at en medlemsstat

opretholder en retstilstand, der indebærer, at en arbejdsgiver ved opsigelse af en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år, ved funktionærens fratræden skal udrede godtgørelse svarende til henholdsvis 1, 2 eller 3 måneders løn, men således at denne godtgørelse ikke skal udbetales, hvis funktionæren ved fratrædelsen har mulighed for en alderspension fra en pensionsordning, hvortil arbejdsgiveren har bidraget?«

Om det præjudicielle spørgsmål

...

47 Det følger heraf, at funktionærlovens § 2a, stk. 3 - ved ikke at tillade udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse til en arbejdstager, der, selv om han har ret til udbetaling af en alderspension fra sin arbejdsgiver, ikke desto mindre har til hensigt midlertidigt at give afkald på en sådan pension med henblik på at forfølge sin erhvervsmæssige karriere - gør et for vidtgående indgreb i de legitime interesser for de arbejdstagere, der befinder sig i en sådan situation, og således går ud over det, der er nødvendigt for at opnå de socialpolitiske formål, der forfølges med denne bestemmelse.

848

48 Den ulige behandling, der følger af funktionærlovens § 2a, stk. 3, kan derfor ikke begrundes i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78.

49 Det præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 2 og artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at de er til hinder for nationale retsforordninger, hvorefter arbejdstagere - alene som følge af den omstændighed, at de har ret til en alderspension udbetalt af deres arbejdsgiver i henhold til en pensionsordning, som de er indtrådt i før det fyldte 50. år - ikke er berettiget til en fratrædelsesgodtgørelse, der er bestemt til at lette overgangen til anden beskæftigelse for arbejdstagere med en anciennitet på over tolv år i virksomheden.

...«

I sit forslag til afgørelse af Ole Andersen-sagen, fremsat den 6. maj 2010, anførte generaladvokat J. Kokott bl.a.:

»22 På grundlag af disse overvejelser har Domstolen i indtil videre to præjudicielle retssager direkte støttet sig på det grundlæggende retsprincip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder og udtalt, at det påhviler den nationale ret om fornødent at »undlade at anvende« enhver modstående bestemmelse i national ret. Der synes herved at være tale om et kunstgreb til løsning af problemer med forskelsbehandling i retsforhold mellem private, hvor direktiv 2000/78 i sig selv ikke finder direkte anvendelse og dermed ikke kan fortrænge national civil- og arbejdsret.

23 Det er fristende at foretage en indgående undersøgelse og prøvelse af det dogmatiske fundament for den omtvistede horisontale direkte virkning af almindelige retsprincipper eller grundlæggende rettigheder i forholdet mellem private, men dette ville føre for vidt her. I det foreliggende tilfælde er der nemlig tale om et vertikalt retsforhold, hvor Ole Andersen uden tvivl som arbejdstager direkte kan påberåbe sig ligebehandlingsprincippet i direktiv 2000/78 over for sin offentligtliggende arbejdsgiver. Det er derfor fuldt ud tilstrækkeligt at besvare Vestre Landsrets præjudicielle spørgsmål alene på grundlag af dette direktiv, der konkretiserer det almindelige retsprincip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Denne fremgangsmåde har Domstolen også anvendt i de seneste sager vedrørende forskelsbehandling på grund af alder, hvor der ligeledes var tale om vertikale retsforhold.«

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens baggrund og spørgsmål

A, som da var 60 år, blev den 25. maj 2009 opsagt af Ajos A/S efter godt 25 års ansættelse som funktionær i den samme privatejede virksomhed. Før han fyldte 50 år, var han indtrådt i en pensionsordning, der gav ham ret til at oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren. Den 16. juni 2009 tiltrådte han en ny stilling i en anden virksomhed, hvor han uden at aktivere sin alderspension overførte denne til det nye ansættelsesforhold.

Ajos udbetalte ikke fratrædelsesgodtgørelse, idet den dagældende § 2 a, stk. 3, i funktionærloven indeholdt en bestemmelse om, at fratrædelsesgodtgørelse bortfaldt, »hvis funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren, og hvis funktionæren er indtrådt i den pågældende pensionsordning før det fyldte 50. år«.

EU-Domstolen fandt ved dom af 12. oktober 2010 i sag C-499/08 (Ole Andersen), at »funktionærlovens § 2 a, stk. 3 - ved ikke at tillade udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse til en arbejdstager, der, selv om han har ret til udbetaling af en alderspension fra sin arbejdsgiver, ikke desto mindre har til hensigt midlertidigt at give afkald på en sådan pension med henblik på at forfølge sin erhvervsmæssige karriere - gør et for vidtgående indgreb i de legitime interesser for de arbejdstagere, der befinder sig i en sådan situation, og således går ud over det, der er nødvendigt for at opnå de socialpolitiske formål, der forfølges med denne bestemmelse« (præmis 47). På den baggrund fastslog Domstolen, at den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i det angivne omfang var i strid med beskæftigelsesdirektivet (Rådets direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv).

I marts 2012 rejste Dansk Formands Forening på vegne af A krav mod Ajos om fratrædelsesgodtgørelse. Kravet blev afvist af Ajos.

Ved dom af 17. januar 2014 (UfR 2014.1119) fastslog Højesteret i en sag, der angik offentlige arbejdsgivere, at funktionærlovens § 2 a, stk. 3, som følge af EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen ikke kan anvendes i tilfælde, hvor arbejdstageren godtgør at have til hensigt midlertidigt at give afkald på alderspension for at forfølge en erhvervsmæssig karriere.

Den foreliggende sag angår, om Ajos efter den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, er fritaget for at betale den fratrædelsesgodtgørelse, som A, nu hans bo, efter lovens § 2 a, stk. 1, som udgangspunkt har krav på. Afgørelsen heraf beror i første omgang på, om det er muligt at fortolke de dagældende regler i funktionærloven på en måde, der er i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet som fortolket af EU-Domstolen i Ole Andersen-sagen, eventuelt ved at anvende de regler i forskelsbehandlingsloven, der er fastsat til gennemførelse af beskæftigelsesdirektivet. Er dette ikke muligt, skal der tages stilling til, om et EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fører til, at Ajos ikke kan støtte ret på den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3.

849

Direktivkonform fortolkning

Boet efter A har anført, at boet har krav på godtgørelse efter den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 1, og efter forskelsbehandlingsloven, fordi undtagelsesbestemmelsen i funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, skal forstås i overensstemmelse med den fortolkning af beskæftigelsesdirektivet, som EU-Domstolen har fastslået i Ole Andersen-sagen.

Det fremgår af EU-Domstolens dom af 19. april 2016 i sag C-441/14 (Ajos), at EU-Domstolen gentagne gange har fastslået, at et direktiv i en tvist mellem private ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private og derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne parter, men at den forpligtelse for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets

mål og deres pligt til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger for at sikre opfyldelsen af denne forpligtelse, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for rammerne af deres kompetence (præmis 30). Det fremgår endvidere, at det følger heraf, at de nationale domstole ved anvendelsen af national ret er forpligtede til at tage hensyn til samtlige bestemmelser i denne ret og til at benytte sig af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne, for i videst muligt omfang at fortolke den nationale ret i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål med henblik på at opnå det resultat, der tilsigtes med direktivet, og således handle i overensstemmelse med TEUF artikel 288, stk. 3 (præmis 31). Det fremgår dernæst, at forpligtelsen til overensstemmende fortolkning begrænses af generelle retsprincipper, og at den ikke kan tjene som grundlag for en fortolkning contra legem af national ret (præmis 32).

Højesteret har efter indførelsen af funktionærlovens § 2 a i 1971 gentagne gange taget stilling til forståelsen af bestemmelsens dagældende stk. 3, jf. Højesterets domme af 4. oktober 1973 (UfR 1973.898), 7. december 1988 (UfR 1989.123 og UfR 1989.126), 14. februar 1991 (UfR 1991.314/1, UfR 1991.314/2 og UfR 1991.317), 9. maj 2008 (UfR 2008.1892) og 17. januar 2014 (UfR 2014.1119). Det er ved disse domme fastslået, at en arbejdstager ikke var berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, hvis arbejdstageren - under de betingelser, der var angivet i bestemmelsen - ved sin fratreden havde ret til en alderspension fra arbejdsgiveren, uanset om arbejdstageren valgte at gøre brug af retten til pension.

I dommen gengivet i UfR 1991.317 henviste Højesteret til, at dette resultat fulgte af bestemmelsens ordlyd sammenholdt med dens forarbejder, selv om der i sagen var tale om ret til en pension af beskeden størrelse.

Efter denne dom blev § 2 a, stk. 3, ændret ved lov nr. 287 af 24. april 1996, således at retten til fratrædelsesgodtgørelse kun bortfaldt, hvis arbejdstageren var indtrådt i pensionsordningen inden det fyldte 50. år. Ændringen var efter lovforslagets bemærkninger affødt af den nævnte dom fra 1991 og havde til formål at hindre, at arbejdstagere med meget små pensionsydelser mistede retten til fratrædelsesgodtgørelse (Folketingstidende 1995-96, tillæg A, L 180, s. 3537). Loven indeholdt ikke andre ændringer af betydning for den forståelse af bestemmelsen, der var fastlagt i retspraksis.

På baggrund af det anførte finder Højesteret, at der foreligger en klar retstilstand, og at det ikke vil være muligt ved anvendelse af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i dansk ret, at anlægge en fortolkning af funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 3, der kan bringe bestemmelsen i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet som fortolket ved EU-Domstolens dom i Ole Andersen-sagen.

Højesteret bemærker i tilknytning hertil, at der ikke er grundlag for at anvende forskelsbehandlingslovens § 1 med forrang for funktionærlovens § 2 a, stk. 3, og på den måde opnå en direktivkonform fortolkning. Højesteret lægger herved vægt på, at lovgivningsmagten ved gennemførelsen af beskæftigelsesdirektivets regler om aldersdiskrimination ved lov nr. 1417 af 22. december 2004 har lagt til grund, at direktivets regler ikke medførte behov for ændringer af funktionærlovens § 2 a, jf. pkt. 5.2 i bemærkningerne til lovforslaget (Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 92, s. 2701). Herved adskiller situationen sig fra den situation, der forelå til pådømmelse ved Højesterets dom af 11. august 2015 (UfR 2015.3827), om forholdet mellem 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, og forskelsbehandlingslovens § 2 a om handicappede personers adgang til beskæftigelse.

Der foreligger således en contra legem-situation, hvilket indebærer, at det ikke er muligt at fortolke den dagældende bestemmelse i

funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet.

Princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder

Otte dommere - Poul Søgaard, Thomas Rørdam, Jon Stokholm, Poul Dahl Jensen, Jens Peter Christensen, Hanne Schmidt, Lars Hjortnæs og Kurt Rasmussen - udtaler:

Det fremgår af EU-Domstolens dom af 19. april 2016 i den foreliggende sag, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder tillægger private en subjektiv ret, der som sådan kan påberåbes, og som - selv i tvister mellem private - forpligter de nationale domstole til at undlade at anvende de nationale bestemmelser, der ikke er i overensstemmelse med det nævnte princip (præmis 36). I den foreliggende sag påhviler det derfor den forelæggende ret, såfremt den finder, at det er umuligt for den at sikre en overensstemmende fortolkning af den omhandlede nationale bestemmelse, at undlade at anvende bestemmelsen

850

(præmis 37). Ifølge EU-Domstolen kan denne forpligtelse ikke drages i tvivl af de EU-retlige principper om retssikkerhed og beskyttelse af den berettigede forventning. Forpligtelsen kan heller ikke drages i tvivl af den mulighed, som en privatperson, der anser sine rettigheder for krænket på grund af anvendelsen af en national bestemmelse, som er i strid med EU-retten, har for at drage den pågældende medlemsstat til ansvar for tilsidesættelse af EU-retten (præmis 43).

I dommens præmis 22 hedder det om princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder:

»... det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som direktiv 2000/78 er et konkret udtryk for, har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, således som det fremgår af første og fjerde betragtning til direktivet (jf. domme Mangold, C-144/04, ... præmis 74, og Küçükdeveci, C-555/07, ... præmis 20 og 21). Det fremgår ligeledes af Domstolens praksis, at det nævnte princip, der nu er fastsat i artikel 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal anses for et almindeligt EU-retligt princip (jf. domme Mangold, ..., præmis 75, og Küçükdeveci, ..., præmis 21).«

Det følger af dommen, at det vil være i strid med princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder at anvende den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i det foreliggende tilfælde, hvor A valgte at fortsætte på arbejdsmarkedet, efter at han var blevet afskediget af Ajos.

DI som mandatar for Ajos har gjort gældende, at der efter dansk ret ikke er hjemmel til at anvende det nævnte princip med direkte virkning i en tvist mellem private, således at Ajos afskæres fra at støtte ret på den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3.

Vi skal om dette spørgsmål udtale følgende:

EU-Domstolen har kompetence til at afgøre spørgsmål om fortolkningen af EU-retten, jf. TEUF artikel 267. Det henhører således under EU-Domstolen at afgøre, om en regel efter EU-retten har direkte virkning med forrang for en modstående national bestemmelse, herunder også i tvister mellem private.

Om en EU-retlig regel kan tillægges den virkning i dansk ret, som EU-retten kræver, beror i første række på loven om Danmarks tiltrædelse af Den Europæiske Union.

Efter lovens § 2 kan beføjelser, som efter grundloven tilkommer rigets myndigheder, udøves af Den Europæiske Unions institutioner i det omfang, det er fastsat i de traktater mv., som er nævnt i § 4. Efter § 3 sættes bestemmelserne i de traktater mv., som er nævnt i § 4, i kraft i Danmark i det omfang, de efter EU-retten er umiddelbart anvendelige i Danmark.

Efter EU-Domstolens domme i Mangold-sagen, Küçükdeveci-sagen og i den foreliggende sag lægger vi til grund, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder er et almindeligt EU-retligt princip, der ifølge EU-Domstolen har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner. EU-Domstolen henviser ikke til bestemmelser i de traktater, der er omfattet af tiltrædelsesloven, som grundlag for princippet.

Selv om princippet er udledt af retskilder uden for EU-traktaterne, er det nærliggende at forstå de tre nævnte domme på den måde, at der er tale om et uskrevet princip, som gælder på traktatniveau. Princippet kan imidlertid efter de nævnte domme ikke anses for at have grundlag i en nærmere bestemt traktatbestemmelse.

En sådan situation, hvor et princip på traktatniveau efter EU-retten skal have direkte (pligtskabende) virkning og tillægges forrang for modstående dansk lov i en tvist mellem private, uden at princippet har grundlag i nogen bestemt traktatbestemmelse, er ikke forudsat i tiltrædelsesloven.

Lovgivningsmagten var allerede ved tilblivelsen af tiltrædelsesloven i 1972 bekendt med, at bestemmelser i selve traktaterne kan være umiddelbart anvendelige, jf. herved Justitsministeriets redegørelse af juli 1972 for visse statsretlige spørgsmål i forbindelse med en dansk tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber, side 107 f. Sådanne bestemmelser er gjort til en del af dansk ret ved tiltrædelseslovens § 3.

Det er endvidere velkendt og også forudsat i tiltrædelsesloven, at EU-Domstolen kan udvikle og fastslå generelle principper, der har deres oprindelse i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og tilsvarende traktater og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner. Sådanne generelle principper er imidlertid efter tiltrædelsesloven ikke umiddelbart anvendelige i Danmark, og de kan således ikke påberåbes i tvister mellem private. Der kan herved henvises til den nugældende bestemmelse i artikel 6, stk. 3, i Traktaten om Den Europæiske Union (TEU), hvorefter de grundlæggende rettigheder, som er garanteret ved Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, udgør generelle principper i EU-retten. Bestemmelsen blev oprindeligt vedtaget i forbindelse med Maastricht-Traktaten (som artikel F i afsnit I om fælles bestemmelser i Traktaten om Den Europæiske Union), og det blev ved ændringen af tiltrædelsesloven i den forbindelse lagt til grund, at bestemmelsen ikke hørte til de bestemmelser, der var omfattet af tiltrædelseslovens § 2 om overladelse af beføjelser og af § 3 om traktatbestemmelser mv., der er umiddelbart anvendelige i

851

Danmark (Folketingstidende 1992-93, tillæg A, sp. 6698 smh. sp. 6467).

Det fremgår af forarbejderne til loven om Danmarks tiltrædelse af Edinburgh-Afgørelsen og Maastricht-Traktaten, at bestemmelsen var en kodifikation af EU-Domstolens praksis, hvorefter domstolen ved efterprøvelse af en konkret EU-retsakt vurderer, om retsaktens krænker rettigheder, der er fastlagt i f.eks. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention eller i medlemsstaternes forfatninger (Folketingstidende 1992-93, tillæg A, sp. 6718 f.).

Der er ikke ved de efterfølgende ændringer af tiltrædelsesloven sket nogen ændring af, at artikel 6, stk. 3, ikke hører til de bestemmelser, der er omfattet af tiltrædelseslovens § 2 og § 3. Det er således i Justitsministeriets redegørelse af 4. december 2007 for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten alene anført, at »bestemmelsen svarer til indholdet af den gældende bestemmelse i EU-Traktatens

artikel 6, stk. 2, således som sidstnævnte bestemmelse fortolkes af EF-Domstolen«, jf. redegørelsens side 98.

EU-Domstolen har i Küçükdeveci-sagen anført (præmis 22), at det fremgår af artikel 6, stk. 1, i Traktaten om Den Europæiske Union (TEU), at Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder har samme juridiske værdi som traktaterne, og at enhver forskelsbehandling på grund af alder er forbudt ifølge charterets artikel 21, stk. 1. Tilsvarende har EU-Domstolen i præmis 22 i sin afgørelse i den foreliggende sag anført, at det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder nu er fastsat i artikel 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

TEU artikel 6, stk. 1, henviser til Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, og det anføres, at charterets bestemmelser ikke på nogen måde udvider Unionens beføjelser som fastsat i traktaterne. Charteret trådte i kraft den 1. december 2009 og indeholder i artikel 21 et forbud mod forskelsbehandling bl.a. på grund af alder. Det anføres i charterets artikel 51, at charteret er rettet til Unionens institutioner og organer samt til medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører EU-retten. Charteret skaber ingen nye kompetencer eller opgaver for Fællesskabet og Unionen og ændrer ikke de kompetencer og opgaver, der er fastlagt i traktaterne.

I overensstemmelse hermed fremgår det af den redegørelse, som Udenrigsministeriet afgav til Folketinget i forbindelse med forslaget om ændring af tiltrædelsesloven som følge af Lissabon-traktaten (Folketingstidende 2007-08, 2. samling, tillæg A, L 53, s. 2177), at charteret ikke udvider EU's beføjelser, og det fremgår af udenrigsministerens svar på spørgsmål 290 fra Folketingets Europaudvalg vedrørende lovforslaget, at charteret ikke indebærer retlige forpligtelser for borgerne.

Det følger af det foran anførte, at principper, der er udviklet eller fastlagt på grundlag af TEU artikel 6, stk. 3, efter tiltrædelsesloven ikke er gjort umiddelbart anvendelige i Danmark. Tilsvarende gælder, at bestemmelserne i charteret, herunder charterets artikel 21 om ikke-forskelsbehandling, efter tiltrædelsesloven ikke er gjort umiddelbart anvendelige her i landet.

På den baggrund finder vi, at der ikke er grundlag for at fastslå, at det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som ifølge EU-Domstolen har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner - dvs. i retskilder svarende til dem, der er nævnt i TEU artikel 6, stk. 3 - ved tiltrædelsesloven er gjort umiddelbart anvendeligt i Danmark.

Det bemærkes i den forbindelse, at det efter vores opfattelse ikke kan føre til en anden bedømmelse, at dommen i Mangold-sagen, hvor EU-Domstolen første gang fastslog princippet, blev afsagt i 2005 og således forelå, da tiltrædelsesloven blev ændret i 2008. Ændringen af tiltrædelsesloven var alene en følge af Lissabon-traktaten, og dommen i Mangold-sagen er ikke omtalt i forarbejderne til ændringsloven. Allerede af denne grund kan dommen ikke føre til, at tiltrædelsesloven herefter på dette punkt skal forstås på en anden måde end før ændringen. Hertil kommer, at EU-Domstolen ved dommen i Mangold-sagen ikke havde taget stilling til, om de EU-retlige principper om retssikkerhed og beskyttelse af den berettigede forventning efter omstændighederne kan fritage for at lade princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fortrænge gældende national lovgivning i en tvist mellem private. Endelig bemærker vi, at ændringen af tiltrædelsesloven som følge af Lissabon-traktaten først trådte i kraft samtidig med Lissabon-traktaten den 1. december 2009, og også af den grund kan ændringen ikke tillægges betydning i den foreliggende sag, hvor afskedigelsen var sket et halvt år forinden.

Sammenfattende finder vi herefter, at tiltrædelsesloven ikke indeholder hjemmel til i en tvist mellem private at lade det uskrevne princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder fortrænge den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i det omfang bestemmelsen er i strid med forbuddet.

Hvis Højesteret i denne situation skulle undlade at anvende bestemmelsen, ville Højesteret handle uden for rammerne af sin beføjelse som dømmende magt.

Danske domstole kan som følge af det anførte ikke undlade at anvende den dagældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, og Ajos kan således støtte ret på bestemmelsen.

Vi stemmer herefter for at tage påstanden om frifindelse til følge.

852

Dommer Jytte Scharling udtaler:

Spørgsmålet er, om princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, som efter EU-retten har direkte virkning, og som beror på EU-Domstolens praksis, bygger på en anvendelse af traktaten, der ligger inden for den overladelse af beføjelser til Den Europæiske Union, der er sket ved tiltrædelsesloven.

Som anført af flertallet har EU-Domstolen kompetence til at afgøre spørgsmål om fortolkningen af EU-retten, jf. TEUF artikel 267, og det henhører således under EU-Domstolen at afgøre, om en regel efter EU-retten har direkte virkning med forrang for en modstående national bestemmelse, herunder også i sager mellem private.

EU-Domstolen fastslog ved dommen af 22. november 2005 i sag C-144/04 (Mangold), at direktiv 2000/78 ikke i sig selv indeholder noget princip om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. I henhold til direktivets artikel 1 har direktivet nemlig alene til formål »at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering«, mens selve princippet om forbud mod disse former for forskelsbehandling, som det fremgår af betragtning 1 og 4 til direktivet, har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner (præmis 74). Domstolen fastslog endvidere, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip (præmis 75). Det følger af dommen, at princippet om forbud mod forskelsbehandling har direkte virkning, også i en tvist mellem private.

Ved dommen har EU-Domstolen således som led i sin retsskabende virksomhed fastslået, at det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder gælder på traktatniveau og har umiddelbar virkning.

Højesteret har ved dom af 6. april 1998 (UfR 1998.800) om Maastricht-Traktaten og ved dom 20. februar 2013 (UfR 2013.1451) om Lissabon-traktaten bedømt de to traktater i forhold til bl.a. grundlovens § 20 om suverænitetsafgivelse i nærmere bestemt omfang. Det er i den forbindelse bl.a. lagt til grund, at det ikke i sig selv er uforeneligt med bestemthedskravet i grundlovens § 20 eller i strid med de forudsætninger, som er lagt til grund ved tiltrædelsesloven, at EU-Domstolen ved fortolkning af traktaten også lægger vægt på andre fortolkningsmomenter end en bestemmelses ordlyd, herunder traktatens formål. Det samme gælder domstolens retsskabende virksomhed.

Det hedder om EU-Domstolens kompetence i dommen om Maastricht-Traktaten punkt 9.6 (som gentaget i dommen om Lissabon-traktaten) og punkt 9.7:

»9.6. Appellanterne har anført, at EF-Domstolens kompetence efter Traktaten sammenholdt med princippet om fællesskabsrettens forrang indebærer, at danske domstole er afskåret fra at håndhæve grænserne for den suverænitetsafgivelse, som har fundet sted ved tiltrædelsesloven, og at dette må tages i betragtning ved vurderingen af, om bestemthedskravet i grundlovens § 20, stk. 1, er overholdt.

Ved tiltrædelsesloven er det anerkendt, at kompetencen til at prøve lovligheden og gyldigheden af EF-retsakter tilkommer EF-domstolen. Dette indebærer, at danske domstole ikke kan anse en EF-retsakt for uanvendelig i Danmark, uden at spørgsmålet om dens forenelighed med Traktaten har været prøvet af EF-domstolen, og at danske domstole i almindelighed kan lægge til grund, at EF-domstolens afgørelser herom ligger inden for suverænitetsafgivelsens grænser. Højesteret finder imidlertid, at det følger af bestemthedskravet i grundlovens § 20, stk. 1, sammenholdt med danske domstoles adgang til at prøve loves grundlovsmæssighed, at domstolene ikke kan fratages adgangen til at prøve spørgsmålet om, hvorvidt en EF-retsakt overskrider grænserne for den ved tiltrædelsesloven foretagne suverænitetsafgivelse. Danske domstole må derfor anse en EF-retsakt for uanvendelig i Danmark, hvis der skulle opstå den ekstraordinære situation, at det med den fornødne sikkerhed kan fastslås, at en EF-retsakt, der er opretholdt af EF-domstolen, bygger på en anvendelse af Traktaten, der ligger uden for suverænitetsafgivelsen ifølge tiltrædelsesloven. Tilsvarende gælder med hensyn til fællesskabsretlige regler og retsprincipper, som beror på EF-domstolens praksis.

9.7. På den anførte baggrund finder Højesteret, at hverken den supplerende kompetence, som i medfør af EF-traktatens art. 235 er indrømmet Rådet, eller EF-domstolens retsskabende virksomhed kan anses for uforenelig med bestemthedskravet i grundlovens § 20, stk. 1.«

EU-Domstolens retsskabende virksomhed inden for traktatens rammer og dens fortolkningsstil var kendt, da Danmark blev medlem af EF den 1. januar 1973. Disse kendetegn ved EF-Domstolens virksomhed indgik i debatten forud for beslutningen (og folkeafstemningen) om Danmarks tilslutning til EF. Der var således i debatten bl.a. opmærksomhed om domstolens udvikling af princippet om fællesskabsrettens forrang i forhold til national ret, jf. bl.a. Domstolens sag 6/64, Costa mod ENEL. Da Domstolen udviklede og fastslog dette princip, var fællesskabsrettens forrang ikke nævnt i traktaten.

Domstolen har også i tiden op til de seneste ændringer af tiltrædelsesloven videreudviklet denne fortolkningsstil og har f.eks. fastslået, at også traktatbestemmelser kan have direkte virkning over for private som pligtsubjekter, jf. herved sag 43/75 Defrenne, dom af 8. april 1976, hvor Domstolen tillagde den dagældende

853

artikel 119 om medlemsstaternes pligt til at gennemføre og opretholde princippet om ligeløn til mænd og kvinder for samme arbejde direkte virkning.

På den anførte baggrund finder jeg, at der ikke foreligger en sådan ekstraordinær situation, at det med den fornødne sikkerhed kan fastslås, at anvendelsen af et almindeligt EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder inden for beskæftigelsesområdet ligger uden for rammerne af den kompetence, der ved tiltrædelsesloven er overladt til EU-Domstolen.

Det følger af tiltrædelseslovens § 3, at bestemmelserne i de i § 4 nævnte traktater mv. sættes i kraft i Danmark i det omfang, de efter EU-retten er umiddelbart anvendelige i Danmark. Efter det foran anførte finder jeg, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder må anses for at følge af de traktater mv., der er nævnt i tiltrædelseslovens § 4, sådan som disse traktater er fortolket af EU-Domstolen.

Princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder er fastslået i Mangold-dommen fra 2005 og har ikke sin oprindelse i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, der trådte i kraft den 1. december 2009. Princippet har endvidere ikke grundlag i en bestemt traktatbestemmelse og var ikke kendt,

da tiltrædelsesloven blev ændret i forbindelse med Maastricht-Traktaten. Der er herefter efter min opfattelse ikke det fornødne sikre grundlag for at fastslå, at det anførte i forarbejderne til ændringerne i tiltrædelsesloven i forbindelse med Maastricht-Traktaten om artikel 6, stk. 3, i Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) også omfatter det senere fastslåede princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Jeg bemærker endvidere, at dommen i Mangold-sagen er afsagt i 2005 før vedtagelsen af den seneste ændring af tiltrædelsesloven i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten (lov nr. 321 af 30. april 2008). Det var således kendt ved denne ændring, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder efter EU-retten var umiddelbart anvendeligt, og der er ikke i forbindelse med vedtagelsen af ændringsloven taget forbehold om, at det nævnte princip ikke skulle have direkte virkning her i landet.

Jeg finder herefter, at der i tiltrædelsesloven er den fornødne hjemmel til at undlade at anvende bestemmelsen i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, i sagen, og at danske domstole ikke herved vil handle uden for rammerne af deres beføjelse som dømmende magt.

Med denne begrundelse, og idet jeg kan tiltræde, at kravet på fratrædelsesgodtgørelse først forrentes fra sagens anlæg, og at der ikke er grundlag for at pålægge Ajos at betale en godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven, stemmer jeg for at stadfæste Sø- og Handelsrettens dom.

Konklusion og sagsomkostninger

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, således at Ajos frifindes.

Under hensyn til sagens karakter og videregående betydning finder Højesteret, at ingen af parterne skal betale sagsomkostninger for Sø- og Handelsretten eller Højesteret til den anden part eller til statskassen.

Thi kendes for ret

Ajos A/S frifindes.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger for Sø- og Handelsretten eller Højesteret til den anden part eller til statskassen.

U.2019.2019

U.2019.2019

Anmodning om editionspålæg vedrørende udlevering af persondata til tredjemand under isoleret bevisoptagelse, der blev tilladt, ikke taget til følge.

Almindelige emner 1.2 - EU-ret 2 - Immaterialret 1.4 - Menneskerettigheder 1.4 - Retspleje 14.5 og 148.2.

Selskabet C anmodede om isoleret bevisoptagelse i medfør af retsplejelovens § 343, og at det i den forbindelse, jf. samme lovs § 299, blev pålagt teleselskaberne A og B at udlevere navne og adresser på selskabernes abonnenter, der på et givent tidspunkt var tildelt de i alt 4.011 ip-adresser, som C havde oplyst var blevet anvendt ved krænkelse af C's rettigheder i forbindelse med deling af ophavsretligt beskyttede filer på internettet. Landsretten anførte, at det var ubestridt, at A og B var i besiddelse af oplysningerne om, hvilke abonnenter der var tildelt de i alt 4.011 anførte ip-adresser på de anførte tidspunkter. Efter forklaringerne i sagen lagdes det til grund bl.a., at A og B ikke havde brug for data om logning af ip-adresser med henblik på at foretage afregning over for deres abonnenter, og at A og B alene havde gemt de krævede data om logning af ip-adresser med henblik på at opfylde logningsbekendtgørelsen. Landsretten fandt det efter de foreliggende oplysninger tilstrækkeligt sandsynliggjort, at der kunne have fundet ophavsretskrænkelser sted, som ville kunne retsforfølges af rettighedshaverne, herunder efter ophavsretslovens § 81. Henset til oplysninger om, at der for tiden verserede en række civile sager, hvor stævning var udtaget efter opfyldelse af tidligere editionspålæg, var det i fornødent omfang godtgjort, at beviset ønskedes optaget af C til brug for eventuelt senere anlæg af en retssag. Da udlevering af ip-adresserne var nødvendige for at bidrage til afklaring af, hvem der senere kunne anlægges sag mod, måtte optagelsen af et sådant bevis, uanset det ikke skete til brug for en verserende retssag, desuden anses for hensigtsmæssig. Selv om det måtte antages, at rettighedshaverne ikke uden udlevering af oplysningerne kunne forfølge et eventuelt krav direkte over for de abonnenter, hvis internetforbindelse havde været anvendt til ophavsretskrænkelserne, fandt landsretten efter en samlet afvejning, at C's interesse i at få udleveret oplysningerne over for hensynet til de enkelte abonnenters krav på hemmeligholdelse ikke kunne begrunde en udlevering af de under sagen omhandlede oplysninger i medfør af retsplejelovens § 343, jf. § 299. Byrettens kendelse ændredes, således at C's begæring om tredjemandsedition under den isolerede bevisoptagelse ikke blev taget til følge.

Ø.L.K. 7. maj 2018 i kære 20. afd. B-2451-17 og B-2458-17

(Ib Hounsgaard Trabjerg, Henrik Bitsch og Kristine Kjellerup Hansen (kst.)).

Telenor A/S (adv. Michael Hopp, Kbh.)

mod

Copyright Management Services Ltd. (adv. Jeppe Brogaard Clausen, Kbh.)

og

Telia Danmark Filial af Telia Nätttjänster Norden A/B, Sverige (adv. Anette Moll Berg, Kbh.)

mod

Copyright Management Services Ltd. (adv. Jeppe Brogaard Clausen, Kbh.)

Retten på Frederiksbergs kendelse 24. oktober 2017, BS A-678/2017 og BS A-711/2017

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt rekvisiti i medfør af retsplejelovens § 343, jf. § 299, skal pålægges at udlevere navne og adresser på kunder, som er tildelt nærmere optegnede ip-adresser, der har været anvendt ved krænkelse af rekvirentens rettigheder i forbindelse med deling af ophavsretligt beskyttede filer på internettet.

Rekvirenten har nedlagt følgende påstande:

1. TeliaSonera Danmark A/S pålægges at udlevere til Copyright Collection Ltd. navne og adresser på TeliaSonera Danmark A/S' abonnenter, der har fået tildelt ip-adresserne på de pågældende tidspunkter opregnet i bilag 1-1.3 til editionsbegæringen af 21. april 2017 samt tillægsbilag 1.4-1.17 fremsendt til retten 26. april 2017.

2. Telenor A/S pålægges at udlevere til Copyright Collection Ltd. navne og adresser på Telenor A/S' abonnenter, der har fået tildelt ip-adresserne på de pågældende tidspunkter opregnet i bilag 1-1.17 til editionsbegæringen af 26. april 2017.

Rekviriti har samstemmende nedlagt påstand om, at editionsbegæringen fra Copyright Collection Ltd. nægtes fremme.

Forklaringer

Der er under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af Asbjørn Skov Jensen, Klaus Hansen, Andreas Kjærhauge, Jakob Willer og Maria Fredenslund.

Asbjørn Skov Jensen har forklaret blandt andet, at han siden 2014 har arbejdet som advokat hos Telenor.

De har registreringer, der kan koble navn og adresse til en IP-adresse. De bruger oplysningerne til at rette fejl, når eksempelvis en kunde ringer og siger, at

2020

internettet ikke dur. De bruger ikke oplysningerne i forbindelse med afregninger. Oplysningerne bliver gemt i 30 dage i ét system. De gemmes i det system til brug for en eventuel klagebehandling. Efter 30 dage flyttes oplysningerne over i et separat system - logningssystemet - og gemmes i dette system i yderligere 11 måneder i henhold til logningsbekendtgørelsen. De data, som begæres udleveret, ligger i logningssystemet. Telenor ville ikke have oplysningerne, hvis ikke de var forpligtet til at gemme dem i henhold til logningsbekendtgørelsen. De bruger ikke oplysningerne til kommercielle formål.

Telenor har ikke adgang til oplysningerne, når de er i logningssystemet. De skaffer sig kun adgang til oplysningerne, når der foreligger en retskendelse.

Forevist fra Telenors abonnementsvilkår, ekstrakten side 302, forklarede vidnet, at når det er anført, at »Du hæfter for alle ydelser, som Telenor leverer til dig i henhold til din abonnementsaftale. Dette gælder også, hvis du overlader din mobiltelefon til andre«, betyder det, at abonnenten skal betale for det, der bliver brugt. Forevist fra ekstrakten side 319 om, at abonnenten ikke uden skriftlig tilladelse fra Telenor må lade IP-adressen overtage af andre eller på anden måde lade andre disponere over internetadgangen, og at abonnementet ikke må anvendes til formidling af trafik for andre end abonnenten, forklarede vidnet, at passussen ikke er til hinder for, at børn og venner bruger internettet. En abonnent må godt give koden til sit wi-fi til gæster, men hvis man overlader det til andre mod betaling, vil det være i strid med vilkårene. Forevist fra ekstrakten side 327, forklarede vidnet, at en umyndig ikke kan være abonnent, men den umyndige må godt bruge Telenors ydelser. Forevist fra ekstrakten side 348 vedrørende »Opsigelse« og »Misligholdelse« forklarede vidnet, at det ikke er væsentlig

misligholdelse at downloade ulovligt. Når det er anført, at det er væsentlig misligholdelse, når abonnementet anvendes til formidling af trafik for andre end abonnenten eller hans husstand, betyder det, at det er væsentlig misligholdelse, hvis eksempelvis 200 husstande deler en internetforbindelse.

Når det i en artikel fra Berlingske.dk er anført, at Telenor i 2015 fik 6.187 henvendelser om at få udleveret IP-adresser, er det ikke antallet af henvendelser. Han ved ikke, hvor mange henvendelser der var tale om. Det tager tid at finde oplysningerne frem. De gør det manuelt. Der ligger et vist pres på dem om at gøre det hurtigt. Retten fastsætter ikke en frist i kendelsen.

De vilkår for abonnementet, som fremgår af ekstrakten side 319, er fra 2014. De er ændret siden.

Frederiksberg Rets kendelse af 11. maj 2016 blev ikke kæret af økonomiske årsager. Det er den eksplosive udvikling i begæringerne, der har ført til denne sag.

Klaus Hansen har forklaret blandt andet, at han er direktør i Producentforeningen. Det har han været i 23 år. Foreningen er en branchearbejdsgiverorganisation for virksomheder, der producerer film, TV og computerspil. Foreningen arbejder for medlemmernes interesser. Medlemmerne har et direkte økonomisk tab på grund af ulovlig fildeling. Foreningen er medlem af RettighedsAlliancen. Han er medlem af bestyrelsen i RettighedsAlliancen. Producenterne har behov for et direkte retshåndhævelsesinstrument.

Der er vel en håndfuld medlemmer, som benytter sig af muligheden af at få oplysning om abonnenterne gennem edition.

I marts 2017 blev de første breve sendt ud. Det er formentlig en stor del af modtagerne, der reagerer. Ronnie Fridthjof forsøgte at foretage nogle anmeldelser af krænkelse, men det førte ikke til noget. Han mener, at det er vigtigt, at producenterne har mulighed for at henvende sig direkte til dem, der har fildelt ulovligt. Ulovlig fildeling skal have en konsekvens. Der har været møder om problemet med SØIK. Det var RettighedsAlliancen, der deltog i dem.

Producentforeningen bakker op om rettighedshaverne. I Tyskland skal brugeren bevise, at han har spærret sit wi-fi.

Han ville gerne have at SØIK gik ud og bankede på hos dem, der foretog ulovlig fildeling. Det er ikke lykkedes at få dem til det.

Anders Kjørhaug har forklaret blandt andet, at han er direktør i en række Zentropaselskaber. Han har været tilknyttet Zentropa siden 1999 og har det sidste år været administrerende direktør.

Det er tre zentropatitler, der er omfattet af nærværende sag. Ulovlig fildeling har en ekstrem negativ betydning. Digitalisering giver dem udfordringer, også den lovlige del. Der bliver ikke investeret det samme i film som før. De afleverer dele af indtægterne til kunstnerne i form af royalties.

Det er en provokation at sige, at ulovlig fildeling er bagatelagtigt. Det svarer til at sige, at det er bagatelagtigt at stjæle et tyggegummi. Det er mængden, der gør, at det ikke er bagatelagtigt. Den enkelte krænker er ikke en hårdet kriminel. De kan sammenlignes med dem, der får en p-bøde.

Han så gerne politiet agere. Teleselskaberne blev anmeldt for at medvirke til den ulovlige fildeling. Det fik hverken politi eller teleselskaberne til at gøre noget.

I Tyskland blev der sendt breve ud med krav om betaling for ulovlig fildeling af »Antichrist«. Det førte til henvendelser fra tyske forældre, som benyttede lejligheden til at få talt med deres børn om den ulovlige brug. Der var 12 millioner ulovlige delinger af »Nymphomania« på et år. I Tyskland mener man, at man kunne have tjent 10 % af dette ind. Zentropa har haft indflydelse på, hvordan de breve, der sendes ud, formuleres. I Tyskland kører man det for aggressivt.

2021

Hos Zentropa er holdningen, at den ulovlige fildeling er irriterende, men ikke ruinerende.

I marts 2017 blev der sendt brev ud til dem, der havde fildelt ulovligt. 60 % af modtagerne reagerede på den ene eller anden måde. Det var ikke 60 %, der betalte.

Avisernes omtale af sagerne har ført til et fald i den ulovlige fildeling på 40 %. Det har en præventiv betydning, at det har konsekvenser.

Han ved ikke, hvor mange penge de har modtaget fra abonnenterne, men det dækker vel omkostningerne til at køre sagerne. Hertil kommer, at ulovlige downloads er faldet med 40 %. Zentropa har endnu ikke sagsøgt abonnenter, men vil gerne gøre det.

Jakob Willer har forklaret blandt andet, at han er direktør i Teleindustrien, som er en brancheforening for danske teleselskaber. Han er uddannet cand.scient.pol. Han arbejdede som embedsmand i Videnskabsministeriet indtil 2010, hvor han blev direktør i Teleindustrien, som repræsenterer 22 medlemmer. De repræsenterer mere end 90 % af markedet. Teleindustrien har med bekymring set på udviklingen. Bekymringen går på, hvad man må bruge de loggede oplysninger til. Normalt kan politiet få adgang til oplysningerne, når det drejer sig om forbrydelser, hvor strafferammen er 6 år. Nu sender de oplysningerne til advokater, der sender trusselsbreve ud. Edition er til brug for retssager. Det er ikke tilfældet her. Medlemmerne har sagt, at de har udleveret oplysninger på mere end 100.000 IP-adresser.

Oplysningerne er ikke blevet brugt til retssager. Det er en samlet telebranche, der ser med bekymring på dette. Han har kendskab til det udvalgsarbejde, der har fundet sted i Kulturministeriet. I dette arbejde deltog en repræsentant fra telebranchen. Den brevmodel, der blev talt om i udvalget, var et informationsbrev og ikke et trusselsbrev. Der var ikke heller tale om, at teleselskaberne skulle udlevere oplysningerne til rettighedshaverne. Enten skulle teleselskaberne selv udsende breve, eller også skulle det være en tredjepart i form af en styrelse, der gjorde det. Telebranchen var også skeptisk dengang. Dansk Industri, Forbrugerrådet og teleselskaberne ønskede, at de skulle gå andre veje. Der skulle være tilbud om lovlige alternativer samt information.

I samarbejde med RettighedsAlliancen er det lykkedes at få blokeret hjemmesider, hvis indhold er ulovligt. 100 sider er nu blevet blokeret. De giver i stedet kunderne oplysning om, hvor man lovligt kan finde det ønskede.

Han ved ikke, hvordan brugerne reagerer på brevene. Måske føler de sig intimideret og vil skjule sig på nettet ved hjælp af en VPN-forbindelse.

Han har ikke kendskab til, om teleselskaberne har automatiseret proceduren således, at de kan udlevere oplysningerne hurtigere.

De fleste teleselskaber leverer routere med koder.

Det er usympatisk at sende skræmmebreve ud. Truslen om retssag er ikke reel.

Maria Fredenslund har forklaret blandt andet, at hun er direktør i RettighedsAlliancen. RettighedsAlliancen er en interesseorganisation for kreative virksomheder.

RettighedsAlliancen arbejder med at dokumentere de ting, der virker i forhold til at mindske krænkelse af rettigheder. De indsamler trafikken på de ulovlige hjemmesider. Omfanget er stort. Der var 212 millioner besøg på ulovlige hjemmesider i 2016. Der var et mindre fald på 16 % fra første halvdel af 2016 til sidste halvdel af året. Blokering af ulovlige hjemmesider er en måde at mindske krænkelse på. 76 % af trafikken kan hindres til de sites, der blokeres.

Derudover kan oplysningskampagner føre til fald i antallet af krænkelse.

RettighedsAlliancen vil endvidere etablere samarbejde med teleselskaberne, annoncevirksomheder og udbydere af betalingstjenester om blokering af sites.

Producentforeningen er medlem af RettighedsAlliancen. Navnlige filmproducenterne er en gruppe, der berøres af de ulovlige downloads.

RettighedsAlliancen arbejder for at få tilført flere ressourcer til området fra politiet.

Den brevmodel, der blev diskuteret i Kulturministeriets regi, gik ud på at sende informationsbreve ud til de internetabonnenter, hvor der havde fundet ulovlige ting sted. Rettighedshaverne skulle i den forbindelse sikre ip-adresserne, og så skulle teleselskaberne medvirke, så man kunne sende breve til de pågældende brugere. I den forbindelse skulle teleselskaberne også oplyse, om den pågældende tidligere havde foretaget ulovlige downloads.

De breve, som advokatfirmaerne sender ud, ligner ikke de informationsbreve, som blev diskuteret i Kulturministeriet. I disse breve skulle der ikke anføres noget om juridiske konsekvenser. Der blev talt om at udsende 50.000 breve på 3 år i en forsøgsperiode, således at alle ville kende nogen, der havde fået et brev.

RettighedsAlliancen har ikke undersøgt effekten af de breve, som sendes ud.

RettighedsAlliancen ønsker klare juridiske rammer for det, de laver.

Hun kan godt huske, at informationsbrevene blev taget af bordet. Det var en politisk beslutning at droppe idéen. RettighedsAlliancen havde støttet op om modellen.

Foreholdt fra RettighedsAlliancens datarapport, ekstrakten side 414, forklarede vidnet, at hun ikke kan redegøre for konsekvenserne af benyttelsen af VPN-tjenester. Hun kender ikke årsagen til faldet i trafikken på piratsites, men der er en øget interesse for hjemmesider, der tilbyder VPN-tjenester.

Hos RettighedsAlliancen kan de se, at de lovlige platforme er i vækst.

2022

Det mest effektive værktøj til bekæmpelse af trafikken på de ulovlige sites er blokering af sitet.

Oplysningskampagnen »Os der elsker film« om, at man ikke skal benytte ulovlige tjenester, kører stadig.

Parternes synspunkter

Rekvirenten har overvejende procederet sagen i overensstemmelse med sin replik af 7. august 2017 og fælles processkrift af 18. august 2017, hvori følgende er anført til støtte for de nedlagte påstande:

»at der er begrundet mistanke om, at der via de nævnte IP-adresser er foretaget krænkelse af ophavsretligt beskyttede værker,

at Copyright Collections i denne henseende er påtaleberettiget over for disse krænkelse,

at de ønskede oplysninger er af afgørende betydning for rettighedshavernes varetagelse af deres interesser i forbindelse med påtale af krænkelse,

at oplysningerne ikke kan tilvejebringes på anden vis,

at retten principielt har taget stilling til proportionaliteten i en tidligere sag mellem Telenor og Scanbox Entertainment, hvor retten fandt, at hensynet til muligheden for håndhævelse af ophavsretten måtte veje tungere end hensynet til brugeren af EP-adressen, og at der må tillægges afgørelsen retskraft af betydning for denne sag,

at oplysningerne utvivlsomt har betydning for sagens videre førelse,

at der ikke er tale om følsomme oplysninger, og at der ikke foreligger andre omstændigheder, der kan begrunde, at der skal foreligge »særligt vægtige grunde«, før udlevering kan finde sted,

at abonnenter både omfatter privat og erhvervsabonnenter og erhvervsabonnenter ikke skal tillægges særlig beskyttelsesinteresse overfor rettighedshavernes muligheder for at håndhæve ophavsretlige krænkelse,

at afvejningen af Copyright Collections' interesser over for de berørte abonnenters interesser ikke fører til retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, der taler imod udlevering af de ønskede oplysninger, der ikke er følsomme oplysninger, jf. Datatilsynets udtalelse 2016-217-1119,

at Telenors abonnenter ikke uden skriftlig tilladelse fra Telenor, må lade IP-adresser overtage af andre eller på anden måde lade andre disponere over internetadgangen og at abonnementet må derfor ikke anvendes til formidling af trafik for andre end abonnenten,

at i tilfælde af at tredjepart, via det udleverede udstyr, har opnået uberettiget adgang til dine data og/eller systemer, er hverken Telenor eller Telia ansvarlig for dine direkte eller indirekte tab i form af driftstab, tabt fortjeneste m.v.,

at [i] modsætning til tidligere bliver en router altid udstyret med en kode til brug af Internetforbindelsen og både Telenor og Telia forpligter abonnenten til benytte og sikrer koder, ligesom forbrugermyndighederne har samme opfordringer,

at formålet ikke udelukkende skal være til at klarlægge, om en retssag kan anlægges,

at selv såfremt det måtte vise sig, at abonnenten ikke selv har de konstaterede krænkelse, er oplysningerne afgørende vigtige for, at Copyright Collections kan varetage sine interesser, idet Copyright Collections alene fra oplysninger hidrørende fra indehavere af de pågældende IP-adresser vil kunne få information om krænkelse. Dette kan blandt andet ske ved bevissikringssag eller vidneindstævning. Det vil ikke være muligt for Copyright Collections at foretage sådanne skridt uden de ønskede oplysninger, at det må antages, [at] abonnenterne såfremt de ikke selv har foretaget den eller de konterede krænkelse(r), har interesse i, at pågældendes internetforbindelse ikke anvendes til ulovlige formål både p.g.a. betaling for brugen og Telenor og Telia abonnementets sanktionsmuligheder,

at Copyright Collections' metode til indsamling af data, herunder særligt ved anvendelse af MaverikMonitor softwaren, er en egnet og pålidelig metode til overvågning af fildelingsnetværk, herunder IP-adresser der har deltaget i ulovlig fildeling,

at MaverikMonitor softwaren indsamler korrekt data, herunder korrekte tidsangivelser og IP-adresser, og

at Telia ikke har ført egentligt bevis for, at deres system ikke, modsat alle andre danske teleselskaber, kan automatiseres og omkostninger er i samme størrelse som Telenor.

...

at erhvervsabonnenter og juridiske personer ikke er omfattet af persondataloven og der må foretages en anden vurdering af disse abonnenter,

at der er enighed mellem parterne om, at MaverikMonitor er tilstrækkeligt bevis for, at fildeling kan knyttes til en bestemt EP-adresse på et bestemt angivet tidspunkt,

at der gennem MaverikMonitor kan bevises yderligere forhold vedr. den enkelte IP adresse og ophavsretlige krænkelse, herunder hvornår filmen har været tilgængeliggjort, hvor mange delinger af filmen brugeren har foretaget med MaverikMonitor, hvor mange film brugeren har tilgængeliggjort, og hvor mange forskellige swarms brugeren har været tilknyttet,

at tavshedspligt for Telenor og Telia ikke skal tillægges stor vægt, når der er tale om en konstateret retsstridig brug af en IP adresse, som parterne er enige om har fundet sted,

at abonnementsvilkår hos Telenor begrænser abonnentens brug enten til

abonnenten selv eller højest abonnentens husstand,

at abonnementsvilkår hos Telenor og Telia giver hæve adgang ved ulovlig fildeling, men at Telenor og

2023

Telia ikke selv har kontrolorganer, hvilket begrundet et særligt behov og hensyn til, at rettighedshaverne får adgang til data ifm. konstaterede ophavsretskrænkelser,

at en ændret vurdering til fordel for Telenor og Telias abonnenter vil være et brud på den gældende retstilstand,

at et sådant brud vil være i direkte modstrid med Datatilsynets, Advokatnævnets og Forbrugerombudsmandens parallelle eller efterfølgende behandlinger af de samme principielle hensyn til abonnenter af IP adresser, hvis navne og adresser udleveres til rettighedshaverne, og

at det sene tidspunkt for ændringer af Telias påstand og især Telenors anbringende angående validiteten af MaverikMonitor har betydet forhøjede og unødige omkostninger for Copyright Collection[s], som retten anmodes om at tage hensyn til i fastsættelse af omkostningerne af sagen.«

TeliaSonera Danmark A/S har overvejende procederet sagen i overensstemmelse med sit processkrift af 19. juli 2017, hvori følgende er anført til støtte for den nedlagte påstand:

»3 Telia gør overordnet gældende, at retsplejelovens betingelser for isoleret bevisoptagelse og edition ikke er opfyldt, ligesom det gøres gældende, at hensynet til håndhævelsen af immaterielle rettigheder efter omstændighederne må vige for beskyttelsen af persondata.

4 Synspunktet må særligt gøre sig gældende i den foreliggende situation, hvor karakteren af den enkelte ophavsretskrænkelser fremstår bagatelagtig, mens antallet af personer der skal tåle udlevering af personfølsomme oplysninger ikke står mål med det antal sager der forfølges.

5 Den følgende fremstilling er opdelt i et afsnit om retsplejelovens regler om isoleret bevisoptagelse og edition, samt et afsnit om afvejningen mellem immaterialretten og persondataretten.

Retsplejelovens regler om isoleret bevisoptagelse og edition

6 Telia gør gældende, at betingelserne i retsplejelovens regler om isoleret bevisoptagelse ikke er opfyldt.

7 Retsplejelovens § 343, stk. 1, er sålydende:

»Retten kan tillade, at der optages bevis, selv om dette ikke sker til brug for en verserende retssag. Anmodning om bevisførelse indgives til retten på det sted, hvor vidnet bor eller opholder sig, eller for så vidt angår syn og skøn til retten på det sted, hvor genstanden for forretningen findes. Anmodning om optagelse af bevis i udlandet indgives til retten på det sted, hvor sagen eventuelt skal anlægges her i landet.«

8 Bestemmelsen i § 343 har en nær sammenhæng med § 340, hvorefter der:

»Når omstændighederne taler derfor, kan retten dog bestemme, at bevisførelsen eller en del af denne skal ske inden hovedforhandlingen:«

9 Det er således en forudsætning for anvendelsen af § 343, at bevisoptagelsen sker med henblik på tilvejebringelse af bevis til en retssag.

10 Tilsvarende fremgår det af forarbejderne til bestemmelsen (BET1973 nr. 698, side 127), at:

»Isoleret bevisoptagelse forudsætter således, at parterne eller en af dem har en særlig interesse i, at bevisoptagelsen finder sted, *inden retssag anlægges*, og dette må sandsynliggøres over for retten, inden denne kan give tilladelse til bevisoptagelse.« (*min fremhævelse*)

11 Rekvirenten skal derfor sandsynliggøre, at den isolerede bevisoptagelse sker til brug for en efterfølgende retssag.

12 Det fremgår videre (BET1973 nr. 698, side 127), at:

»En bevisoptagelse, som alene skal tjene til vejledning for, om sag overhovedet skal anlægges, kan heller ikke tillades, men derimod efter omstændighederne nok, hvis bevisoptagelsen er nødvendig for, at »parten« kan finde ud af hvem han skal sagsøge.«

13 Det er således udgangspunktet, at en begæring om bevisoptagelse som alene skal tjene til vejledning for, om en sag overhovedet skal anlægges, skal afvises. Undtagelsen hertil er, hvis rekvirenten kan godtgøre, at bevisoptagelsen er nødvendig for, at afklare, hvem der er rette sagsøgte. Det forudsætter imidlertid stadig, at rekvirenten har en intention om at indlede retssag.

14 Det må på baggrund af rekvirentens forretningsmodel lægges til grund, at rekvirenten ikke har en intention om at indlede en retssag. Allerede af denne grund skal anmodningen om bevisoptagelse afvises.

15 Dertil kommer, at rekvirenten ikke opnår tilstrækkeligt bevis for sit krav med den foreliggende anmodning om isoleret bevisoptagelse.

16 Ved Østre Landsrets dom af 5. september 2008 i sag B-19-08 (utrykt) afviste landsretten, at en sammenstilling af en IP-adresse og kundedata udgjorde et nødvendigt bevis for en immaterialretlig krænkelse. Det kan derfor ikke forventes, at rekvirenten ved bevisoptagelsen opnår det nødvendige bevis for rekvirentens krav.

17 På denne baggrund gør Telia samlet gældende, at betingelserne for isoleret bevisoptagelse ikke er opfyldt.

18 I alle tilfælde skal rekvirenten afholde udgifterne og omkostningerne ved bevisoptagelsen, § 343, stk. 2-3. Disse er anslået til kr. 82.400 for de 412 IP-adresser, som skal undersøges nærmere.

19 Telia gør tillige gældende, at betingelserne i retsplejelovens regler om edition er opfyldt.

20 Retsplejelovens § 299, stk. 1, er sålydende:

»Retten kan efter begæring af en part pålægge tredjemand at forevise eller udlevere dokumenter, der er undergivet hans rådighed, og som har betydning for sagen, medmindre der derved vil fremkomme oplysning om forhold, som han ville være udelukket fra eller

2024

fritaget for at afgive forklaring om som vidne, jf. §§ 169-172.«

21 Rekvirenten har ikke sandsynliggjort, at materialet har betydning for de kendsgerninger, der skal bevises, jf. hertil retsplejelovens § 341.

22 På baggrund af rekvirentens forretningsmodel - og den foreliggende editionsbegæring - fremstår editionsbegæringen mest af alt som en »fisketur«, der ikke tillades efter gældende ret, jf. eksempelvis princippet i U.1968.608H.

23 Dertil kommer, at den administrative byrde med at identificere kunderne ikke står i rimeligt forhold til betydningen af, at bevismidlet kommer frem, jf. princippet i retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 3.

24 Under alle omstændigheder gøres det gældende, at rekvirenten skal betale de udgifter der er forbundet med administrationen heraf, jf. retsplejelovens § 300, stk. 3.

25 På denne baggrund gør Telia samlet gældende, at betingelserne for edition ikke er opfyldt, subsidiært at rekvirenten skal bære samtlige omkostninger forbundet hermed.

Afvejningen mellem immaterialretten og persondataretten

26 Telia gør gældende, at hensynet til håndhævelsen af immaterielle rettigheder efter omstændighederne og i den konkrete situation må vige for beskyttelsen af persondata og af privatliv i mere overordnet betydning.

27 Telia er som udbyder af telekommunikationstjenester underlagt persondatarettens regler om behandling af persondata, og skal sikre at der sker en forsvarlig behandling af kundedata.

28 Det vil efter Telias opfattelse udgøre en tilsidesættelse af persondataretten, hvis bevisoptagelsen fremmes.

29 Spørgsmålet om afvejningen mellem immaterialretten og persondataretten blev behandlet i EUD sag C-275/06. Sagen omhandlede en retssag mellem en forening for musikproducenter, der anlagde sag om bevissikring mod en internetudbyder med påstand om udlevering af kundedata, som følge af ophavsretskrænkelser via en fildelingstjeneste.

30 EUD fandt, at persondataforordningen ikke indeholder et forbud mod, at medlemsstater pålægger en udbyder at fremlægge kundedata til brug for civile retssager. Omvendt fandt EUD, at der skal ske en afvejning overfor modstående hensyn, herunder retten til privatlivets fred i EMRK, og at denne afvejning skal foretages af de nationale domstole.

31 Der består således ikke en almindelig pligt for internetudbydere til at videregive personoplysninger til brug for civile retssager om krænkelse af ophavsretten.

32 I forbindelse med afvejningen af de hensyn immaterialretten varetager over for hensynet til persondatasikkerheden, bør der ske inddragelse af den disproportionalitet, der består mellem den bagatelagtige karakter af ophavsretskrænkelserne og fraværet af retslige skridt på den ene side, overfor antallet af kunder der må tåle at få delt deres personfølsomme oplysninger på den anden side.

33 På denne baggrund og under hensyn til karakteren af rekvirentens forretningsmodel, gør Telia gældende, at hensynet til persondataretten og retten til privatlivets fred må veje tungere end hensynet til immaterialretten, og at begæringen om udlevering af oplysninger derfor må nægtes fremme.

34 Telia kan endvidere tilslutte sig de anbringender der er gjort gældende af Telenor i sag BS A-711/2017.

35 Det gøres derfor tillige gældende, at de påståede krænkelser skal vurderes enkeltvis overfor udleveringen af den enkelte internetabonnents oplysninger, og at rekvirenten ikke i tilstrækkelig grad har dokumenteret de påståede krænkelser, endsige omfanget eller grovheden af krænkelserne. Rekvirenten har heller ikke sandsynliggjort, at de påståede krænkelser er foretaget af den der har tegnet internet-abonnementet hos Telia, og som der ønskes oplysninger om.

36 Det bestrides derfor, at det med tilstrækkelig sikkerhed er sandsynliggjort, at der har fundet krænkelser af en sådan grovhed sted, og at de er foretaget af de personer om hvem der begæres oplysninger udleveret, at hensynet til disses persondata og privatliv skal vige for hensynet til håndhævelse af ophavsrettigheder.

37 Telia gør endelig gældende, at der under de foreliggende omstændigheder skal tildeles sagsomkostninger der overstiger det vejledende niveau, jf. tillige den særlige omkostningshjemmel i retsplejelovens §§ 299, 300 og 343.«

Telenor A/S har overvejende procederet sagen i overensstemmelse med sit svarskrift af 19. juli 2017 og duplik af 14. august 2017, hvori følgende er anført til støtte for den nedlagte påstand:

»at hensynet til håndhævelsen af immaterielle rettigheder efter omstændighederne må vige for beskyttelsen af persondata, idet den enkelte ophavsretskrænkelser er bagatelagtig og ikke kan bevises, imens antallet af personer, der skal tåle udlevering af personoplysninger, ikke står mål med det antal sager, som der forfølges

at Telenor er underlagt af tavshedspligt fsva. deres kunders oplysninger jf. udbudsbekendtgørelsen, der skal gennemgås ved editionsoplægget, jf. Retsplejelovens § 170, stk. 3, hvilket medfører en skærpelse af vurderingen

at hensynene bag Telenors lovfæstede hemmeligholdelse overgår rekvirentens interesse i at retsforfølge de primært ubeviste og bagatelagtige krænkelser

at de begærede oplysninger alene opbevares i overensstemmelse med Telenors pligt efter logningsbekendtgørelsen og bliver herefter automatisk slettet - oplysninger vil alene blive opbevaret i længere tid, såremt der er en domstolsafgørelse herom.

2025

...

at faldet i piratkopierede værker formentligt skyldes den teknologiske udvikling, samt andre øvrige tiltag, og ikke rekvirentens brevmodel - hvorfor dette er sagen uvedkommende

at sagen er principiel for at fastslå grænserne for teleselskabernes udlevering af personoplysninger til tredjeparter,

at tidligere national og international retspraksis aldrig kan lægges oprøvet til grund i en sag som den foreliggende, idet der skal foretages en konkret afvejning af den dokumenterede krænkelse overfor udleveringen af følsomme personoplysninger,

at abonnementsvilkårene, der gælder imellem Telenor og abonnenterne inter partes, ikke forhindrer andre i at anvende abonnentens interne[t]forbindelse, og at en sådan aftale desuden ikke er relevant for afvejningen mellem rekvirentens og abonnenternes interesser,

at teleselskaberne grundlæggende ikke er et kontrolorgan, og hverken skal eller må overvåge borgernes internettrafik,

at Telenors tavshedspligt efter udbudsbekendtgørelsen af denne grund er af stor betydning for abonnenterne og samfundet generelt, herunder for den frie adgang til internettet,

at selv i tilfælde hvor ip-adresser er tilknyttet et erhvervsabonnement, vil der kunne være registreret oplysninger om enkeltpersoner, hvorved udleveringen af oplysninger om abonnenten fortsat vil være udlevering af personoplysninger omfattet af persondatalovens regler,

at Datatilsynets afgørelse vedrørende behandlingen af data ifm. udsedelse af »trusselsbreve« bekræfter, at der skal ske en konkret afvejning i overensstemmelse med Promusicae-dommen, og at denne bl.a. skal indholde en proportionalitetsvurdering,

at det bl.a. skal indgå i den konkrete afvejning, hvilken type oplysninger, der er tale om, og hvor oplysningerne stammer fra, herunder under hvilke omstændigheder afgiveren (teleselskabet) har indsamlet oplysningerne,

at rekvirentens efterfølgende behandling kun er tilladt under forudsætning af, at en sådan konkret afvejning er foretaget af retten forinden,

at der efter dansk retspraksis ikke kan pålægges en abonnent ansvar for krænkelser foretaget af dennes internetforbindelse, uden yderligere konkrete beviser for, at vedkommende selv har været involveret i krænkelsen,

at den norske Høyesterettsdom, fremlagt i rekvisiti bilag A, samt den norske forbrugerombudsmands afstandtagen fra »trusselsbreve«, rekvirentens bilag 16, er baseret på grundlæggende forbrugerbeskyttende hensyn samt bevisretlige betragtninger, der ikke er eksklusive for norsk ret, og som derfor også bør tages i betragtning og føre til samme resultat, ved byrettens afvejningen i denne sag,

at rekvirentens manglende svar på, hvilket antal breve rekvirenten tidligere har udsendt, og hvilket antal forlig disse har ført til, sammenholdt med rekvirentens svar på antal retssager denne har anlagt, beviser at rekvirenten grundlæggende ikke anvender udleverede oplysninger til at retsforfølge krænkelserne, men alene til at udsende »trusselsbreve«,

at selvom MaverickMonitor præcist angiver tilstedeværelsen af en andel af en fil ved en IP-adresse på et givent tidspunkt, så beviser

dette intet ift. omfanget af den potentielle krænkelse, der derfor lige så vel kunne være minimal eller ikke eksisterende,

at rekvirenten derfor fortsat ikke kan føre bevis for den enkelte krænkelses omfang, og at spekulative betragtninger om det mulige eller sandsynlige omfang ikke er tilstrækkeligt til at løfte bevisbyrden for krænkelsen,

at enhver usikkerhed om den enkelte krænkelses omfang skal komme abonnenten til gode ved rettens afvejning, og

at rettens afvejning, og herunder vurdering af proportionalitet, skal tage udgangspunkt i den enkelte dokumenterede krænkelse, samt bevis herfor, og kan ikke baseres på spekulative betragtninger om det mulige omfang af krænkelsen.«

Retten begrundelse og afgørelse

Det lægges indledningsvis som ubestridt til grund, at rekvirenten ved de fremlagte lister generet af Maverickeye UG har sandsynliggjort, at der på de anførte tidspunkter har fundet en krænkelse af rekvirentens ophavsret sted, som kan relateres til hver af de anførte ip-adresser.

På denne baggrund har rekvirenten under henvisning til retsplejelovens § 343, stk. 1, jf. § 299, indgivet anmodning om, at rekvisiti tilpligtes at udlevere navne og adresser på de kunder, som har fået tildelt ip-adresserne på de tidspunkter, som er angivet i de omhandlede lister.

Efter de gældende danske logningsregler skal teleudbyderne foretage logning af de omhandlede oplysninger og opbevare disse i 1 år.

Det lægges således til grund som uomtvistet, at rekvisiti er i besiddelse af de ønskede oplysninger. Det lægges endvidere til grund, at oplysningerne ikke kan tilvejebringes på anden måde eller fra andre.

Med henblik på at give rettighedshaverne mulighed for at kunne varetage deres interesser i anledning af ophavsretskrænkelserne, er teleudbyderne efter gældende dansk retspraksis blevet pålagt at udlevere oplysningerne, når det har været sandsynliggjort, at der har fundet en krænkelse af ophavsretten sted.

2026

Det fremgår ikke af denne retspraksis, i hvilket omfang persondatalovgivningen og proportionalitetsafvejninger er indgået i afgørelserne. Retten finder imidlertid, at der i de sager, der nu foreligger til afgørelse, skal ske en proportionalitetsafvejning, hvori indgår hensynet til de omhandlede personer, krænkelsesernes omfang og karakter, og hvilke oplysninger der er tale om at udlevere.

For så vidt angår det sidstnævnte element i afvejningen er der konkret tale om abonnentens navn og adresse, som isoleret set må anses for at være ikke personfølsomme oplysninger.

Som det fremgår af Datatilsynets undersøgelse vedrørende »Behandling af oplysninger om bl.a. ophavsretlige krænkelse,« jf. Datatilsynets skrivelse af 12. juli 2017, sker der ved tilknytningen af en ip-adresse til en fysisk person en sammenkædning med en ulovlig krænkelse af en ophavsrettighed. Dermed kan der være tale om en følsom oplysning om et strafbart forhold for den pågældende.

Retten finder imidlertid i overensstemmelse med det af Datatilsynet anførte, at der alligevel i medfør af databeskyttelseslovens § 7, stk. 2, nr. 4, jf. § 8, stk. 6, § 8, stk. 4, og § 6, stk. 1, nr. 7, kan ske behandling af den pågældendes personoplysninger af den ovennævnte art, hvis det er nødvendigt til varetagelse af en berettiget interesse, og denne interesse klart overstiger hensynet til den registrerede.

Det fremgår af de fremlagte lister med ip-adresser og de tilsvarende lister, der er fremlagt i tidligere behandlede sager, at der dels er tale om krænkelse af et stort antal forskellige

ophavsretsbeskyttede værker, dels om et meget stort antal ip-adresser, som deltager i krænkelse. Det må således lægges til grund, at krænkelse samlet set har et betydeligt omfang. Dette støttes endvidere af de fremlagte statistiske oplysninger, herunder for så vidt angår det skønnede tab for rettighedshaverne.

Rekvirentens interesse i at undersøge de omhandlede krænkelse, herunder hvem der står bag disse, må derfor veje tungere end den enkelte abonnents interesse i at beskytte sin identitet. Dette gælder også, selv om der måtte være enkelte abonnenter, som kun i mere begrænset omfang har deltaget i krænkelsen.

Den omstændighed, at det ikke på forhånd kan konstateres, om det er den internetabonnent, der har fået tildelt den enkelte ip-adresse, som også har foretaget krænkelsen, eller om det måtte være en anden person, som med eller uden abonnentens tilladelse har fået adgang til internettet gennem ip-adressen, kan ikke i sig selv indebære, at rekvirenten skal være afskåret fra at få udleveret oplysning om abonnentens identitet med henblik på at varetage sine interesser. Rekvirentens eneste mulighed for en afklaring af omstændighederne ved krænkelsen vil således være at rette henvendelse til abonnenten.

Det må efter de foreliggende oplysninger lægges til grund, at der ikke hidtil er ført et større antal retssager set i forhold til antallet af indhentede oplysninger. Et krav herom kan efter rettens opfattelse imidlertid heller ikke udledes af bestemmelserne i retsplejelovens § 343, stk. 1, og § 299 eller disse bestemmelsers forarbejder, ligesom det ikke ses forudsat i hidtidig retspraksis. Endvidere følger det efter tilføjelsen af § 336 a i retsplejeloven, at en part har pligt til at undersøge mulighederne for en forligsmæssig løsning forud for sagsanlæg, og at en tilsidesættelse af denne pligt kan få omkostningsmæssige konsekvenser for parten, jf. retsplejelovens § 318, stk. 2.

Efter det anførte tages rekvirentens anmodning om isoleret bevisoptagelse og edition til følge som nedenfor anført.

Efter sagernes karakter og omstændigheder finder retten, at ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til en anden part.

Thi bestemmes

TeliaSonera Danmark A/S pålægges at udlevere til Copyright Collection Ltd. navne og adresser på TeliaSonera Danmarks A/S' abonnenter, der har fået tildelt ip-adresserne på de pågældende tidspunkter opregnet i bilag 1-1.3 til editionsbegæringen af 21. april 2017 samt tillægsbilag 1.4-1.17 fremsendt til retten 26. april 2017.

Telenor A/S pålægges at udlevere til Copyright Collection Ltd. navne og adresser på Telenor A/S' abonnenter, der har fået tildelt ip-adresserne på de pågældende tidspunkter opregnet i bilag 1-1.17 til editionsbegæringen af 26. april 2017.

Sagens omkostninger ophæves.

Østre Landsrets kendelse

...

Telenor A/S og Telia Danmark, Filial af Telia Nättjänster Norden A/B, Sverige, har begge køret kendelse afsagt den 24. oktober 2017 af Retten på Frederiksberg (...), hvorefter selskaberne blev pålagt til Copyright Management Services Ltd. (Copyright Collection Ltd.) at udlevere navne og adresser på de af deres abonnenter, der havde fået tildelt ip-adresserne på de pågældende tidspunkter opregnet i bilag til editionsbegæringerne.

Telenor A/S (herefter Telenor) og Telia Danmark, Filial af Telia Nättjänster Norden A/B, Sverige (herefter Telia), har nedlagt påstand om, at Copyright Management Services Ltd.'s anmodning om isoleret bevisoptagelse og editionspålæg nægtes fremme.

Copyright Management Services Ltd. (herefter CMS) har påstået stadfæstelse.

Kæremålet er behandlet mundtligt.

2027

Sagsfremstilling

Sagen drejer sig om udlevering af navne og adresser på de af Telenor og Telias abonnenter, der på et givent tidspunkt var tildelt de i alt 4.011 ip-adresser, som CMS har oplyst er blevet anvendt ved krænkelse af CMS' rettigheder i forbindelse med deling af ophavsretligt beskyttede filer på internettet.

Det er ubestridt, at Telenor og Telia er i besiddelse af de oplysninger, som CMS kræver udleveret.

Ved brug af internettet anvendes en internetprotokol-adresse (ip-adresse), hvorved en brugers router identificeres på netværket. Ip-adressen kan efter det oplyste enten være fast og tildelt en enkelt abonnent (statisk) eller ændre sig og dermed løbende være tildelt forskellige abonnenter (dynamisk).

De under denne sag omhandlede delinger af ophavsretligt beskyttede filer på internettet skal være sket gennem et fildelingsnetværk ved anvendelse af en BitTorrent-client, som brugerne af netværket hver især havde installeret. Hver af disse BitTorrent-clients kommunikerer automatisk med hinanden og sørger for, at der kan deles materiale fra brugerne, således at der typisk hentes materiale til brug for download af f.eks. en film fra flere forskellige brugere. Derved forudsætter fildelingen ikke en hurtig upload-hastighed fra de øvrige brugere.

Listerne med de angivne ip-adresser er efter det oplyste indhentet ved brug af et program kaldet MaverikMonitor, udviklet af en tysk softwareleverandør, Maverickeye UG. Programmet skal have »fodret« et fildelingsnetværk med film, som de af CMS repræsenterede rettighedshavere har ophavsret til, hvorefter programmet har »foregivet« at ville downloade en film. Programmet har derefter registreret visse brugeres ageren med programmet, ikke brugeres ageren med andre brugere.

I sagen er der fremlagt en udtalelse af 2. april 2014 udarbejdet af dr. Simone Richter om »Evaluation of the System *MaverikMonitor*.« Udtalelsens pkt. 5 indeholder følgende »Summary of Findings«:

»5.1. In my examination of the System, I found that:

- (a) it is capable of monitoring traffic on the BitTorrent network;
- (b) it identifies the IP addresses of users and records the time of the data transfer accurately. This information enables ISPs to identify the Subscriber whose internet connection was used to conduct the alleged copyright infringement;
- (c) The System implements mechanisms to ensure that no erroneous IP addresses are collected by the System.
- (d) The System establishes connections with remote computers and receives and stores pieces of data from those computers which make content available across the BitTorrent network.
- (e) The received pieces of data are compared to a control copy using hash value comparison. If the hash value of the piece of data downloaded from the source is the same as the control copy, then the received pieces of data and the control copy are considered to be identical.
- (f) Dynamic IP addresses have no influence on the accuracy of the System logging and recording IP addresses and associated time stamp of infringement.
- (g) If the source computer's IP address changes during capture of a data transfer, no data is saved by the System, and therefore not used by Maverickeye UG.

I den del af udtalelsen, der omhandler den anvendte terminologi, anføres om BitTorrent bl.a. følgende:

»6.4. Users need to take active steps to set up and install software to enable participation in the P2P Network. These steps cannot be »accidentally« or inadvertently undertaken by a user. Any user

wishing to participate in file sharing needs to install or actively start specialised software known as a BitTorrent client (*BitTorrent Client*). In order to do so, a user will need to download a BitTorrent Client from a website that distributes BitTorrent clients. As part of the installation process, a user may configure the BitTorrent Client in accordance with his or her preferences, or adopt standard settings. A BitTorrent Client enables users to access a given P2P Network, such as eDonkey or BitTorrent. Some examples of BitTorrent Clients for the BitTorrent network include Azureus, BitComet and UT«.

Njord Law Firm har på vegne af klienter i en række tidligere tilfælde i medfør af retsplejelovens regler om isoleret bevisoptagelse og tredjemandsedition, jf. retsplejelovens § 343 og § 299, fået udleveret navne og adresser på abonnenter, der angiveligt har downloadet ophavsretligt beskyttede film som angivet ovenfor, og oplysningerne er blevet anvendt til at fremsende breve til de pågældende abonnenter. I sagen er der fremlagt et eksempel på et sådant brev med følgende ordlyd:

»På vegne af filmproducenten kontakter vi dig, da filmen »Fasandræberne« er blevet fildelt/downloadet via IP-adressen ... den ... uden samtykke fra filmproducenten.

Dit teleselskab er af en domstol blevet pålagt at oplyse, hvem der var abonnent på IP-adressen på daværende tidspunkt, og dit teleselskab har udleveret dit navn og din adresse. Det er vores opfattelse, at du som abonnent har den nærmeste adgang til bidrage til belysningen af sagen.

Filmproducenten benytter Maverickeye UG, der overvåger og identificerer datatrafik, herunder IP adresser. Filmen kan være set via eksempelvis Popcorn Time eller lignende hjemmesider af dig eller andre.

Det er ifølge ophavsretsloven ikke tilladt, at dele eller downloade film på denne måde og vi håber, at du vil besvare vores spørgsmål i en e-mail til os på ip@njordlaw.com:

2028

1. Har husstanden en trådløs internetforbindelse og har denne et password?
2. Har du kendskab til at én eller flere i husstanden har set eller forsøgt at se filmen »Fasandræberne« på det pågældende tidspunkt?

Har du eller andre personer med adgang til IP-adressen, det kan være hjemmeboende børn, set eller forsøgt at se filmen på det pågældende tidspunkt, kan sagen afsluttes endeligt ved, at der indbetales i alt kr. 2.100 til konto ..., med oplysning om sagsnummer Beløbet kan også indbetales via MobilePay på tlf. Husk angivelse af sagsnummer også ved denne form for betaling

Vi ser frem til at høre fra dig indenfor 14 dage fra modtagelsen af dette brev. Fremkomst af oplysninger på mail til ip@njordlaw.com kan suspendere fristen. Vi ønsker at undgå videre undersøgelser af sagen og iværksættelse af retssag, og ser frem til at høre fra dig. *Husk at oplyse sagsnummer*

Rådgivning om ophavsret bør søges hos én, der kender og har erfaring med området. Du kan læse meget mere på vores hjemmeside www.njordlaw.com/da/fildeling. Hjælp os med at sikre en fremtid for skabelse af film.«

Efter afsigelsen af byrettens kendelse af 24. oktober 2017 i denne sag har CMS dokumenteret at have anlagt en række civile retssager ved byretterne mod abonnenter på grundlag af oplysninger modtaget i henhold til tidligere afsagte editionskendelser. En del af sagerne er blevet forliget, ligesom der i nogle tilfælde er blevet afsagt udeblivelsesdom. Andre sager verserer fortsat.

Forklaringer

Der er for landsretten afgivet forklaring af Flemming Pedersen, Lasse Andersen, Bastian Rankløve og Ronnie Fridthjof.

Flemming Pedersen har forklaret, at han har været ansat i Telenor i 26 år. Før det var han ansat i TDC. Han har gennemført forskellige uddannelsesforløb inden for tekniske forhold. De i sagen omhandlede ip-adresser er både statiske og dynamiske. Telenor bruger oplysninger om ip-adresser til afregning og gemmer dataene, fordi de er forpligtet til det i henhold til logningsbekendtgørelsen. Telenor gemmer ikke ip-adresser til brug for andet end opfyldelse af de krav, der følger af logningsbekendtgørelsen. Ip-adresserne er i det almindelige system gemt i op til 30 dage af hensyn til driften, så de kan foretage fejlretninger. Efter de 30 dage slettes dataene i det almindelige system og ligger derefter i Telenors »politirapporteringssystem«. Systemet hedder sådan, fordi det er politiet, der har brug for de historiske teleoplysninger. Han kan som tekniker ikke få adgang til data i politirapporteringssystemet. Dataene bruges ikke til andet end politirapportering. Politiet har en dommerkendelse, når de skal have udleveret oplysninger.

Telenor gemmer trafikdata til brug for fakturering i 1 år. De gemmer ikke trafikdata til brug for markedsføring, bortset fra nogle data i anonymiseret form. Han ved ikke hvor længe. Henvendelsesgruppen i Telenor består af fem til syv mennesker, og det er dem, der håndterer henvendelserne fra politiet. Han kan ikke sige, hvor længe det tager at svare på en henvendelse vedrørende 5.000 ip-adresser. Man kan søge i politirapporteringssystemet, men nogle ting tager længere tid at finde. Der skal parres en masse data, hvilket kan være ret omstændeligt, da politiet skal have den reelle ip-adresse, der ligger bag.

Lasse Andersen har forklaret, at han er ansat som advokat i Telia og er ansvarlig for Public Affairs, hvilket også omfatter loggede data. Han har været hos Telia i 13 år. I november 2016 modtog Telia første gang et editionspålæg på grundlag af en begæring fra Njord Law Firm. I 2017 modtog Telia to begæringer. Telia har opfyldt alle tre begæringer og har udleveret oplysninger på omkring 1.000 abonnenter bag ip-adresserne. Telia er forpligtet til at gemme ip-adresser med henblik på udlevering til politiet. Det er de oplysninger, der er brugt til at opfylde begæringerne. Telia har ikke brug for ip-adresser til at generere regninger. Teknikerne kan bruge ip-adresser til fejlsøgning og fejlretning. De har et system, hvor de gemmer de data, der er logget til brug for politiet. Hvis Telia ikke havde pligt til at logge, ville de formentlig have behov for oplysningerne til fejlretning i tre uger. Telia har en »politiafdeling« med to medarbejdere, som sidder for sig selv i organisationen. Afdelingen tager sig af alle henvendelser fra politiet og matcher manuelt ip-adresser med et tidspunkt. De to personer i afdelingen er sikkerhedsgodkendt af politiet og sidder i et aflåst rum. Telia har udleveret oplysninger til politiet 72 gange. I de 72 henvendelser fra politiet var der som hovedregel kun tale om udlevering af abonnentsoplysninger for én kunde. Han har aldrig set en begæring, der omhandlede mere end én kunde. Telia har protesteret over for editionsbegæringerne i denne sag, da der skulle udleveres så mange oplysninger. Fra Njord Law Firms side var der lagt op til, at der også fremover skulle udleveres mange oplysninger, hvorfor man fra advokatfirmaets side gerne ville have sat det i proces. Njord Law Firm var indstillet på at medfinansiere en teknisk mulighed for at fremfinde oplysningerne med henblik på udlevering. Telia havde derfor brug for en principiel afgørelse.

Telia medvirker til blokering af hjemmesider. Der er blandt teleselskaber en såkaldt »code of conduct«, der betyder, at hvis ét teleselskab skal blokere en hjemmeside, spærrer alle de andre teleselskaber også den samme hjemmeside. Det er et resultat af et

samarbejde med RettighedsAlliancen. Der kommer typisk en sag om spærring af en hjemmeside hver tredje eller fjerde

2029

måned. Telia opbevarer data til brug for fakturering i fem år. De opbevarer de loggede data i op til tre uger.

Han har talt med tre abonnenter, der har modtaget breve fra Njord Law Firm, men ikke fra nogen, der er blevet stævnet.

Bastian Rankløve har forklaret, at han har været ansat som advokat hos TDC i 10 år og er chef for erhvervsretsgruppen, som bl.a. beskæftiger sig med persondatas beskyttelse og ophavsretskrænkelser. Udlevering af ip-adresser hører under hans afdeling. TDC har i mange år fået anmodninger om udlevering af ip-adresser. I 2015 fik de en henvendelse fra et advokatfirma, som ville have udleveret rigtig mange ip-adresser og gerne ville indgå i en dialog omkring det praktiske i den forbindelse. I 2016 og 2017 modtog TDC henvendelser fra politiet vedrørende i alt 10.000 ip-adresser. I samme periode har TDC udleveret oplysninger vedrørende 167.000 ip-adresser til advokater. I november 2017 stillede TDC sagerne om udlevering i bero på grund af den stigning, der var sket i antallet af henvendelser.

TDC har en afdeling, der kaldes »politigruppen«, som tager sig af henvendelser fra politiet. Der er fem medarbejdere i politigruppen. Denne gruppe har også håndteret anmodningerne om udlevering af oplysningerne til advokatfirmaet.

De specifikke oplysninger ender i »logningssystemet«, som bruges til at varetage opfyldelse af forpligtelserne til logning i henhold til logningsbekendtgørelsen. Hvis der ikke var en forpligtelse til at logge, ville TDC ikke gemme ip-adresserne, men kun have dem i under en måned. TDC bruger ikke oplysningerne til andet end udlevering efter logningsreglerne, og de er ikke nødvendige for at foretage afregninger.

TDC har tilsluttet sig protesten mod udleveringen, fordi udformningen af logningsreglerne for tiden er under overvejelse, og der derfor er tvivl om, hvorvidt udlevering kan ske. TDC vil gerne sikre sig, at udleveringen er i orden, også under hensyn til det store antal anmodninger. Nogle kunder har fået den opfattelse, at det er TDC, der overvåger dem, hvilket skaber et uønsket modsætningsforhold. TDC ønsker at være neutrale, men vil ikke lægge hindringer i vejen for rettighedshavere, der vil beskytte deres rettigheder.

Den aftalte »code of conduct« betyder, at de andre teleselskaber følger trop, hvis der i forhold til et teleselskab er afsagt en dom om, at en hjemmeside skal lukkes. Hvis hjemmesiden placeres på en ny adresse, accepterer man også at blokere den nye adresse.

Som vidnet husker det, opbevarer TDC data med henblik på at opfylde bogføringsloven i 400 dage. Det er for at håndtere klager fra kunder. TDC har ikke behov for at opbevare ip-adresser til fejlretning. TDC har som et gammelt selskab mange forskellige systemer, men har siden 2017 forsøgt at håndtere henvendelser om udlevering bedre. Data i logningsystemet bruges ikke til andet end udlevering. Det er kun politigruppen, der har adgang til systemet.

Ronnie Fridthjof har forklaret, at han ejer filmselskabet Fridthjof Film A/S. Selskabet startede i 2000 og har 40-50 fastansatte og op mod 200 freelanceansatte, når de er i gang med en produktion. Selskabet står bl.a. bag filmene »Blå Mænd«, »Armadillo«, »The War Show« samt »Alle for én«, »Alle for to« og »Alle for tre«, der er nogle af de mest sete film i Danmark. »Alle for én« omsatte for 20,3 mio. kr. ved det fysiske salg, mens »Alle for tre« kun omsatte for 16 mio. kr. De håbede, at denne nedgang i omsætningen ville blive erstattet af en øget omsætning ved det digitale salg, men det skete ikke. Det digitale salg var stort set det samme for begge film. Markedet er ved at finde sit niveau for det digitale salg.

Fridthjof Film A/S er medlem af Producentforeningen, som bl.a. er med i RettighedsAlliancen. Selskabet har ved rettighedskrænkelser på nettet prøvet at samarbejde med politiet og med Njord Law Firm. Rettighedskrænkelser var et problem allerede i 2008, hvor selskabet politianmeldte nogle forhold, men fik at vide, at selskabet selv skulle forfølge krænkelse civilretligt. RettighedsAlliancen har en strategi om at gå efter bagmændene. De har konstateret mere end 18.000 ulovlige fildelinger af filmen »Alle for tre«. Han vil tro, at det reelle tal nok nærmere er 50.000. Vidnet havde den 13. juni 2017 et møde med SØIK, hvor det blev konkluderet, at SØIK ikke kunne hjælpe. SØIK henviste endnu engang til, at selskabet selv civilretligt måtte forfølge krænkelse, da SØIK ikke ville banke på og beslaglægge alle computere i et hjem. Alternativt skulle selskabet komme med beviser for en omfattende deling. På et møde i fredags forklarede vidnet også justitsministeren om situationen. Vidnet tror på den direkte kontakt med brugeren, så man kan ændre brugerens adfærd, ikke på at gå efter bagmændene. Hvis selskabet ikke kan få adgang til ip-adresser civilretligt, kan selskabet ikke gøre noget.

Anbringender

Telenor har i processkrift af 28. marts 2018 bl.a. anført følgende:

»2 INDLEDNING

Telenor mener, at ophavsrettigheder skal respekteres, og søger generelt at medvirke til modarbejdelsen af ophavsretskrænkelser. Telenor mener dog, at retsmidlerne til forfølgelse af krænkelse skal være proportionale og forenelige med internetabonnenters grundlæggende menneskerettigheder, hvilket ikke er tilfældet i denne sag.

Den tidligere byretspraksis fremlagt af Copyright Management Services Ltd. (»CMS«) har været uden grundig prøvelse af det juridiske grundlag, herunder den udvidede argumentation fremført i denne sag. Særligt

2030

anbringenderne om fortroligheden af logningsdata er nye og er blevet relevante efter EU-Domstolens afgørelse i C-203/15 og C-698/15 (Tele2-dommen).

CMS henviser desuden til visse afgørelser fra Datatilsynet, Forbrugerombudsmanden og Advokatsamfundet. Gengivelsen af disse afgørelser er unøjagtig, da afgørelserne alene siger, at data kan behandles af CMS efter udlevering, hvis domstolene har afvejet og godkendt udleveringen forinden.

Østre Landsrets afgørelse bør derfor træffes uafhængigt af den tidligere fremlagte danske praksis og på grundlag af anbringenderne i de 3 hovedspørgsmål i sagen, der gennemgås enkeltvist nedenfor.

Det bemærkes, at Telenor og Telia for at undgå gentagelser har »fordelt« sagen således, at Telenor særligt fokuserer på de EU-retlige og persondataretlige element, mens Telia fokuserer på de civilprocessuelle forhold. Telenor påberåber sig således også det af Telia anførte.

3 DEN SÆRLIGE BESKYTTELSE AF LOGNINGSDATA

3.1 Indledningsvist om de grundlæggende rettigheder

Den EU-retlige ramme for denne sag udgøres af EU-chartret om grundlæggende rettigheder, herunder art. 17 om ejendomsret og art. 47 om effektive retsmidler på den ene side, og art. 7 om privatlivets fred, art. 8 om beskyttelsen af personoplysninger og art. 11 om ytringsfriheden på den anden side. Dette suppleres af retten til privatliv og familieliv i art. 8 i den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK).

Rettighederne skal ses i lyset af Chartrets art. 52, hvorefter rettigheder kun kan begrænses under respekt af rettighedernes væsentligste indhold og under iagttagelse af proportionalitetsprincippet med mere, samt af art. 51, hvorefter

Unionens institutioner og organer, samt medlemsstaterne, skal respektere bestemmelserne i Chartret, når de gennemfører EU-retten.

Der skal i den foreliggende sag derfor foretages en afvejning mellem CMS' ophavsretlige interesser overfor abonnenternes ret til privatliv og beskyttelse af personoplysninger - og om CMS' interesser kan begrunde en fravigelse af Telenors tavshedspligt i medfør af udbudsbekendtgørelsen (Bkg. 715/2011), som implementerer tavshedspligten i E-databeskyttelsesdirektivet (2002/58/EF). Denne sag udspringer dermed af fællesskabslovgivning.

Afvejningen af disse rettigheder blev oprindeligt behandlet i den principielle dom, C-275/06 Promusicae, hvor EU-domstolen afgjorde, at de nationale domstole skal foretage en afvejning af de nævnte grundlæggende rettigheder med hensyntagen til fællesskabsretlige principper, herunder proportionalitet.

EU-Domstolen konkluderede desuden, med henvisning til E-databeskyttelsesdirektivet, direktiv 2000/31/EF (e-handelsdirektivet), direktiv 2001/29/EF (InfoSoc-direktivet), og direktiv 2004/48/EF (Retsåndhævelsesdirektivet), at der ikke af EU-retten følger en almindelig pligt for internetudbydere til at videregive oplysninger til brug for beskyttelsen af ophavsretten under en civil retssag. Der er dog intet til hinder for, at medlemsstaterne indfører en sådan regel under respekt af de almindelige regler.

Efterfølgende har EU-domstolen i den svenske præjudicielle afgørelse kendt som »Tele2-dommen« fundet, at indsamlingen af logningsdata på måde, som den finder sted i Sverige - som svarer til de danske forhold - er disproportional og derfor i strid med charteret. De svenske (og danske) logningsregler skal derfor ændres, hvilket imidlertid endnu ikke er sket i Danmark.

3.2 E-databeskyttelsesdirektivet og den danske implementering

E-databeskyttelsesdirektivets art. 5 fastlægger teleselskabernes tavshedspligt og fortrolighed, der også vedrører trafikdata. Trafikdata reguleres desuden i art. 6, hvoraf fremgår at sådanne data skal slettes, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, jf. dog bl.a. art. 15, stk. 1.

Art. 15 vedrører anvendelsesområdet for visse bestemmelser i direktiv 95/46/EF (Persondatadirektivet), og det følger heraf, at der kan gøres indskrænkning i rækkevidden af rettighederne i bl.a. E-databeskyttelsesdirektivets art. 5 og 6. Artikel 15 er den eneste bestemmelse, der giver mulighed for at fravige direktivets øvrige bestemmelser, f.eks. gennem logning.

En indskrænkning, der er vedtaget med hjemmel i denne bestemmelse, skal derfor være begrundet i et af de oplyste hensyn i bestemmelsen, hvilket også gælder for de danske logningsregler. Retsforfølgning af civilretlige krav er ikke et af de oplyste hensyn i art. 15, og allerede derfor er indskrænkning i teleselskabernes tavshedspligt af hensyn til forfølgning af et civilretligt krav ikke muligt.

I Danmark er art. 15 i E-databeskyttelsesdirektivet udmøntet i teleloven, samt i bekendtgørelse nr. 715 af 23. juni 2011 (udbudsbekendtgørelsen). Bekendtgørelsen regulerer trafikdata, herunder hvornår teleselskaberne må behandle trafikdata i § 23, stk. 1, med henvisning til bl.a. retsplejelovens § 786, stk. 4 om telelogning.

Reglerne om logning af data fremgår af bekendtgørelse nr. 988 af 28. september 2006 (logningsbekendtgørelsen), der er udstedt med hjemmel i teleloven, og følger af art. 15 i E-databeskyttelsesdirektivet. Oplysningerne, der begæres af CMS i denne sag, er disse loggede teledata.

Logningsbekendtgørelsens § 1 beskriver formålet med logning som værende til brug for »efterforskning og retsforfølgning af

strafbare forhold.«. Ligesom E-databeskyttelsesdirektivet er der intet i logningsbekendtgørelsens ordlyd, der indikerer, at logningsdata kan anvendes til forfølgning af civile krav.

2031

Dette er særligt væsentligt i forhold til persondatareguleringen, da det følger af »Finalité-princippet« i persondatalovens § 5, stk. 2 og persondatadirektivets art. 6, stk. 1, litra b, at behandlingen af persondata alene må ske til udtrykkeligt angivne og saglige formål, og ikke senere må viderebehandles til hermed uforenelige formål. Formålet med dette princip er, at de registrerede skal kunne vide hvilke formål deres oplysninger anvendes til, og vide at oplysningerne ikke behandles til andre uforenelige formål, se i den forbindelse U.2017.1092Ø.

Idet logningsreglerne ikke nævner udlevering af logningsdata til civiles forfølgelse af ophavsretlige krænkelse som et formål, og dette må betragtes som uforeneligt med formålet for logningsdata - at der kan ske udlevering til politiet ved alvorlig forbrydelse - vil udlevering derfor være i strid med Finalité-princippet.

3.3 EU-dommene - Tele 2 og Digital Rights Ireland

Det europæiske logningsdirektiv blev kendt ugyldigt af EU-domstolen i Digital Rights Ireland dommen (C-293/12). Som konsekvens af dette er medlemsstaternes logningsregler nu baseret på hjemlen i E-databeskyttelsesdirektivets art. 15, hvilket også er tilfældet for den danske logningsbekendtgørelse.

Grænsen for anvendelsen af logningsdata blev optrukket yderligere i Tele2/Watson-dommen (C-203/15 og C-698/15), hvor EU-domstolen afgjorde, at de svenske logningsregler ikke levede op til kravene i Chartret, da logningen var for bred og udifferentieret, præmis 110-112. Domstolen behandlede herefter myndighedernes adgang til logningsdata i præmis 114-119, og konkluderede, at myndighedernes adgang skal være begrænset til det strengt nødvendige. Det er endvidere et absolut krav, at

»Hvad angår de mål, som kan begrunde en national lovgivning, der fraviger princippet om fortrolighed i forbindelse med elektronisk kommunikation, bemærkes, at for så vidt som opregningen af de mål, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58, er udtømmende, således som det er blevet fastslået i denne doms præmis 90 og 102, skal adgangen til de lagrede data faktisk og præcist opfylde et af disse mål. For så vidt som det mål, der forfølges med den pågældende lovgivning, skal stå i forhold til alvoren af det indgreb i de grundlæggende rettigheder, som denne adgang indebærer, følger det desuden 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.« (Præmis 115)

I forlængelse heraf fortsatte EU-domstolen, at foranstaltninger skal »... fastsætte klare og præcise regler, der angiver, under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser udbydere af elektroniske kommunikationstjenester skal give de kompetente nationale myndigheder adgang til de pågældende data«, præmis 116.

De begærede oplysninger i denne sag er logningsdata, der alene er opbevaret af teleselskaberne til bestemte vigtige hensyn, der ikke omfatter forfølgelsen af civilretlige krav. Der er ingen klare og præcise regler i dansk ret om, at logningsdata kan udleveres til private til at forfølge civile krav, og CMS' baserer sin begæring på de generelle editionsregler. Udlevering af logningsdata til CMS' forfølgelse af civilretlige krav, på baggrund af editionsreglerne, er derfor uforeneligt med Tele2/Watson-dommen.

Dette bekræftes af Europaudvalget, der i 2017 skrev, at »De danske logningsregler går videre end det nu ugyldige EU-logningsdirektiv. Men de danske regler indeholder samtidig en del betingelser, som den nye dom forudsætter for logning og for

politiets adgang til logningsdata. Disse betingelser er oplistet i retsplejelovens § 781 - § 784: - det er alene politiet, der må få telelogningsdata udleveret ...«.

Selv hvis udlevering kunne ske til forfølgelse af civile retssager, ville det være betænkeligt, hvis private virksomheder havde nemmere ved at få udleveret logningsdata end politiet og myndighederne. Udlevering til civile bør derfor alligevel kun ske i tilfælde, der er sammenlignelige med grov kriminalitet.

CMS' eget vidne udtalte til hovedforhandlingen i 1. instans, at ophavsretskrænkelserne i denne sag ikke er alvorlig kriminalitet, men skal ses som tyveri af tygggummi og parkeringsbøder.

Det er dermed klart, at denne sag ikke kan sammenlignes med grov kriminalitet, og begæringen bør afvises på samme vis, som hvis en kommune begærede oplysningerne udleveret til brug for inddrivelse af p-bøder. CMS kan således alene få adgang til de begærede logningsdata, såfremt retten finder, at CMS skulle have en videre adgang til logningsdata end politiet har.

Tele2/Watson-dommen nævner ingen undtagelser i tilfælde af, at oplysningerne er nødvendige for opklaring af mindre forbrydelser. Kravet om »grov kriminalitet« er absolut og også af denne grund, er det derfor uvedkommende, at oplysningerne måtte være nødvendige for CMS' retsforfølgning.

Overordnet gør Telenor derfor gældende, at udlevering af logningsdata til brug for forfølgelse af et civilretligt krav strider imod den samlede regulering af logningsdata og vil være i direkte strid med EU's charter om grundlæggende rettigheder, som det fortolkes af EU-domstolen i Tele2-dommen.

3.4 Retshåndhævelsesdirektivet

Som anført af CMS, følger det af retshåndhævelsesdirektivet, at medlemsstaterne skal fastsætte foranstaltninger og retsmidler, der er nødvendige for at sikre håndhævelsen af intellektuelle rettigheder og står »i et

2032

rimeligt forhold til krænkelsen«. I art. 6 uddybes det, at der på baggrund af »et rimeligt tilgængeligt bevismateriale, der er tilstrækkeligt til at understøtte hans påstand«, kan pålægges at udlevere oplysninger »under forudsætning af at fortrolige oplysninger beskyttes«.

Retshåndhævelsesdirektivet anerkender dermed en grænse for de anvendelige retsmidler, herunder når det er uforholdsmæssigt, når bevisførelsen er usikker, samt for at beskytte fortrolige oplysninger, såsom logningsdata. Rettighedshavere har dermed alene en begrænset adgang til retsmidler, der er forholdsmæssige - desuagtet, at der ikke er alternative retsmidler.

Det er derfor Telenors opfattelse, at retshåndhævelsesdirektivet er i overensstemmelse med retsstillingen efter Tele2-dommen, og ikke kan føre til et andet resultat. Eftersom der er tale om særligt fortrolige logningsoplysninger, og CMS i øvrigt ikke har fremlagt tilstrækkeligt bevis for den enkelte krænkelses omfang, må udlevering af data betragtes som et uforholdsmæssigt retsmiddel.

3.5 Domstolen er forpligtet til EU-konform fortolkning

Danske domstole skal tage E-databeskyttelsesdirektivet, Chartret og EU-domstolens praksis i betragtning, når de behandler denne sag, herunder når de foretager proportionalitetsvurderingen, jf. Chartrets art. 51 og 52.

Domstolene er derfor forpligtet til at fortolke dansk ret på en måde, der er forenelig med EU-reguleringen på området, og som ikke kommer i konflikt med de grundlæggende rettigheder eller almindelige EU-retlige principper, såsom proportionalitetsprincippet, jf. C-461/10 (Bonnier).

De danske regler i retsplejelovens § 299 og § 344 er formuleret åbent, og det er muligt - uden at kollidere med ordlyden af bestemmelserne - at fortolke EU-konformt ved anvendelse af de

almindelige fortolkningsmetoder, der er anerkendt i dansk ret. Både de persondataretlige regler og retsplejelovens regler om edition indeholder »skøn«, idet edition pålægges, når retten finder det »hensigtsmæssigt«, og udleveringen af persondata kan ske, hvis domstolen finder det proportionalt.

Da den ene fortolkningsmåde vil bringe dansk ret i strid med EU-retten, må pligten til EU-konform fortolkning medføre, at logningsdata ikke kan udleveres til forfølgelse af civile krav med hjemmel i retsplejelovens editionsregler. Manglende inddragelse af EU-retten i landsrettens afgørelse ville være i strid med Chartrets art. 51.

4 ADGANGEN TIL BEVISOPTAGELSE EFTER RETSPLEJELOVEN

4.1 Udgangspunktet er hemmeligholdelse

Ifølge CMS bør udlevering af logningsdata være muligt til civile formål, idet der ikke udtrykkeligt fremgår et forbud herom i hverken logningsreglerne eller retsplejeloven.

Dette er ikke korrekt fortolket.

Et specifikt forbud er ikke nødvendigt, når udgangspunktet for logningsdata er, at disse skal hemmeligholdes, jf. udbudsbekendtgørelsen (Bkg. 715/2011), medmindre en undtagelse er specifikt hjemlet. Da det fremgår af både logningsbekendtgørelsen og vejledningen hertil, at logning alene sker til »efterforskning og retsforfølgning af strafbare forhold«, er udlevering til forfølgelse af civile krav som udgangspunkt udelukket.

Der er tale om anvendelse til et nyt formål, som strider mod det oprindelige formål, set i lyset af at teledata er fortrolige og alene må behandles - både tidsmæssigt og indholdsmæssigt - til at levere teletjenesten til brugeren. Dette udgangspunkt gennembrydes af logningsreglerne for at sikre tilstedeværelsen af fortrolige oplysninger til brug for »efterforskning og retsforfølgning af strafbare forhold« - men ikke til andre formål. Som nævnt ovenfor, medfører »Finalité-princippet« i persondatalovens § 5, stk. 2, således, at der ikke kan ske udlevering til civil forfølgelse af ophavsretlige krænkelser, når dette ikke er angivet som formålet med logningsdata i lovgivningen.

En generel bestemmelse om edition bør desuden ikke kunne gennembryde bestemmelser om fortrolighed i særlovgivning uden udtrykkelig hjemmel, jf. princippet om *lex specialis*. Hvis lovgiver ønskede, at logningsdata skal kunne udleveres til civile sager om ophavsret, bør dette fremgå af loven eller forarbejderne hertil, jf. i denne retning EU-Domstolens afgørelse i C-275/06 (*Promusicae*). Selv hvis de generelle editionsregler kunne bryde fortroligheden, vil reglerne dog fortsat ikke kunne anvendes til at få udleveret data i denne sag, jf. straks nedenfor.

4.2 Editionsreglerne forudsætter en vis hensigt om at anlægge retssag

Det følger af forarbejderne til retsplejelovens § 343, at retten undtagelsesvis kan bestemme, at bevisførelse eller en del af denne skal ske inden hovedforhandlingen, når retten finder det hensigtsmæssigt. Det følger desuden, at bevisoptagelse, som alene skal tjene til vejledning for, om en sag overhovedet skal anlægges, ikke kan tillades - hvilket må betyde, at § 343 alene finder anvendelse, når parten allerede har besluttet, at en sag skal anlægges.

Kulturministeriet har udtalt, at Retsplejeloven giver mulighed for at anvende domsstolssystemet til at få udleveret abonnentoplysninger til brug for en verserende retssag. Dog uddybes det, at Retsplejelovens regler næppe kan anvendes i de situationer, hvor personoplysninger alene ønskes udleveret for at udsende »informationsbreve«. Det er således ikke hensigten med reglerne, at rettighedshavere skal anvende oplysningerne til andre

formål uden for domstolene (såsom udsendelse af breve med bøde i), men alene til verserende retssager.

2033

Selvom et udtrykkeligt krav om anlæggelse af retssag ikke fremgår af editionsreglerne, må dette udledes af ordlyden »inden retssag anlægges«, samt af at bevisoptagelse ikke kan ske »til vejledning for, om sag overhovedet skal anlægges«. Dette bestyrkes desuden af ordlyden af retsplejelovens § 340, der har en nær forbindelse til § 343, hvorefter »Når omstændighederne taler derfor, kan retten dog bestemme, at bevisførelsen eller en del af denne skal ske inden hovedforhandlingen«. Det er dermed forudsat, at bevisoptagelse skal ske for at tilvejebringe bevis til en retssag - og CMS skal derfor have til hensigt at anlægge retssager i alle tilfælde, hvor der ikke der indgås forlig.

4.3 CMS har overordnet ingen hensigt om anlæggelse af retssager

Som altovervejende hovedregel bliver der ikke anlagt retssager om disse krænkelser, når forlig ikke indgås. Tidligere udleveringer af oplysninger til Njord Law Firm har primært været anvendt til udsendelse af såkaldte »trusselsbreve« til internetabonnenterne, jf. Telias bilag A, B og R. Brevene indeholder en »opfordring til forlig«, og det fremgår, at videre undersøgelser og retssager gerne vil undgås, jf. også bilag B. Under hovedforhandlingen i 1. instans redegjorde advokat Jeppe Brogaard Clausen også for, at alle de tidligere udleverede oplysninger alene havde ført til en meget begrænset antal retssager.

I CMS' nye bilag 53 vises en række retssager, der næsten udelukkende er blevet anlagt og ført efter hovedforhandlingen i 1. instans. Dette supplerer[t] med en uspecificeret liste af sager, der umiddelbart tilsvarende er anlagt for nyligt, bilag 53.1. Denne pludselige og uforklarlige ændring af Njords praksis er utroværdig og må alene ses som et forsøg på at forbedre CMS' retsstilling i denne sag. Retten bør vurdere Njords tidligere normale praksis, samt det faktum at der fortsat alene er anlagt retssager for en forsvindende lille brøkdæl af de abonnenter, som Njord har fået udleveret oplysninger om.

For langt størstedelen af de krænkelser, som CMS ønsker oplysninger udleveret om, ligger det derfor allerede på nuværende tidspunkt helt fast, at CMS aldrig vil komme til at anlægge en retssag - enten fordi CMS ikke har viljen til det, fordi rette sagsøgte ikke kan findes, fordi krænkelsen ikke vil kunne bevises, eller fordi forlig indgås uden om domstolene.

Da CMS overordnet ikke har intention om at anlægge en retssag, og dermed ikke kan sandsynliggøre at bevisoptagelsen sker til brug for en retssag, er betingelserne for at udlevere oplysningerne på baggrund af retsplejelovens regler om edition efter § 299 og 343 ikke opfyldt.

4.4 Udlevering af oplysninger vil være uhensigtsmæssigt

I henhold til retsplejelovens § 343, kan retten undtagelsesvis bestemme, at bevisførelse eller en del af denne skal ske inden hovedforhandlingen, når retten finder det hensigtsmæssigt. Selv når bevisoptagelsen sker til brug for en retssag, har retten således et vidt skøn i forhold til, om udlevering vil være hensigtsmæssigt.

I visse tilfælde vil udgangspunktet om, at det er eftertragtelssværdigt, at sager afsluttes uden rettens involvering, skulle modificeres. I denne sag udgør abonnenterne en svagere part, hvis retssikkerhed bygger på domstolsprøvelsen af, om CMS kan løfte bevisbyrden for, at en krænkelser er begået af en abonnent. Udsendelsen af »trusselsbrevene« fra Njord presser abonnenterne til at indgå forlig i disse sager, uagtet om abonnenten er skyldig, og om CMS kan løfte bevisbyrden ved en retssag. Abonnenterne kan vælge at betale for at undgå besværet og udgifterne ved at bevise deres uskyld i en retssag, eller fordi abonnenten fejlagtigt

tror, at retten allerede har forholdt sig til vedkommendes ansvar, da retten traf afgørelse om udleveringen af oplysninger.

CMS søger at opkræve penge fra abonnenterne uden prøvelse af ophavsretskrænkelsen, og udleveringen af data muliggør denne problematiske forretningsmodel. At forretningsmodellen er uønsket, bekræftes desuden af Forbrugerrådet Tænk (Teliás bilag c), samt af at regeringen i 2012 afviste en brevmodel, bl.a. på baggrund af RettighedsAlliancen[s] udtalelser om, at breve fører til flere uønskede konsekvenser, ikke er formålstjenstlig og ikke er egnet til at imødegå ophavsretskrænkelser (Teliás bilag D). Brevene er ifølge RettighedsAlliancen mest af alt egnet til at skade advokatstandens omdømme, og brevene giver ikke nogle særlige indtægter, udover hos advokaten selv.

På baggrund af dette bør udlevering af de begærede oplysninger betragtes som uhensigtsmæssigt, da det fører til en omgåelse af formålet med retsplejelovens regler for isoleret bevisoptagelse og en svækkelse af abonnenternes retssikkerhed. Retten bør beskytte borgere mod en sådan krænkelse af deres retssikkerhed og bør på den baggrund afvise CMS' begæring.

Selv hvis retten mener, at udleveringen vil være hensigtsmæssig efter Retsplejelovens regler, skal der foretages en proportionalitetsafvejning i medfør af EU-retten, persondataretten og de grundlæggende rettigheder, der samlet fører til, at begæringen må afvises, som uddybet nedenfor.

5 PROPORTIONALITETSAFVEJNINGEN

5.1 Persondataretten

Ud over at være logningsdata, er de begærede oplysninger personoplysninger omfattet af persondataloven. Det følger af det grundlæggende persondatarelige princip i persondatalovens § 5, stk. 3, at oplysninger, som behandles, skal være relevante og tilstrækkelige og ikke omfatte mere, end hvad der kræves til opfyldelse af de formål som oplysningerne behandles til. Andet led i

2034

denne bestemmelse fastlægger, at behandlingen af oplysninger er undergivet et proportionalitetsprincip, hvorefter man skal afveje det saglige hensyn, som behandlingen sker til varetagelse af, med de berørte personers ret til beskyttelse af deres persondata.

Som udgangspunkt vil navn, adresse, emailadresse og lignende være almindelige personoplysninger. Udleveringen af data vil dog også kunne medføre behandling af andre typer oplysninger, herunder særligt når en abonnents navn sættes i forbindelse med en strafbar handling (ophavsretskrænkelser), samt efter omstændighederne i tilfælde, hvor den registrerede sættes i forbindelse med film indeholdende følsomme elementer (porno, politiske eller religiøse budskaber, info om sygdomme mv.), se f.eks. bilag E-I.

Denne sag vedrører ikke umiddelbart film med følsomme elementer for så vidt angår Telenors abonnenter. De begærede oplysninger bliver dog sammenkoblet med følsomme oplysninger om strafbare forhold, og er derfor beskyttet mod videregivelse i overensstemmelse med persondatalovens § 8, stk. 2. Typen af personoplysninger, der behandles, skal således inddrages i proportionalitetsvurderingen.

Udlevering af navn og kontaktoplysninger på abonnenter, til brug for retslig forfølgelse eller udsendelse af indkrævninger, er af indgribende karakter for abonnenterne, jf. den udvidede beskyttelse af teledata i E-databeskyttelsesdirektivet. Dette skærper kravene til den bevisførelse, som CMS skal føre for at sandsynliggøre, at den, om hvem oplysningerne begæres udleveret, har foretaget den påståede krænkelse, samt at de begærede oplysninger er egnede, nødvendige og proportionale ift. CMS' interesser.

Fordelingen af private- og erhvervsabonnenter i denne sag vides ikke, men der vil som udgangspunkt være tale om behandling af personoplysninger, uanset om der er tale om erhvervsabonnenter eller private abonnenter, da et erhvervsabonnement ofte kan henføres til bestemte personer i virksomheden. Udleveringen af data ift. et erhvervsabonnement kan være særligt alvorligt, idet CMS' efterfølgende udsendelse af breve kan afsløre oplysninger om den ansatte over for arbejdsgiveren, der kan få alvorlige konsekvenser for vedkommende.

Kontakten til en internetabonnent ved brev eller stævning, når denne ikke er den ansvarlige for krænkelsen, vil i praksis medføre en videregivelse af følsomme oplysninger til tredjemand. En sådan videregivelse forudsætter efter persondatadirektivet og EMRK art. 8, at der for hver enkelt udlevering skal ske en forudgående prøvelse af nødvendighed og proportionalitet. Ved afvejningen bør der derfor lægges særligt vægt på, at videregivelsen af oplysningen om ophavsretskrænkelser kan være af indgribende karakter, da afsløringen kan bringe krænkeren i unåde hos bl.a. abonnenten.

5.2 Kumulativ eller individuel vurdering af krænkelse

Landsrettens proportionalitetsafvejningen skal foretages i forhold til den enkelte krænkelse, begået af det enkelte individ - idet persondataretten, herunder Chartrets art. 8, netop søger at beskytte det enkelte individ. Det er derfor forkert at foretage vurderingen på baggrund af en samlet kumulativ vurdering af alle de oplistede krænkelse i sagen, ligesom det er retssikkerhedsmæssigt betænkeligt at begrænse et individs grundlæggende rettigheder på baggrund af et kollektivt ansvar for andre individers handlinger. Retten på Frederiksberg lægger derfor vægt [på] et usagligt kriterie, når det anføres, »... at krænkelse samlet set har et betydeligt omfang«.

Det bør ikke være afgørende for parternes retsstilling, hvorvidt krænkelse behandles samlet eller hver for sig, og CMS bør ikke opnå en forbedret retsstilling ved at samle en liste af urelaterede krænkelse. En sådan retsstilling ville medføre, at rettighedshavers evne til at håndhæve sine rettigheder afhang af mængden af værker, denne har rettigheder til. Hverken i dansk ophavsret eller i EU-retten er der hjemmel til, at rettighedshaveres adgang til retsmidler skal afhænge af akkumuleringen af rettigheder og krænkelse, eller til at foretage »kollektive tvangsindgreb«.

Landsretten bør derimod vurdere krænkelse på samme vis, som den Norske Høyesterett gjorde i afgørelsen fremlagt i bilag A, hvor retten nåede frem til, at der skal foretages en konkret afvejning, og at der kun kan ske udlevering, hvis den enkelte krænkelse er af et vist omfang.

Som nævnt forklarede CMS' eget vidne, at den enkelte krænker i denne sag ikke er en hårdet kriminel, og at den enkelte krænkelse kan sammenlignes med en p-bøde eller at stjæle et tyggegummi. Det er i denne sag tydeligt disproportionalt at tillade et tvangsindgreb i den enkeltes menneskerettigheder på baggrund af en krænkelse, der skal sammenlignes med en p-bøde, og hvis omfang ikke er bevist.

5.3 CMS har alene bevist provokerede krænkelse af meget begrænset omfang

CMS har hverken gjort gældende eller ført bevis for, at nogen konkret abonnent hos Telenor individuelt har begået en krænkelse, som går ud over et begrænset omfang. Værdierne i bilag 1, 44, 46 og 47, viser derimod kun meget begrænsede informationer:

1. Swarm size - »det antal brugere, der deler og downloader en film i et BitTorrent-netværk i løbet af enhver aktuelt dag«. Dette er alene generel information om, at der på verdensplan begås krænkelse af et ubestemt omfang. Oplysningen bekræfter desuden, at den enkelte krænkelse er ubetydelig i det samlede billede og for de samlede bestræbelser på

2035

at stoppe ophavsretskrænkelserne. »Audience size« er tilsvarende generel information, og uden konkret betydning for den enkelte krænkelse.

2. Client - »hvilken BitTorrent-klient, der er blevet brugt til at downloade og dele en fil«. BitTorrent-klienter er computersoftware og kan normalt anvendes til både lovlige og ulovlige formål. Besiddelse af en BitTorrent-klient er ikke i sig selv en krænkelse, og er derfor irrelevant ift. vurderingen af en krænkelse.
3. Hashes - »... repræsenterer, hvor mange forskellige hovedfiler en bruger har delt med MaverikMonitor«. Captures/Title - »hvor mange gange en bruger har delt det aktuelle værk med Maverik-monitor« Captures - »samtlige »captures« for samtlige værk[er], som Maverickeye UG har aftale om at afdække fildeling for«. Værdierne relaterer sig alene til, hvor mange gange Maverick-monitor har igangsat en provokeret deling, og viser kun, at det har været muligt at igangsætte en overførsel. Værdierne i Captures/Title og Captures er indholdsløse, da MaverickMonitor hurtigt selv kan fremprovokere et hvilket som helst antal captures, imens antal reelle delinger med andre er ukendt og kan være nul. Værdien i »Captures« er endvidere betydningsløs for denne sag, da det er en værdi for samtlige værker, som Maverickeye UG afdækker fildeling for, og ikke kun de værker som CMS har rettigheder til at påtale krænkelser for.
4. Xref - »... Maverickeye UG har ingen konkrete data, der viser, at en bruger har downloadet det fuldstændige værk eller delt værket for alle de filtitler XRef-værdierne omfatter«. Værdien relaterer sig til tilknytningen af swarms, der som nævnt blot er en generel uspecifik angivelse af alle deltagere, der potentielt kunne have deltaget i delingen af et værk på verdensplan. Det er uklart om værdien overhovedet er begrænset til værker som CMS har rettigheder til.

Det påhviler CMS at løfte bevisbyrden for den enkelte krænkelse, hvilket retten må vurdere, om CMS har gjort. Telenor kan alene konstatere, at de fremlagte lister blot beviser tilstedeværelsen af en andel af en fil på en bestemt IP-adresse, men ingen egentlige detaljer om de enkelte krænkelers omfang.

Der er intet oplyst om, hvor mange filen er delt med eller hvor meget af filen var tilgængelig på IP-adressen. Der kan derfor reelt være tale om et ubrugeligt lille stykke af filen, som kun var tilgængelig kortvarigt og aldrig blev delt i øvrigt, f.eks. pga. sletning, flytning eller hvis computeren stod slukket.

Sondringen mellem at have hentet et filmværk ned og at tilgængeliggøre samt distribuere dette filmværk til andre er i øvrigt ikke skarpt opdelt inden for peer-to-peer fildeling, da mange »clients« er forudindstillet til at videredele. Brugeren er ikke nødvendigvis bekendt med, at denne bidrager til videredelingen, og det vil ofte kræve en aktiv målrettet handling at slå dette fra. Det bør derfor inddrages i proportionalitetsafvejningen, at der ikke er tale om bevidste, kommercielle eller grove overtrædelser.

De registrerede IP-adresser viser alene hen til den router, som forbinder enhederne på et netværk til internettet. Andre både inden for og uden for en abonnents hjem kan forbinde til et trådløst netværk, hvis netværket er usikret, eller ved brug af adgangskode eller hacking. Dette kan dermed ske uden internetabonnentens viden eller samtykke, og krænkelserne kan derfor være begået af enhver person med adgang til routeren.

Det er endvidere normalt og tilladt for en abonnent at give andre i husstanden adgang til routeren, herunder også gæster. Abonnenter er ikke objektivt ansvarlige for, hvad deres internetforbindelse

bliver brugt til, selv i tilfælde hvor forbindelsen er usikret. Det er således heller ikke sandsynliggjort, at krænkeren også er abonnenten, som CMS ønsker oplysninger udleveret om.

CMS' rettigheder går ikke forud for, og berettiger ikke en krænkelse af, en uskyldig persons rettigheder. Formodningen for abonnenternes uskyld og den uberettigede krænkelse af abonnenternes rettigheder bør tillægges særlig vægt ved rettens vurdering. Proportionalitetsafvejningen bør derfor ikke falde ud til fordel for CMS, når CMS ikke kan sandsynliggøre, at abonnenterne er de ansvarlige for krænkelserne.

Telenor mener i lyset af ovenstående, at et indgreb i abonnenternes rettigheder ikke kan eller bør godkendes på så spinkelt et bevismæssigt grundlag, særligt ikke når de beviste krænkelser er provokerede og af begrænset omfang. På den modsatte side, er der tale om alvorlige brud på potentielt uskyldige abonnenters grundlæggende rettigheder og et tvangsindgreb i de særligt beskyttede logningsoplysninger. At CMS har svært ved at forfølge krænkelserne ellers, bør ikke føre til et andet resultat.

På baggrund af alle de ovenstående betragtninger gør Telenor overordnet gældende, at landsrettens proportionalitetsafvejning tydeligt bør falde ud til fordel for Telenor, således at CMS' begæring afvises.

6 NY NORDISK RETSPRAKSIS

Som CMS har bemærket, kan der være forskelle i de nationale lovgivninger, der gør at udenlandsk retspraksis kun har begrænset betydning for den foreliggende vurdering.

Det afgørende ved den nordiske praksis, der fremlægges af Telenor i denne sag, er ikke de nationale retsregler, men derimod at flere nordiske højesteretsdomstole har begrænset en tidligere lempelig praksis for udlevering af logningsdata efter Tele2-dommen.

2036

Den finske Højesteret afsagde således dom den 8. december 2017 i sag KKO:2017:85, der vedrørte udlevering af logningsdata til brug for CMS' forfølgelse af ophavsretskrænkelser. I dommen afgjorde Højesteret, at teleselskabet kun kunne udlevere almindelige data, som teleselskabet havde til egne behov, men kunne ikke pålægges at udlevere de oplysninger, som alene opbevares som logningsdata pga. en retlig forpligtelse. Dette til trods for, at der i sagen var tale om et betydeligt antal filmværker og krænkelser, og uanset at oplysningerne måtte betragtes som uundværlige for at kunne afklare ophavsrettighedskrænkelserne og præcisere kravene.

Den Norske Høyesterett traf tilsvarende en kendelse den 26. april 2017 (bilag A), hvor en begæring om udlevering af oplysninger på abonnenter med tilknytning til bestemte IP-adresser blev afvist. Høyesterett udtalte, at det fulgte af forarbejderne til den norske åndsverkslov, at der i den enkelte sag måtte foretages en konkret afvejning af retten til privatliv over for rettighedshaverens interesser. For at en begæring kunne tages til følge, måtte hensynene, som talte for udlevering af oplysningerne, veje tungere end hensynet til tavshedspligten, og vurderingen skulle tage udgangspunkt i krænkelens grovhed, omfang og skadevirkning. Oplysninger kunne ifølge retten kun udleveres, hvis retten var af et vis omfang.

Ligesom i denne sag, erkendte rekvirenten, at det ikke var muligt at sandsynliggøre det præcise omfang af krænkelserne, og retten fandt, at de fremlagte beviser reelt ikke svarede på, om der var sket deling af materialet med andre end det anvendte »eftersøkningsprogram«. Retten nåede på den baggrund frem til, at retten til privatliv måtte vægte højest, og at oplysningerne ikke skulle udleveres.

Østre Landsret bør i denne sag tilsvarende genoverveje den lempelige danske praksis i lyset af Tele2-dommen, og retten bør foretage den samme afvejning som den Norske Høyesterett som

følge af C-275/06 *Promusicae* dommen. Tilsvarende den norske Høyesteretssag har CMS i den foreliggende sag ikke ført bevis for grovheden af den enkelte IP-adresses potentielle krænkelse, hvilket må komme abonnenterne til gode i proportionalitetsafvejningen.

6.1 *Norsk tingsretspraksis*

CMS har i bilag 52 fremlagt en norsk tingretts kendelse afsagt efter ovennævnte Høyesteretts dom. Det bør indledningsvist bemærkes, at dommen har begrænset betydning, da der alene er tale om en tingretts sag, og sagen er desuden blevet kæret. I sagen havde CMS oprindeligt begæret udlevering af oplysninger på 23.375 IP-adresser, og efter Høyesteretts dom frafaldt CMS sin begæring for hele 19.711 af IP-adresserne, da de ikke opfyldte den tærskel som Høyesterett opstillede.

Måden CMS udlægger dommen på, er ikke retvisende. Den norske tingrett godkendte udlevering af oplysninger, men byggede dette på en konkret vurdering af yderligere omfattende og detaljeret dokumentation om krænkelse (sammenlagt ca. 3000 sider i sagen). Krænkelse var i sagen desuden blevet inddelt i kategorier baseret på forskellige parametre. Retten lagde specifik vægt på, at beviserne i denne sag gav langt bedre mulighed for at vurdere omfanget af hver enkelt krænkelse, end der havde været i Høyesteretssagen.

Ifølge CMS, er der i den foreliggende sag fremlagt »... eksempler, som de skærmbilleder af fildelingsprogrammer, der var fremlagt for Oslo tingrett«. Det bør dog bemærkes, at der alene er fremlagt et enkelt eksempel for en enkelt IP-adresse i den foreliggende sag. Der er derfor ikke sket den samme specificering af krænkelses alvor i denne sag, som der skete i sagen for den norske tingrett.

Det må på den baggrund slås fast, at det eneste p.t. sikre er, at den Norske Høyesterettsdom fik en klar begrænsende virkning for, hvornår der kan ske udlevering af oplysninger. Sagen bekræfter indtil videre, at der fremover vil blive stillet betydeligt skærpede krav til bevisførelsen, og at udlevering forudsætter, at krænkelse har et vist omfang - hvilket også bør være tilfældet for dansk ret.

7 OPSUMMERING AF ANBRINGENDER

Til støtte for påstanden om, at editionsbegæringen skal nægtes fremme, gøres det sammenfattende gældende, at logningsdata ikke lovligt kan udleveres til privates forfølgelse af ophavsretskrænkelser, at CMS ikke kan anvende retsplejelovens regler om edition som hjemmel til udleveringen, samt at en samlet proportionalitetsafvejning falder ud til fordel for Telenor og abonnenterne.

Der skal i sagen foretages en proportionalitetsafvejning mellem CMS' og abonnenternes grundlæggende rettigheder og interesser samt Telenors hemmeligholdelsespligt for logningsdata i medfør af Bkg. 715/2011 (udbudsbekendtgørelsen) og E-databeskyttelsesdirektivet (2002/58/EF). Hemmeligholdelsen kan kun indskrænkes på baggrund af et af de oplyste hensyn i E-databeskyttelsesdirektivets art. 15, hvor civile søgsmål ikke er nævnt.

EU-domstolen slog i C-203/15 og C-698/15 (*Tele2/Watson*) fast, at myndighedernes adgang til logningsdata skal være begrænset til det strengt nødvendige. Det er et absolut krav, at det på området for forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af straffelovsovertrædelser alene er bekæmpelse af grov kriminalitet, der kan begrunde adgang til de lagrede data. Udlevering kan desuden alene ske på baggrund af klare og præcise regler for, under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser de kompetente nationale myndigheder kan gives adgang.

Det persondataretlige »Finalité-princip« i persondatalovens § 5, stk. 2 betyder, at der ikke kan ske udlevering

2037

af data til brug for civil håndhævelse af ophavsrettigheder, når ikke dette er angivet som et formål med logningen af teledata, jf. også U.2017.1092Ø.

Telenor gør gældende, at Tele2-dommen skal forstås således, at udlevering kan endvidere alene ske, når der er klare og præcise regler, hvilket der ikke er i Danmark for udlevering til private. Selv såfremt der var, bør udlevering være begrænset til tilfælde, der kan sammenlignes med grov kriminalitet, da der ellers vil være en videre adgang til oplysningerne, end politiet og myndighederne har. Der er i denne sag tydeligvis ikke tale om krænkelse, der kan sammenlignes med grov kriminalitet, og begæringen bør derfor afvises.

Østre Landsret skal inddrage ovenstående i vurderingen af denne sag, da dansk ret skal søges fortolket på en EU-konform måde, som ikke kommer i konflikt med de grundlæggende rettigheder, herunder proportionalitetsprincippet, jf. Chartrets art. 51 og 52 samt C-461/10 (*Bonnier*). Dette kan ske uden at komme i konflikt med bestemmelsesens ordlyd, idet editionsreglerne i Retsplejelovens §§ 229 og 344 giver retten et skøn til at pålægge edition, når det er hensigtsmæssigt, ligesom EU-retten og persondataretten indebærer et skøn i den konkrete proportionalitetsafvejning.

Bevisoptagelse efter retsplejelovens regler om edition

Det gøres gældende, at udgangspunktet for logningsdata er hemmeligholdelse, og at der ikke i dansk ret eksisterer en klar og specifik hjemmel til at udlevere til private, jf. C-275/06 (*Promusicae*) og Tele2-dommen. CMS kan ikke basere sin begæring på retsplejelovens generelle editionsregler, og Danmark er ikke forpligtet til at sikre udlevering af logningsdata, jf. retshåndhævelsesdirektivets art. 6 og 8, idet udlevering forudsætter, at dette er forholdsmæssigt, at fortrolige oplysninger beskyttes, og at CMS har fremført et rimeligt tilgængeligt bevismateriale, der er tilstrækkeligt til at understøtte sin påstand.

Det følger af lovforarbejderne til retsplejelovens § 343, at CMS skal have til hensigt at anlægge retssager, for at reglerne om edition kan finde anvendelse. Tidligere praksis viser tydeligt, at Njord og CMS alene udsender »bødebreve«, jf. Telias bilag A, B og R, og kun rent undtagelsesvist anlægger retssager mod nogle få af de utallige abonnenter, som oplysninger udleveres om.

Da det ikke kan sandsynliggøres, at bevisoptagelse sker til brug for en retssag, er betingelserne for edition efter retsplejelovens §§ 299 og 343 ikke opfyldt. Selv hvis betingelserne var opfyldt, bør udlevering betragtes som uhensigtsmæssigt af retten, idet Njords og CMS' brevmodel (i) er en trussel for abonnenternes retssikkerhed, (ii) omgår formålet med retsplejelovens regler om isoleret bevisoptagelse, og (iii) generelt er uønskelig for samfundet, jf. Telias bilag C og D.

Proportionalitet

De begærede oplysninger er persondata omfattet af persondataloven, herunder §§ 5, 6 og 8. Udleveringen af data er af indgribende karakter for abonnenterne, jf. den særlige beskyttelse af logningsdata, hvilket skærper kravet til bevisførelsen for, at det individ, om hvem oplysningerne begæres udleveret, har foretaget den påståede krænkelse, samt at de begærede oplysninger er egnede, nødvendige og proportionale i forhold til CMS' interesser.

Landsrettens proportionalitetsafvejning skal foretages i forhold til den enkelte krænkelse begået af det enkelte individ, idet persondataretten, herunder Chartrets art. 8, søger at beskytte det enkelte individ. Det er forkert og retssikkerhedsmæssigt betænkeligt at foretage en kumulativ vurdering af krænkelse i sagen samt at begrænse abonnenternes rettigheder på baggrund af et kollektivt ansvar. Landsretten bør, ligesom den Norske Høyesterett (bilag A), afgøre, at der skal foretages en konkret afvejning, og at der kun kan ske udlevering, hvis hver enkelt krænkelse er af et vist omfang.

CMS har ikke ført tilstrækkeligt bevis for den enkelte krænkelses omfang, og krænkelse skal sammenlignes med en p-bøde eller at stjæle tyggegummi. De få konkrete beviser, der er blevet fremlagt, er provokerede krænkelse, som MaverickMonitor selv har iværksat. Omfanget af krænkelse er i øvrigt ren spekulation, og der er ingen beviser for, at abonnenterne er dem, der har foretaget krænkelse. Enhver tvivl om krænkelse bør komme abonnenterne til gode i afvejningen, og det er derfor disproportionalt at tillade tvangsindgreb på den baggrund.

Telenor mener i lyset af ovenstående, at et indgreb i abonnenternes rettigheder ikke kan eller bør godkendes på så spinkelt et bevismæssigt grundlag, ligesom indgrebet vil ramme helt uskyldige personer, der intet ansvar har for krænkelse. En samlet proportionalitetsafvejning af CMS' spinkle bevisgrundlag over for det voldsomme indgreb i Telenors hemmeligholdelsespligt og abonnenternes grundlæggende rettigheder bør derfor klart føre til en afvisning af CMS' begæring.«

Telia har i processkrift af 27. marts 2018 bl.a. anført følgende:

»ANBRINGENDER

Telia gør følgende overordnede anbringender gældende:

Udlevering af personoplysninger, der er logget i medfør af logningsbekendtgørelsen, kan kun finde sted i forbindelse med politiets efterforskning af strafbare forhold.

Retsplejelovens betingelser for isoleret bevisoptagelse og editionspålæg er ikke opfyldt, da udlevering af de efterspurgte personoplysninger ikke sker til brug for anlæg af retssag.

2038

Hensynet til håndhævelsen af immaterielle rettigheder må efter en proportionalitetsafvejning vige for beskyttelsen af persondata.

Nærmere om anvendelse og udlevering af personoplysninger logget i medfør af logningsreglerne

Hjemlen til logning af datatrafik

Det er en forudsætning for CMS's anmodning om udlevering af personoplysninger, at teleselskaberne foretager logning af abonnenternes IP-adresser efter logningsreglerne. Derved bruger CMS logningsreglerne som løftestang for privat retsforfølgelse (»trusselsbreve«) af immaterialretskrænkelser. Uden logningsreglerne ville teleselskaberne kun være berettiget til at opbevare data om tildelte IP-adressers forbindelse til abonnenter i ganske kort tid og ville dermed ikke være i stand til at efterkomme editionsbegæring som den foreliggende. Der henvises til persondatalovens § 23.

Logningspligten er hjemlet i retsplejelovens § 786, stk. 4, hvoraf det fremgår, at teleselskaberne er forpligtede til at foretage registrering og opbevaring i ét år af oplysninger om teletrafik til brug for efterforskning og retsforfølgning af strafbare forhold.

Logningsbekendtgørelsen indeholder nærmere regler om logningen og angiver blandt andet i § 1:

»Udbydere af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere skal foretage registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik, der genereres eller behandles i udbyderens net, således at disse oplysninger vil kunne anvendes som led i efterforskning og retsforfølgning af strafbare forhold.«

Det fremgår med andre ord både af hjemmelsgrundlaget og af bekendtgørelsen, at oplysningerne skal registreres og opbevares til brug for efterforskning og retsforfølgelse af strafbare forhold.

Logningsreglerne er en fravigelse fra hovedreglen i artikel 5 i E-databeskyttelsesdirektivet, som pålægger medlemsstaterne at sikre kommunikationshemmeligheden. Kommunikationshemmeligheden er også hjemlet i EU's Charter om grundlæggende rettigheder, jf. artikel 7, 8 og 11.

Fortolkning af logningsreglernes anvendelsesområde

Da logningsreglerne er en fravigelse fra hovedreglen om beskyttelse af persondata generelt og om meddelelshemmeligheden specifikt, gøres det gældende, at logningsreglerne skal fortolkes indskrænkende, således at loggede oplysninger kun må bruges til de udtrykkeligt angivne formål, altså politiets efterforskning og retsforfølgning af strafbare forhold, og under iagttagelse af de retssikkerhedsgarantier, som er indeholdt i retsplejelovens kapitel 71 og kapitel 74, herunder §§ 806 og 781, jf. § 801, stk. 3.

Den danske hjemmel i retsplejelovens § 786 er placeret i retsplejelovens kapitel 71 om indgreb i meddelelshemmeligheden mv. Det følger af § 781, at indgreb kun må finde sted, når det sker som led i efterforskning af en lovovertrædelse, som efter loven kan straffes med fængsel i seks år eller derover, en forsætlig overtrædelse af en række opregnede bestemmelser i straffeloven eller en overtrædelse af udlændingeloven.

Selvom selve udleveringen af abonnentoplysninger, der kæder personoplysninger sammen med en IP-adresse, ikke nødvendigvis er indgreb i meddelelshemmeligheden, så følger det af retsplejelovens § 801, stk. 3, at betingelserne i § 781 skal være opfyldt for udlevering af lagrede teleoplysninger.

Til støtte for Telias fortolkning af logningsreglernes anvendelsesområde taler også forarbejderne til den ændring i den dagældende telelov, som blev indført samtidig med vedtagelsen af logningsbekendtgørelsen i 2006. Der henvises til lovforslag nr. 63 af 3/11 2006, hvormed der blev fremsat forslag om indføjeelse af en bestemmelse i telelovens § 15, stk. 1, nr. 1, hvorefter:

»... det tekniske udstyr og de tekniske systemer, udbyderen anvender, er indrettet således, at politiet kan få adgang til oplysninger om teletrafik samt til at foretage indgreb i meddelelshemmeligheden i form af historisk teleoplysning og udvidet teleoplysning, jf. lov om rettens pleje kapitel 71 og 74.«

En tilsvarende forpligtelse findes i den nugældende telelov § 10.

Lovforslaget blev i 2006 blandt andet ledsaget af følgende bemærkninger:

»De i lovforslaget indeholdte ændringer af regler om udbydernes udstyr og systemer skal alene muliggøre adgang for politiet i henhold til retsplejeloven. Ændringerne vil således ikke medføre, at det bliver lettere for andre - herunder for personer, der er ansat hos eller udfører arbejde for udbyderne - at få adgang til oplysninger, som er dem uvedkommende.«

Til støtte for Telias fortolkning af anvendelsesområdet taler også EU-Domstolens dom af 21. december 2016 i sag C-203/15 og C-698/15 (Tele2/Watson). Domstolen udtalte, at logningshjemlen i artikel 15 i E-databeskyttelsesdirektivet generelt skal anvendes og fortolkes med forsigtighed. Domstolen udtalte, at hjemlen til, at medlemslandene kan vedtage indskrænkninger i kommunikationshemmeligheden, ikke kan begrunde en national lovgivning, der med henblik på bekæmpelse af kriminalitet fastsætter en generel og udifferentieret lagring af samtlige trafikdata.

Domstolens præmis 112 er sålydende:

»Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at bestemmelsen 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

2039

forbindelse med samtlige midler til elektronisk kommunikation.«

Domstolen udtalte videre, at national lovgivning skal fastsætte klare og præcise regler, der regulerer rækkevidden og anvendelsen af lagrede data og skal sikre, at de personer, hvis data er blevet lagret, råder over tilstrækkelige garantier, der gør det muligt

effektivt at beskytte deres personlige oplysninger mod risikoen for misbrug. Præmis 109 om hjemlen i direktivets artikel 15 er sålydende:

»For at opfylde de krav, der er anført i denne doms foregående præmis, skal en sådan national lovgivning for det første fastsætte klare og præcise regler, der regulerer rækkevidden og anvendelsen af en sådan foranstaltning om lagring af data, og som opstiller en række mindstekrav, således at de personer, hvis data er blevet lagret, råder over tilstrækkelige garantier, der gør det muligt effektivt at beskytte deres personlige oplysninger mod risikoen for misbrug ...«

Den danske logningsbekendtgørelse og reglerne om adgang til de loggede data er i tråd hermed afgrænset til politiets efterforskning af grove strafbare forhold med de retssikkerhedsmæssige garantier, der er gengivet ovenfor, jf. herved Retsplejelovens §§ 781 og 801.

Krænkelser af ophavsrettigheder er i intet tilfælde undergivet en straf ramme på mere end seks års fængsel. Indkærede har i øvrigt ikke anmodet om udlevering af oplysningerne til brug for en strafferetlig påtale af de påståede krænkelser. Der er derfor ikke hjemmel i dansk lovgivning til at udlevere og anvende de loggede oplysninger som ønsket af rekvirenten.

Telia er kun i besiddelse af de ønskede oplysninger til opfyldelse af en pligt til under ganske strenge betingelser at udlevere disse til brug for politiets efterforskning af grov kriminalitet. Dette faktum bør naturligvis ikke kunne udnyttes af private aktører, der som led i en præventiv kampagne mod ulovlig fildeling ønsker at rette henvendelse til teleabbonenter, fra hvis netværk en angivelig ulovlig fildeling har fundet sted.

CMS synes med henvisning til Promusicae- og Bonnier-dommene at argumentere for, at data, der er lovligt logget, lovligt kan anvendes til civilretlig forfølgelse af ophavsretlige krænkelser.

Promusicae-dommen tager stilling til medlemsstaternes *ret* (min fremhævnings) til at vedtage indskrænkninger i kommunikationshjemmeligheden i overensstemmelse med artikel 15 i E-databeskyttelsesdirektivet. Det fremgår klart af præmis 55, at artikel 15 ikke indeholder nogen *pligt* (min fremhævnings) for staterne til at give adgang til at anvende trafikdata til civilretlig forfølgelse. Dommen udtaler videre i præmis 57, at selvom de tre forelagte direktiver i dommen - E-handelsdirektivet, Infosoc-direktivet og Retshåndhævelsesdirektivet - alle sigter mod at sikre effektiv beskyttelse af immaterielle rettigheder, så følger det af de pågældende direktiver, at persondatabeskyttelsen går forud for beskyttelse af immaterielle rettigheder efter de samme direktiver.

Bonnier-dommen udtalte på linje hermed, at det nu ophævede logningsdirektiv ikke hindrede nationale bestemmelser indført til implementering af artikel 8 i retshåndhævelsesdirektivet, som giver mulighed for at pålægge en internetudbyder at give abonnentoplysninger om bestemte IP-adresser, forudsat at den domstol, der anmodes om at give et sådant påbud, skal afveje de modstående interesser mod hinanden.

Bonnier-dommen var resultatet af en præjudiciel forelæggelse fra den svenske Højesteret. I Sverige er der til implementering af artikel 8 i retshåndhævelsesdirektivet indført en særlig hjemmel i den svenske ophavsretslovs § 60a til at kræve udlevering af de efterspurgte personoplysninger.

I Danmark er artikel 8 implementeret ved vedtagelsen af lov nr. 279 af 5. april 2006 om indførelse af kapitel 29a i retsplejeloven om oplysningspligt ved krænkelser af immaterialrettigheder mv.

Dette kapitel indeholder imidlertid kun hjemmel til at pålægge parter og tredjemænd at fremlægge beviser, oplysninger eller andet *under en verserende retssag* (min fremhævnings).

Det var ifølge forarbejderne Justitsministeriets opfattelse, at der ikke som følge af retshåndhævelsesdirektivet var behov for at ændre

de danske regler om tredjemandsedition, men at reglerne om partsedition ikke fuldt ud levede op til kravet i retshåndhævelsesdirektivets artikel 8.

Det må dermed lægges til grund, at den danske implementering af retshåndhævelsesdirektivet ikke giver hjemmel til informationspålæg til tredjemænd, fx internetudbydere, der går videre, end hvad der allerede er hjemlet i retsplejelovens § 343, og at hverken artikel 8 i retshåndhævelsesdirektivet eller artikel 15 i e-databeskyttelsesdirektivet pålægger Danmark at indføre regler svarende til fx de svenske regler.

Nærmere om retsplejelovens regler om isoleret bevisoptagelse og edition

For det tilfælde, at Østre Landsret ikke måtte finde, at logningsbekendtgørelsen og hjemmelsgrundlaget udelukker pålæg om udlevering af de efterspurgte abonnentoplysninger i den foreliggende sag, gøres det gældende, at retsplejelovens almindelige betingelser for isoleret bevisoptagelse og edition i den civile retspleje ikke er opfyldt.

Isoleret bevisoptagelse

Retsplejelovens § 343, stk. 1, er sålydende:

»Retten kan tillade, at der optages bevis, selv om dette ikke sker til brug for en verserende retssag. Anmodning om bevisførelse indgives til retten på det sted, hvor vidnet bor eller opholder sig, eller for så vidt angår

2040

syn og skøn til retten på det sted, hvor genstanden for forretningen findes. Anmodning om optagelse af bevis i udlandet indgives til retten på det sted, hvor sagen eventuelt skal anlægges her i landet.«

Bestemmelsen i § 343 har en nær sammenhæng med § 340, hvorefter der:

»Når omstændighederne taler derfor, kan retten dog bestemme, at bevisførelsen eller en del af denne skal ske inden hovedforhandlingen.«

Det er altså en forudsætning for anvendelsen af § 343, at bevisoptagelsen sker med henblik på tilvejebringelse af bevis til en retssag.

Denne fortolkning støttes af forarbejderne til bestemmelsen, hvoraf fremgår:

»Isoleret bevisoptagelse forudsætter således, at parterne eller en af dem har en særlig interesse i, at bevisoptagelsen finder sted, *inden retssag anlægges*, og dette må sandsynliggøres over for retten, inden denne kan give tilladelse til bevisoptagelse.« (min fremhævnings)

Rekvirenten skal derfor sandsynliggøre, at den isolerede bevisoptagelse sker til brug for en efterfølgende retssag.

Det fremgår videre:

»En bevisoptagelse, som alene skal tjene til vejledning for, om sag overhovedet skal anlægges, kan heller ikke tillades, men derimod efter omstændighederne nok, hvis bevisoptagelsen er nødvendig for, at »parten« kan finde ud af, hvem han skal sagsøge.«

En begæring om bevisoptagelse, som alene skal tjene til vejledning for, om en sag overhovedet skal anlægges, skal afvises. Undtagelsen hertil er, hvis rekvirenten kan godtgøre, at bevisoptagelsen er nødvendig for at afklare, hvem der er rette sagsøgte. Det forudsætter imidlertid stadig, at rekvirenten har en intention om at indlede retssag.

Telia gør gældende, at oplysningerne ikke er begæret udleveret med henblik på anlæg af retssag. Telia har i alle processkrifter både for byretten og for Landsretten opfordret CMS til at dokumentere, at der er anlagt retssager mod nogen af de abonnenter, om hvem der er udleveret personoplysninger i kraft af tidligere editionspålæg over for Telia eller over for andre teleselskaber. Der henvises til svarskrift af 20. juni 2017, punkt 13, samordnet svarskrift af 19.

juli 2017, punkt 38, duplik af 14. august, punkt 17, kæreskrift af 6. november 2017, punkt 62, kære-replik af 28. december 2017, punkt 8, samt Telias processkrift af 18. januar 2018.

Indtil indkæredes processkrift II for Landsretten af den 4. marts 2018 har der ikke foreligget oplysninger om mere end en enkelt retssag, som blev afgjort ved Retten i Glostrup den 13. oktober 2016, jf. bilag 23, med afsigelse af udeblivelsesdom.

At der ikke tidligere har været anlagt andre sager, ligger i tråd med direktør Anders Kjærhauges forklaring i byretten. Det fremgik heraf, at CMS og de retlighedshavere, som CMS repræsenterer generelt, ikke har intention om at indlede retssag, hvis ikke de opkrævede bøder bliver betalt. Anders Kjærhauges sammenlignede bødekravet i brevene med en P-bøde.

Der henvises endvidere til bilag R, print fra Producentforeningens hjemmeside, som indeholder et opslag fra den 12. oktober 2016.

Her præsenteres en abonnementsordning, som Producentforeningen har etableret sammen med advokatfirmaet Njord, som også repræsenterer indkærede Copyright Management Services Ltd. i denne sag. Ordningen giver medlemmerne mulighed for at få sendt individuelle breve til danske brugere, fra hvis IP-adresse der kan konstateres ulovlig download/fildeling. Brevene vil ifølge opslaget indeholde et tilbud om, at sagen kan afsluttes mod betaling af kr. 1.500 til fuld og endelig afslutning af sagen.

Det fremgår, at Njord vil foretage løbende rapportering og årlig afregning til medlemmerne af indbetalte forligsbeløb fra brevmodtagere fratrukket alle omkostninger til administration af ordningen, og at man på baggrund af tidligere erfaringer forventer, at tilmeldte medlemmer vil modtage positiv afregning fra Njord.

Det er ikke beskrevet, hvad der skal ske med de abonnenter, som ikke foretager indbetaling af det tilbudte forligsbeløb, endsiige omtalt muligheden for at føre retssager mod de brevmodtagere, som modsætter sig det fremsatte godtgørelseskrav eller i hvert fald undlader at betale.

Anders Kjærhauges forklarede i byretten, at 60 % af de abonnenter, der har modtaget breve fra CMS om påstået fildeling, reagerer på brevene. Heraf må udledes, at 40 % af modtagerne ikke har reageret, endsiige betalt den opkrævede compensation/bøde. Når henses til, at der på tidspunktet for Frederiksberg Rets kendelse var udleveret oplysninger om mere end 100.000 IP-adresser, jf. Jakob Willers forklaring, svarer det altså til, at ca. 40.000 brevmodtagere ikke har reageret på de fremsendte breve.

Indkærede har nu med processkrift II til meget begrænset opfyldelse af Telias gentagne opfordringer fremlagt oplysninger om nogle få anlagte retssager. Oplysningerne i bilag 53 er meget ufuldstændige, men det lader sig dog udlede, at der er anlagt i alt 19 retssager mod teleselskabsabonnenter. Trods Telias opfordring er det ikke oplyst, hvornår sagerne er anlagt. De fleste af sagerne er tilsyneladende anlagt i november og december 2017, og afgørelserne hhv. retsforligene er dateret i januar, februar og marts 2018.

Det fremgår desuden, at alle de sager, der er dokumenteret anlagt med undtagelse af en enkelt, er anlagt efter at Retten på Frederiksberg afsagde kendelse i nærværende sag den 29. oktober 2017. Sagsanlæg, der har

2041

fundet sted, efter at den afgørelse som Landsretten skal tage stilling til, er truffet, kan naturligvis ikke tillægges betydning ved Landsrettens afgørelse af sagen.

Den meget begrænsede opfyldelse af provokationerne betyder, at Landsretten må lægge til grund, at mindre end én promille af de abonnenter, der ikke har reageret på trusselsbrevene, efterfølgende er blevet sagsøgt af CMS. Telia er opmærksom på, at ikke alle abonnent-oplysninger er udleveret til CMS eller til CMS's advokat,

og at andelen af sagsanlæg i forhold til det samlede antal udsendte breve kan være lidt højere. Det ændrer dog ikke det generelle indtryk.

Den usikkerhed, der fortsat råder trods Telia og Telenors gentagne provokationer til CMS om at oplyse, i) hvor mange breve der er sendt ud, ii) brevenes nærmere indhold, iii) modtagernes reaktioner og iiiii) antallet af anlagte retssager, må udelukkende komme CMS til skade. CMS har både interesse i og mulighed for at opfylde provokationerne i langt højere grad, end det er sket. Landsretten må derfor lægge til grund, at det kun er én promille eller mindre af de mange abonnentoplysninger, der er udleveret, der har ført til sagsanlæg.

Det må følgelig forsæt lægges til grund, at CMS generelt ikke ønsker abonnentoplysninger udleveret for at anlægge og føre retssager om abonnenternes mulige hæftelse for ophavsretskrænkelser, men at oplysningerne i langt overvejende grad bruges til at udsende bødebrev, som ikke følges op med sagsanlæg, hvis modtagerne ikke betaler den opkrævede erstatning.

Der er derfor heller ikke tale om, at CMS udsender brevene for at afsøge muligheden for forlig forud for sagsanlæg, som foreskrevet i retsplejelovens § 336.

Allerede af denne grund skal anmodningen om bevisoptagelse afvises.

Dertil kommer, at CMS ikke opnår tilstrækkeligt bevis for sit krav med den foreliggende anmodning om isoleret bevisoptagelse.

Ved Østre Landsrets dom af 5. september 2008 i sag B-19-08 (utrykt) afviste Landsretten, at en sammenstilling af en IP-adresse og kundedata udgjorde et nødvendigt bevis for en immaterialretlig krænkelse. Det kan derfor ikke forventes, at CMS ved bevisoptagelsen opnår det nødvendige bevis for sit eventuelle krav. Dette er formentlig baggrunden for, at CMS hidtil har været meget tilbageholdende med at anlægge sager mod abonnenter, der ikke umiddelbart har anerkendt de fremsatte bødekrav. Man har ikke udsigt til at få medhold i en påstand om krænkelse.

Editionspålæg

Det gøres endvidere gældende, at betingelserne i retsplejelovens regler om edition ikke er opfyldt.

Retsplejelovens § 299, stk. 1, er sålydende:

»Retten kan efter begæring af en part pålægge tredjemand at forevise eller udlevere dokumenter, der er undergivet hans rådighed, og som har betydning for sagen, medmindre der derved vil fremkomme oplysning om forhold, som han ville være udelukket fra eller fritaget for at afgive forklaring om som vidne, jf. §§ 169-172.«

CMS har ikke sandsynliggjort, at materialet har betydning for de kendsgerninger, der skal bevises, jf. hertil retsplejelovens § 341.

På baggrund af CMS' forretningsmodel - og den foreliggende editionsbegæring - fremstår editionsbegæringen som en »fisketur«, der ikke tillades efter gældende ret, jf. eksempelvis princippet i U.1968.608H.

Dertil kommer, at den administrative byrde for Telia med at identificere kunderne ikke står i rimeligt forhold til betydningen af, at bevismidlet kommer frem, jf. princippet i retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 3. Bemærk her, at kun 60 % af de breve, der udsendes, medfører en reaktion fra modtagerne, og at det er uoplyst, i hvor mange tilfælde udsendelsen af breve fører til betaling af de opkrævede bøder.

Nærmere om proportionalitetsafvejningen mellem immaterialretten og persondataretten

Telia gør gældende, at hensynet til håndhævelsen af immaterielle rettigheder efter omstændighederne og i den konkrete situation må vige for beskyttelsen af persondata og af privatliv i mere overordnet betydning.

Telia er som udbyder af telekommunikationstjenester underlagt persondatarettens regler om behandling af persondata og skal sikre, at der sker en forsvarlig behandling af kundedata.

Det vil efter Telias opfattelse udgøre en tilsidesættelse af persondataretten, hvis bevisoptagelsen fremmes.

Hjemlen til afvejning

Som omtalt ovenfor under punkt 26-28 udtalte EU-Domstolen i Promusicae-dommen, præmis 54, at E-databeskyttelsesdirektivet ikke indeholder et egentligt forbud mod, at medlemsstater pålægger en teleudbyder at fremlægge kundedata til brug for civile retssager. Domstolen udtalte videre i præmis 57, at selvom de tre forelagte direktiver alle har til formål at sikre beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, herunder ophavsret, så følger det af direktiverne, at de ikke går forud for bestemmelser om blandt andet beskyttelse af personoplysninger.

Det følger videre af præmis 70, at de nationale myndigheder og domstole ved anvendelse af de tre direktiver til sikring af ejendomsret til intellektuelle rettigheder skal sikre, at de grundlæggende rettigheder (herunder ejendomsret, ret til personlige data og privatlivets fred) og proportionalitetsprincippet respekteres.

Der henvises desuden i præmis 69 til, at artikel 15 i E-databeskyttelsesdirektivet udtrykkelig henviser til EU-traktatens artikel 6, stk. 1 og 2, om EU-Chartret og den europæiske menneskerettighedskonvention. Dette

2042

understreger, at der ved anvendelse af logningshjemlen og de loggede data skal ske afvejning af de immaterialretlige interesser over for persondataretten, og at der skal lægges særlig vægt på den grundlæggende respekt for personoplysninger og privatlivets fred.

Tilsvarende udtales det i Bonnier-dommen, præmis 56, at de nationale myndigheder og domstole skal sikre, at der lægges en fortolkning til grund, der både respekterer de grundlæggende rettigheder og proportionalitetsprincippet.

Disproportionalitet mellem krænkelse og de efterspurgte persondata

Ved afvejningen af de hensyn, som immaterialretten varetager over for hensynet til persondatasikkerheden, bør der ske inddragelse af den disproportionalitet, der består mellem den bagatelagtige karakter af hver enkelt ophavsretskrænkelser og fraværet af retslige skridt på den ene side, over for antallet af kunder, der må tåle at få delt deres personfølsomme oplysninger, på den anden side.

De påståede krænkelse skal vurderes enkeltvis over for udleveringen af den enkelte internetabonnents oplysninger. Rekvirenten har ikke i tilstrækkelig grad dokumenteret omfanget eller grovheden af krænkelse.

Det fastholdes, at hver enkelt af de ophavsretskrænkelser, som hævdes at være foretaget fra en given abonnents internet, har en bagatelagtig karakter. Dette afspejles i den trods alt beskedne kompensation, som kræves i rekvirentens breve, jf. bilag B i størrelsesordenen kr. 2.100 og de med bilag 53 fremlagte retsbogsudskrifter, hvoraf det fremgår, at der i de fleste tilfælde er krævet kr. 5.000 i erstatning.

Det blev også bekræftet af Anders Kjærhauge, der nok udtalte, at han var provokeret over, at man omtalte ulovlig fildeling som bagatelagtig, men som samtidig anførte, at den enkelte krænkelse ikke er en hårdet kriminel, og at de kan sammenlignes med dem, der får en P-bøde.

Til støtte for Telias synspunkt om, at de påståede krænkelse i afvejningen med persondataretten må anses for mindre betydende, taler også baggrunden for Retsåndhævelsesdirektivet. Det følger således af betragtning 14, at direktivet, der blandt andet er baggrund for indførelsen af Retsplejelovens kap 29a, primært er vedtaget for at give bedre redskaber til bekæmpelse af immaterialretskrænkelser

af kommercielt tilsnit. CMS har ikke sandsynliggjort, endsige dokumenteret, at de krænkelse, som påstås at have fundet sted, jf. bilag 44 og 45, har et sådant kommercielt tilsnit. Selvom listerne i bilag 44 og 45 samlet viser mange tilfælde af fildeling, så skal proportionalitetsafvejningen forsat ske abonnent for abonnent. I den afvejning må hensynet til den enkelte persons krav på beskyttelse af sine data veje tungere end en ganske beskedne ophavsretlig krænkelse som angivet i bilag 44 og 45.

CMS har i et supplerende processkrift II i kæresagen anvendt en norsk byretsdom til at argumentere for, at de krænkelse, der er vist i bilag 44 og 45 har en karakter og et omfang, der kan begrunde, at beskyttelse af de efterspurgte personoplysninger skal vige for beskyttelse af den ophavsret, der angiveligt var krænkelse. Det følger af dommen, at den norske lovgivning indeholder et krav om, at der skal foreligge en krænkelse af »et visst omfang«, for at der kan ske udlevering af personoplysninger. Den norske domstol har fundet, at der i den forelagte sag var dokumenteret krænkelse af »et visst omfang«.

Hertil bemærkes, at en norsk domstols vurdering på baggrund af norske lovforarbejder af, om et kriterie indeholdt i en norsk lov, som ikke er baseret på et EU-direktiv, er overholdt, naturligvis ikke er anvendeligt, endsige bindende for en dansk domstol.

Ikke bevist sammenfald mellem krænkelse og indehaver af persondata

I proportionalitetsafvejningen skal også indgå, at rekvirenten ikke har sandsynliggjort, at de påståede krænkelse er foretaget af den, der har tegnet internet-abonnementet hos Telia, og om hvilke der ønskes oplysninger. Flere domme, blandt andet U.2009.280V, har bekræftet, at det er rettighedshaveren, der har bevisbyrden for, hvem der har foretaget en given krænkelse. Der er ikke hjemmel til nogen form for objektivt ansvar eller ansvar med omvendt bevisbyrde for krænkelse, der foregår via en given internetforbindelse.

Risiko for særligt personfølsomme oplysninger

Det fremgår af de lister, der er fremlagt som bilag 45, at titlerne på de film, der hævdes delt ulovligt, i en række tilfælde indikerer, at der er tale om pornofilm. Det kan ikke udelukkes, at andre titler dækker over film med et særligt religiøst eller politisk budskab. Allerede oplysningen til rettighedshaveren om, at en given person er indehaver af en netforbindelse, hvorfra der er delt film med et sådant indhold, indebærer behandling af særligt følsomme personoplysninger, jf. persondatalovens § 7, med de særlige krav til behandling, der følger heraf.

Hertil kommer, at et efterfølgende brev til abonnenten med oplysning om, at en person med eller uden samtykke har anvendt abonnentens internetforbindelse til at fildele film med et sådant følsomt indhold, kan indebære krænkelse af denne persons personfølsomme oplysninger.

Lovgivers holdning

Endelig bør det indgå i afvejningen, at lovgiver i årene 2008 til 2012 forhandlede med en række interesseorganisationer om mulige tiltag mod digitale krænkelse af ophavsrettigheder på internettet. Der henvises til bilag 18, Kulturministeriets rapport fra 2011. Man drøftede blandt andet at indføre lov hjemmel til en brevmodel,

2043

der havde visse træk til fælles med de bødebrev, som rekvirenten udsender. I 2012 blev modellen endeligt opgivet politisk.

Fra politisk hold har man altså overvejet og forkastet en såkaldt brevmodel. Dette bør indgå i proportionalitetsafvejningen til skade for rettighedshaverne.

På den baggrund og under hensyn til karakteren af CMS' forretningsmodel gør Telia gældende, at hensynet til persondataretten og retten til privatlivets fred må veje tungere end

hensynet til immaterialretten, og at begæringen om udlevering af oplysninger derfor må nægtes fremme.

Særlige bemærkninger til CMS' processkrift II

CMS opregner i processkriftet på ny en række punkter, som parterne under sagerne skulle være enige om.

Til punkt 1 og 2 bemærkes på ny, at Telia kun kan tiltræde, at der har fundet fildeling sted, uden at der heri ligger nogen mere principiel anerkendelse af bevisværdien af listerne baseret på Maverick Monitor-værktøjet.

Til punkt 3 bemærkes, at Telia kun er i besiddelse af oplysningerne, når IP-adresserne er tildelt et bredbåndsabonnement. Abonnementerne bag IP-adresser tildelt via mobilnetværket kan ikke oplyses.

Til punkt 6 bemærkes, at Telia ikke har oplyst, at man opbevarer koblingen mellem IP-adresse og abonnent i mindst tre uger, men at man ikke har brug for oplysningerne i mere end tre uger.

Til afsnit 2.2 om omfanget af fildelingen, bemærkes, at CMS må bære risikoen for, at krænkelserne har et påstået større omfang, end hvad der fremgår af listerne. Dette har betydning ved den proportionalitetsafvejning, som skal foretages.

Det bestrides, at der skulle være særlige holdepunkter for at antage, at en person, som ifølge listerne har anvendt en given IP-adresse til deling af en mindre del af en film, har set og delt hele filmen. Der er formentlig mange situationer, hvor der kun deles/downloades en lille del af en film, hvorefter personen fortryder enten på grund af manglende interesse eller af frygt for at foretage sig noget ulovligt.

Endelig bestrides det, som anført på side 8, at der eksisterer en mangeårig praksis for at give editionsoplæg i sager som den forelagte. Retten på Frederiksberg udtalte i den påkærede afgørelse, at teleudbydere efter dansk retspraksis var blevet pålagt at udlevere abonnentoplysninger. Baggrunden herfor er dog primært, at de danske teleselskaber tidligere ikke udtalte sig imod at udlevere de efterspurgte oplysninger.

I takt med det meget store antal personoplysninger, der er udleveret de seneste år, sammenholdt med EU-Domstolens kritiske holdning til logning af teletrafik-data (Tele2/Watson-dommen mv.), og i erkendelse af, at de udleverede abonnentoplysninger stort set ikke har ført til sagsanlæg, men kun til udsendelse af bødebrev, har teleselskaberne dog nu ønsket at få en mere principiel prøvelse af, om man er forpligtet til at efterkomme ønsket om udlevering af persondata som begæret i denne sag. Det bemærkes herved, at også andre teleselskaber ud over Telia og Telenor har udtrykt ønske om en afklaring. Der henvises til bilag S og T, erklæringer fra TDC A/S og Stofa A/S.«

CMS har i processkrift af 28. marts 2018 bl.a. anført følgende:

»2. Parternes tilskæring af sagen

CMS gør gældende, at følgende forhold kan lægges til grund ved behandlingen ved Østre Landsret:

2.1. Registreringer foretaget via MaverickMonitor er tilstrækkeligt bevis for, at fildeling kan knyttes til bestemte IP-adresser på bestemte angivne tidspunkter. De fremlagte registreringer viser, at en andel af en fil var tilgængelig på en IP-adresse på et givent tidspunkt.

2.2. Der har på de anførte tidspunkter fundet én eller flere krænkelser af CMS' ophavsret sted, som kan relateres til de anførte IP-adresser.

2.3. Telenor og Telia er i besiddelse af navne og adresser på abonnenterne til de anførte IP-adresser.

2.4. De anmodede navne og adresser knyttet til de anførte IP-adresser kan ikke tilvejebringes CMS på anden måde eller fra andre end Telenor og Telia.

2.5. CMS kan først efter sikring og udlevering af navne og adresser fra Telenor og Telia konstatere, om krænkelsen af ophavsretten på den enkelte IP-adresse omfatter flere værker, konstatere længden af den periode krænkelsen eller krænkelserne er foregået i, og om der er gentagne forhold også for abonnenter, fra hvis IP-adresse CMS tidligere har konstateret ophavsretlige krænkelser.

2.6. Telenor og Telia opbevarer navne og adresser på abonnenter i ét år pga. forpligtelser i logningsbekendtgørelsen, men også i en periode til internt brug og abonnementshåndtering (Telia efter det oplyste i mindst 3 uger og Telenor efter det oplyste i 30 dage).

...

3.1. *Kan persondata, der er logget i medfør af retsplejelovens § 786 og den udstedte logningsbekendtgørelse, lovligt udleveres og anvendes til civilretlig retsforfølgning af ophavsretskrænkelser?*

CMS gør gældende:

E-databeskyttelsesdirektivets art. 6 - trafikdata

at parterne er enige om, at de data, som anmodes udleveret, lagres af Telenor og Telia med hjemmel i e-databeskyttelsesdirektivets art. 6 om trafikdata for en periode med henblik på debitering af abonnenten og afregning for samtrafik, og at en sådan behandling er tilladt indtil udløbet af den lovbestemte forældelsesfrist for sådanne gældsforpligtelser eller fristen for anfægtelse af sådanne afregninger,

at Telenor og Telia med hjemmel i e-databeskyttelsesdirektivets art. 6, med henblik på markedsføring af

2044

elektroniske kommunikationstjenester eller levering af tillægstjenester, må behandle oplysningerne i det omfang og tidsrum, som sådanne tjenester eller markedsføring kræver, hvis den abonnent eller bruger, som oplysningerne vedrører, har givet sit samtykke hertil,

at debitering og markedsføring er begrundet i civilretlige formål helt på linje med civilretlig håndhævelse af ophavsrettigheder, hvorfor CMS' adgang til data og muligheder for håndhævelse ikke bør være ringere end teleudbydernes muligheder for debitering og markedsføring.

Logningsbekendtgørelsen

at parterne er enige om, at strafferetsplejens bestemmelser i retsplejelovens kapitel 71 og den i medfør af retsplejelovens § 786, stk. 4, udstedte logningsbekendtgørelse vedrører straffepojen og de aktører, der agerer inden for straffepojen,

at parterne er enige om, at nærværende sag vedrører den civilretlige del af retsplejeloven, herunder retsplejelovens bestemmelser om edition efter retsplejelovens §§ 299 og 343,

at udbydere af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester (Telenor og Telia) ifølge logningsbekendtgørelsen skal registrere en større mængde oplysninger opregnet i bekendtgørelsens §§ 4-6, herunder som en mindre del koblingen mellem IP-adresser og abonnenter, der skal opbevares i 1 år, jf. bekendtgørelsens § 9,

at der ikke af bekendtgørelsens ordlyd, vejledning eller efter retspraksis kan sluttes, at oplysningerne ikke kan anvendes til efterforskning og retsforfølgning af civile forhold eller alene kan udleveres til forfølgning af strafbare forhold,

at der ikke i retsplejelovens regler for strafferetspleje er bestemmelser, der i deres ordlyd eller forarbejder udelukker udlevering af navne og adresser på abonnenter i civile sager,

at danske domstole civilretligt i mere end 10 år har behandlet lignende begæringer, og at rettighedshavere i alle sager har fået medhold i udleveringen af beviserne, så længe de anmodede beviser har været til stede hos rekvisitus,

at det danske teleselskab, TDC, i januar 2012 bekræftede ovennævnte praksis ved at meddele at ville efterkomme begæringer

om edition uden indsigelse, jf. efterfølgende kendelse fra Retten på Frederiksberg 14. maj 2012,

EU-retten

at artikel 8 i retshåndhævelsesdirektivet er implementeret i retsplejelovens kap. 29 a vedrørende oplysningspligt ved krænkelse af immaterialrettigheder og i de almindelige regler om edition i retsplejelovens §§ 343 og 299,

at en anmodning om isoleret bevisoptagelse henhører under anvendelsesområdet for retshåndhævelsesdirektivet, jf. Bonnier-sagens præmis 54,

at e-databeskyttelsesdirektivet ikke udelukker, at de begærede oplysninger kan udleveres til brug for beskyttelsen af andres rettigheder og frihedsrettigheder, herunder rettighedshaveres håndhævelse af deres ophavsrettigheder, jf. bl.a. Tele2/Watson-sagens præmis 115 og 90 med henvisning til Promusicae-sagens præmis 53,

at hverken e-databeskyttelsesdirektivet eller logningsdirektivet udelukker nationale bestemmelser, som er implementeret i medfør af artikel 8 i retshåndhævelsesdirektivet, og som fastsætter en forpligtelse til overførsel af personoplysninger til privatpersoner med henblik på at retsforfølge krænkelse af ophavsretten ved civile domstole, jf. Bonnier-sagens præmis 55 og 61,

at EU-Domstolen i Digital Rights sagen fandt, at logningsdirektivet ikke overholdt proportionalitetsprincippet og derfor var ugyldigt,

at parterne er enige om, at Østre Landsret i denne sag ikke skal tage stilling til, hvorvidt de danske logningsregler er i overensstemmelse med EU-retten, og at der pågår politisk arbejde i Danmark med reglerne,

at EU-Domstolen i Tele2/Watson-sagen fortolkede de rammer, der blev sat i Digital Rights sagen for bl.a. de svenske regler,

at EU-Domstolen i Tele2/Watson-sagen ikke udelukkede udlevering af de begærede oplysninger til brug for retsforfølgelse af ophavsretlige krænkelse ved civile domstole,

at der i Sverige er fremsat lovforslag om nye logningsregler med ikrafttrædelse i 2018, hvorefter der fortsat i Sverige skal registreres IP-adresser og abonnenterne tilknyttet disse, og at opbevaringen af nævnte oplysninger i Sverige er blevet foreslået fastsat til 10 måneder,

at EU-retten ikke er til hinder for Telenor og Telias udlevering af data til brug for CMS' håndhævelse af deres ophavsrettigheder, og at Østre Landsret derfor i lighed med Retten på Frederiksberg kan pålægge Telenor og Telia at udlevere de begærede oplysninger, såfremt retten finder det hensigtsmæssigt og proportionelt,

Norsk og finsk højesteretspraksis

at den norske Høyesterett ikke har besluttet, at logningsdata ikke kan udleveres til forfølgelse af civilretlige krav,

at Oslo tingrett i afgørelsen fra januar 2018 har fortolket afgørelsen fra den norske Høyesterett derhen, at den i sagen indgivne anmodning om udlevering af oplysninger om abonnenter, baseret på samme bevismateriale som i nærværende sag, må tages til følge, og at de anmodede oplysninger herefter skal udleveres,

at den finske Højesteret alene har udtalt sig om de finske logningsregler, der i Finland er implementeret forskelligt fra i Danmark og derfor leder til forskellige resultater,

at den finske og danske lovgivning er grundlæggende forskellige, idet der i den finske Information Society Code

2045

er klare bestemmelser for at gemme og udlevere data til private virksomheder og/eller myndigheders brug,

at hjemlen til udlevering i Finland findes i den finske ophavsretslovs artikel 60 a, der refererer til den finske Information Society Code, herunder artiklerne 137, 157 og 322, hvorefter den

finske Højesteret alene præciserede, at de i sagen begærede informationer alene kan udleveres efter artikel 137 i den finske Information Society Code, der giver en hjemmel til at gemme for og udlevere til private virksomheder,

at den finske Højesteret alene har præciseret, at det udtrykkeligt fremgår af artikel 157 i den finske Information Society Code, at oplysninger udelukkende må bruges til brug for efterforskning af kriminalitet,

at hjemlen i retsplejelovens § 299, jf. § 343, ikke er begrænset på samme måde som reglerne i den finske Information Society Code, og at en sammenligning af de straffeprocessretlige regler i retsplejeloven med de finske regler efter Information Society Code Artikel 157, for derefter at udelukke udlevering af data gemt i medfør af de danske logningsregler, er forkert,

at en sådan sammenligning og en begrænsning til, at udleveringen alene skulle omfatte oplysninger, som teleselskaberne gemmer til eget brug, gør udleveringen af data vilkårlig eftersom teleselskaber kan have forskellig politik, måder at håndtere på m.v., hvilket ikke vil være proportionelt med CMS' muligheder for at undersøge ophavsretskrænkelser samt de samfundsmæssige hensyn i at sikre både ophavsretten og retsfølelsen.

3.2. Ret soplejelovens betingelser for isoleret bevisoptagelse og editionsplæg, jf. retsoplejelovens §§ 299 og 343, opfyldt?

CMS gør gældende:

Krav efter retsoplejeloven

at Der i retsoplejeloven findes flere regler om sikring og udlevering af beviser i forbindelse med immaterielle krænkelse, og at der med hjemmel i retsoplejelovens § 343, stk. 1, med rettens tilladelse kan optages bevis, selv om dette ikke sker til brug for en verserende retssag, og at retten med hjemmel i retsoplejelovens § 299, stk. 1, kan pålægge Telenor og Telia at udlevere dette bevis,

at beviset, som er omfattet af begæringen, er begrænset til navne og adresser på abonnenter, som har fået tildelt IP-adresserne på de tidspunkter, som er angivet i de omhandlede lister, og at de ønskede oplysninger er undergivet Telenor og Telias rådighed, jf. retsoplejelovens §§ 299, stk. 1, og 300, stk. 1,

at retsoplejelovens § 340, stk. 2, om underretning af Telenor og Telia om bevisførelse inden hovedforhandlingen med en uges varsel, er iagttaget,

Retshåndhævelsesdirektivet

at retsoplejelovens regler om edition i civile sager skal fortolkes i lyset af retshåndhævelsesdirektivet,

at følgende fremgår af retshåndhævelsesdirektivets præambel (21): »Da beviser er af altafgørende betydning for at fastslå en krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, bør det sikres, at der reelt er mulighed for at optage, fremlægge og sikre beviser. Procedurerne bør tage hensyn til forsvarets rettigheder og sikre de nødvendige garantier, herunder beskyttelse af fortrolige oplysninger. Hvad angår krænkelse i kommerciel målestok er det også vigtigt, at domstolene i givet fald kan kræve finansielle og kommercielle dokumenter, herunder bankdokumenter, som er under den formodede krænkende parts kontrol, fremlagt.«,

at følgende fremgår af retshåndhævelsesdirektivets præambel (23): »Rettighedshaverne bør, uden at dette berører andre tilgængelige foranstaltninger, procedurer eller retsmidler, have mulighed for at anmode om, at der udstedes påbud over for mellemmand, hvis tjenesteydelser anvendes af tredjemand til at krænke rettighedshaverens industrielle ejendomsret. Betingelser og procedurer for sådanne påbud bør fastsættes i medlemsstaternes nationale lovgivning. For så vidt angår krænkelse af ophavsret og beslægtede rettigheder er der allerede i direktiv 2001/29/EF indført en udstrakt grad af harmonisering. Artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29/EF bør derfor ikke berøres af dette direktiv.«,

at det følger af retshåndhævelsesdirektivets artikel 3, at medlemsstaterne skal fastsætte foranstaltninger og retsmidler, der er nødvendige for at sikre håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder, og at foranstaltningerne og retsmidlerne ligeledes skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og have afskrækkende virkning,

at det følger af retshåndhævelsesdirektivets artikel 6, at medlemsstaterne skal sikre, at de kompetente retslige myndigheder, på begæring af en part der har fremført et rimeligt tilgængeligt bevismateriale, der er tilstrækkeligt til at understøtte hans påstande, og som til støtte for sine påstande har angivet bevismateriale, som modparten har kontrol over, kan pålægge modparten at fremlægge det pågældende bevismateriale, under forudsætning af at fortrolige oplysninger beskyttes,

at parterne er enige om, at både de persondataretlige regler og retsplejelovens regler indeholder et »skøn«, hvorefter der kan optages bevis, når retten finder det hensigtsmæssigt, og at udlevering af persondata kan ske, hvis retten finder det proportionelt,

Krav om anlæggelse af retssager og bevisernes egnethed

at Telenor og Telia anerkender, at et udtrykkeligt krav om efterfølgende anlæggelse af retssag ikke fremgår af editionsreglerne,

at der ikke kan udledes et krav af bestemmelserne i retsplejelovens § 343, stk. 1, og § 299, stk. 1, om at CMS efterfølgende skal anlægge retssag, hverken af bestemmelsernes ordlyd, forarbejder eller retspraksis,

2046

at retsplejeloven har været revideret mange gange siden tilblivelsen af retsplejelovens §§ 299 og 343, og at såfremt lovgiver ønskede et krav om anlæggelse af retssag, ligesom efter eksempelvis reglerne i retsplejelovens kapitel 57 a, herunder § 653 c, kunne lovgiver have benyttet de mange revisioner til at præcisere dette,

at CMS' udenretlige forligsbestræbelser er i overensstemmelse med forpligtelsen i retsplejelovens krav om undersøgelser af muligheden for forlig forud for sagsanlæg, og at tilsidesættelse af denne pligt kan få konsekvenser for CMS, jf. retsplejelovens §§ 336 a og 318, stk. 2,

at som følge af CMS' bestræbelser på at opnå udenretlige forligsløsninger er der i de fleste sager ikke behov for anlæggelse af en retssag,

at CMS' udenretlige forligsbestræbelser er i overensstemmelse med udviklingen i retsplejeloven, ligesom både Datatilsynets, Advokatnævnets og Forbrugerombudsmandens undersøgelser, behandling og konklusioner om »brevmodellen« ikke har fundet anledning til kritik,

at culpaansvaret i forbindelse med ophavsretskrænkelser og en abonnents IP-adresse er både belyst og prøvet for landsretterne og Højesteret, og at CMS, henset til den teknologiske udvikling, herunder brugen af Internettet, er opmærksom på nye typer af ophavsretskrænkelser og nye former for beviser, og derfor løbende indleder prøvesager for domstolene for fortsat at belyse culpaansvaret,

at CMS allerede under forberedelsen af sagen for Retten på Frederiksberg oplyste, at beviserne efterfølgende bliver anvendt i retssager, og at CMS i forbindelse med forberedelsen til sagens behandling i Østre Landsret har oplyst og dokumenteret kendskab til, at der har været anlagt over 75 individuelle retssager i 2017 og 2018 i Danmark mod abonnenter efter udlevering af navne og adresser fra teleselskaber på baggrund af editionskendelser,

at navn og adresse på en abonnent ikke i sig selv altid identificerer rette sagsøgte for ophavsretskrænkelserne, men at abonnenten er nøglen til de yderligere undersøgelser, som CMS efterfølgende

foretager, herunder ved kontakt til abonnenten med spørgsmål og efterfølgende kommunikation med abonnenten eller tredjemand,

at undersøgelserne, som CMS foretager i forlængelse af teleselskabernes udlevering af oplysninger om abonnenter, hvis IP-adresser er blevet benyttet til ulovlig fildeling, leder til forskellige udfald afhængigt af undersøgelsernes resultater og illustreret i de for Østre Landsret fremlagte retsforlig,

at det først er på tidspunktet for udlevering af navne og adresser, at CMS kan fastslå om a) der er tale om den samme abonnent med forskellige IP-adresser (dynamiske IP-adresser), b) om den enkelte abonnent har foretaget flere krænkelser af samme eller flere værker, c) om abonnenten tidligere har foretaget krænkelser af de rettigheder, som CMS bistår med at håndhæve, d) om abonnenten er en juridisk person, og e) om IP-adressen er knyttet til en VPN-tjeneste, så navn og adresse ikke lader sig identificere,

at Producentforeningens medlemstilbud ikke kan tages som udtryk for, at der ikke anlægges retssager mod abonnenter, hvilket også fremgår af forklaringerne fra Producentforeningen og Zentropa for Retten på Frederiksberg, der begge bakker op om retssager, der belyser culpaansvaret i forbindelse med ophavsretskrænkelser tilknyttet IP-adresser,

at Telenor tidligere har anført, at CMS grundlæggende ikke anvender udleverede oplysningerne til at retsforfølge krænkelserne, men alene til at udsende »trusselsbreve«, ligesom vidnet Jakob Willer fra Teleindustrien forklarede, at »det er usympatisk at sende skræmmebreve ud. Truslen er ikke reel«,

at »truslen« om retssag skal ses i lyset af de mere end 75 retssager i 2017-2018,

at det er dokumenteret, at de udleverede oplysninger både kan og faktisk bruges til retsforfølgelse af ophavsretlige krænkelser, og at eksemplerne på domme og retsforlig illustrerer, at de udleverede oplysninger er egnede til den videre retsforfølgelse af ophavsretlige krænkelser.

3.3. Hvordan skal den proportionalitetsafvejning, der skal ske mellem hensynet til håndhævelsen af immaterielle rettigheder og hensynet til beskyttelsen af persondata, falde ud?

CMS gør gældende:

Almindelige og personfølsomme oplysninger

at der er tale om ikke-personfølsomme oplysninger, idet det udelukkende er abonnenters navne og adresser, der begæres udleveret,

at erhvervsabonnenter (juridiske personer), som også er omfattet af anmodningerne, ikke er omfattet af persondataloven, og at navne og adresser på de juridiske personer ikke skal tillægges særlig beskyttelsesinteresse,

at der i denne sag er tale om udlevering af oplysninger til civil håndhævelse af ophavsrettigheder, og at der kan ske behandling af de pågældende personoplysninger, når det som her er nødvendigt til varetagelse af en berettiget interesse og interessen klart overstiger hensynet til den registrerede,

at Datatilsynet konkluderede, at selv om der kan være tale om en følsom oplysning om et strafbart forhold, kan der alligevel i medfør af persondatalovens § 7, stk. 2, nr. 4, jf. § 8, stk. 6, § 8, stk. 4, og § 6, stk. 1, nr. 7, ske behandling af de pågældende personoplysninger, hvis det er nødvendigt til varetagelse af en

2047

berettiget interesse og denne interesse klart overstiger hensynet til den registrerede,

Samlet eller individuel vurdering af krænkelser

at der i denne sag er tale om et større antal registrerede ophavsretskrænkelser, hvilket samlet set har et betydeligt omfang,

og at det samlede omfang skal indgå i vurderingen af proportionalitetshensynet,

at CMS først på tidspunktet efter udlevering af navne og adresser kan foretage en individuel vurdering af krænkelse(r), herunder a) om der er tale om samme abonnent med forskellige IP-adresser (dynamiske IP-adresser), b) om den enkelte abonnent har foretaget flere krænkelse(r) af samme eller flere værker, c) om abonnenten tidligere har foretaget krænkelse(r) af de rettigheder, som CMS bistår med at håndhæve, d) om abonnenten er en juridisk person, og e) om IP-adressen er knyttet til en VPN-tjeneste, så navn og adresse ikke lader sig identificere,

at Østre Landsret må inddrage disse realhensyn i sin vurdering og ligesom Retten på Frederiksberg konkludere, at det er det samlede omfang, der skal indgå i vurderingen af proportionalitetshensynet,

at der ikke efter dansk ret kan opstilles noget krav om, at CMS skal kunne sandsynliggøre individuelle ophavsretlige krænkelse(r) hos én eller flere abonnenter af et »vist omfang« for at få udleveret navn og adresse på en abonnent,

at ophavsretsloven og de processuelle regler om håndhævelse af ophavsrettigheder ikke indeholder en »bagatelgrænse« for ophavsrettigheder, der kan beskyttes og håndhæves,

at ophavsretsloven er funderet på et krav om værkshøjde og ikke en »bagatelgrænse«, og at Telenor og Telia har ikke bestridt, at de pågældende film og/eller tv-serier omfattet af begæringen har værkshøjde eller at der er foregået en ophavsretskrænkelse,

at CMS har belyst de enkelte krænkelse(r)s omfang og ved eksempler belyst krænkelse(r)enes natur og sandsynlige hændelsesforløb, uden at Telenor eller Telia har redegjort nærmere for, hvad Telenor eller Telia forstår konkret ved den introducerede bagatelgrænse,

at skadevirkningen for rettighedshavere er større med et større antal krænkelse(r),

at hver enkelt brugers deltagelse i et fildelingsnetværk er en forudsætning for fildelingsnetværkets eksistens, og at proportionalitetshensynet derfor må ses i den sammenhæng,

at vurderingen af det samlede omfang er i overensstemmelse med svensk ret, herunder de svenske lovforarbejder til den svenske ophavsretslov og den faste svenske retspraksis på området,

at det ikke, hverken af den norske Høyesterettsdom (Scanbox-sagen) eller af norsk lovgivning, udtrykkeligt fremgår, at proportionalitetsafvejningen mellem rettighedshavere og abonnenter, hvis IP-adresser er blevet benyttet til ulovlig fildeling, udelukkende skal baseres på en vurdering af hver enkeltstående krænkelse for sig,

at Oslo tingrett netop inddrog det samlede omfang i interesseafvejningen i den første afgørelse efter den norske Høyesteretts afgørelse,

at Østre Landsret i overensstemmelse med hidtidig dansk retspraksis, svensk retspraksis og norsk retspraksis bør inddrage det samlede omfang i interesseafvejningen,

Telenor og Telias abonnenter

at routere i dag er udstyret med en kode, og at abonnenter har pligt til at sikre deres internet med kode mod uretmæssig brug og kan - afhængigt af omstændighederne - komme i misligholdelse af deres abonnement ved misbrug af IP-adressen,

at anvendelse af abonnementet til formidling af trafik for andre end abonnenten, dennes husstand, eller en eventuelt registreret bruger, udgør en misligholdelse af abonnementsaftalen,

at teleselskaberne ikke har et eget kontrolorgan og ikke overvåger abonnenternes internettrafik,

at abonnenten er den nærmeste til at afklare omstændighederne om den eller de konstaterede ophavsretskrænkel(er) på abonnentens

egen IP-adresse, og at CMS uden oplysninger om abonnentens identitet de facto vil være afskåret fra at identificere rette sagsøgte,

Sagens bevismateriale

at CMS beskriver de registrerede krænkelse(r) ved et antal øjeblikbilleder, der er knyttet til de anførte IP-adresser, og at CMS derigennem beviser en del af omfanget af den fildeling, der er sket fra en abonnents IP-adresse,

at fildeling af en del af et filmværk/tv-værk, herunder et øjeblikbillede, i sig selv udgør en ophavsretlig krænkelse, idet dele af filmværk/tv-værk udgør ophavsretligt beskyttede værker,

at fildeling af pornografiske værker også udgør ophavsretskrænkel(er), der bør kunne håndhæves, hvorfor der ikke skal sondres mellem de enkelte værker i proportionalitetsvurderingen,

at en undtagelse vedrørende pornografiske værker vil skabe en retstilstand, der vil umuliggøre retsforfølgning af disse værker, hvilket vil være i modstrid med ophævelsen af forbuddet mod billedpornografi i Danmark af 1. juli 1969 og ligestillingen af disse værker med andre ophavsbeskyttede værker,

at der hverken efter svensk eller finsk retspraksis skal sondres mellem pornografiske værker og andre værker,

MaverikMonitors pålidelighed og nøjagtighed

at ekspertundersøgelser foretaget i forbindelse med forberedelsen for Retten på Frederiksberg konkluderede, at MaverikMonitor på en sikker, pålidelig og nøjagtig måde er egnet til at afdække krænkelse(r) af ophavsrettigheder,

2048

at Oslo tingrett efter den norske højesteretsafgørelse (Scanbox-sagen) har behandlet anmodninger om udlevering af navne og adresser knyttet til fildeling af film og tv-serier konstateret på IP-adresser i Norge (bilag 52),

at CMS og Telenor begge er parter i sagen, som sideløbende med denne sag er blevet behandlet af Oslo tingrett,

at Oslo tingrett har vurderet, at det er sandsynliggjort, at MaverikMonitor på en sikker, pålidelig og nøjagtig måde er egnet til at afdække ophavsrettigheder, og at det samme eller tilsvarende bevismateriale er blevet fremlagt i nærværende sag,

at Oslo tingrett har fundet det sandsynliggjort, at informationen om de konkrete beviser (værdier) for de registrerede krænkelse(r)s omfang er information, som faktisk stammer fra MaverikMonitor og er korrekt gengivet,

at der ikke efter dansk ret kan opstilles et krav om sandsynliggørelse af krænkelse(r) af »et visst omfang«, når der er konstateret en ophavsretlig krænkelse, uanset om den, som beskrevet af Telenor og Telia, må fremstå som »bagatelagtig«,

at Oslo tingrett fandt, baseret på tilsvarende bevismateriale, som er fremlagt i nærværende sag, at der var fremlagt beviser, der sandsynliggjorde krænkelse(r) af »et visst omfang«, og at oplysninger tilknyttet de registrerede krænkelse(r) derfor skulle udleveres,

at CMS ved de dokumenterede øjeblikbilleder og eksempler har sandsynliggjort, at de i denne sag registrerede fildelinger omfatter hele filmværker,

at Oslo tingrett, baseret på tilsvarende bevismateriale som i denne sag, har vurderet, at det er højst usandsynligt, at brugerne omfattet af sagen kun har delt med MaverikMonitor,

at CMS i denne sag har sandsynliggjort, at der fra de registrerede IP-adresser er blevet delt ophavsretligt beskyttet materiale med andre brugere og således ikke kun med MaverikMonitor,

Abonnenters reaktioner på breve

at CMS' kommunikation med finske abonnenter i Finland har været enslydende med CMS' kommunikation med danske abonnenter i Danmark, og at kommunikationen i Finland og Danmark er sket i samme periode,

at den finske Rettighedsalliance, TEKIJÄNOIKEUDEN TIEDOTUS- JA VALVONTAKESKUS RY, i efteråret 2017 foranledigede en større spørgeundersøgelse i Finland,

at det fremgår af den finske spørgeundersøgelse, at fire ud af ti af de adspurgte har kendskab til advokatfirmaer eller rettighedshavere, der sender breve vedrørende ophavsretskrænkelser, og at det har formodningen for sig, at de samme tal gør sig gældende i Danmark,

at 13 % af finnerne i undersøgelsen svarede, at de var holdt op med ulovlig fildeling på grund af brevene, og at over 50 % fandt at brevene udgør en effektiv måde at bekæmpe ulovlig fildeling på, og at det har formodningen for sig, at de samme tal gør sig gældende i Danmark,

at det har formodningen for sig, at en undersøgelse i Danmark vil have samme konklusioner som i Finland, hvor undersøgelser og håndhævelse er foregået på samme måde og over samme tid,

at en større del af Telenor og Telias bevismateriale er bygget på avisartikler med overskrifter som »Bøder for ulovlig download af film får kritik: Det minder om trusselsbreve« og »Advokatfirma afkræver Søren penge for piratkopiering: Som en Bandidos-rocker der stikker mig en dummebøde« og således ikke faktiske undersøgelser i Danmark eller andre nordiske lande,

at avisartikler med fangende overskrifter har en meget begrænset bevisværdi og bør tillægges meget lidt eller ingen betydning, ligesom Telenor og Telias sprogbrug må opfattes som af mere personlig og politisk karakter,

at tingretten i Oslo konkluderede (bilag 52), at et indlæg fra det norske forbrugerråd og teleorganisationen IKT-Norge, angående rettighedshaveres ansvar i forbindelse med tilbud af bedre løsninger, fremstod som både politiske og mere personlige,

at direktøren for IKT-Norge, Torgeir Waterhouse, i februar 2018, efter afgørelsen fra Oslo tingrett fra januar 2018, opfordrede det norske Storting til at forbyde udsendelse af breve i Norge, hvilket illustrerer den personlige og politisk motiverede bevæggrund,

at Oslo tingrett er uenig i, at de norske breve, der tilsvarende de danske breve er blevet sendt til norske abonnenter, fremstår som »trusselbrev«, der konstaterer skyld og udgør et ubetinget pengekrav,

»Forretningsmodellen« - brevmodellen

at CMS med henvisning til Maria Fredenslunds vidneforklaring for Retten på Frederiksberg bestrider, at lovgiver har afvist CMS' »forretningsmodel« eller »brevmodel«,

at en arbejdsgruppe under det finske kultur- og undervisningsministerium, med deltagelse af interessenter fra musik- og filmindustrien, teleselskaber og brevmodtagere, som var repræsenteret af Electronic Frontier Finland - Effi ry, har udarbejdet en rapport fra januar 2018 med anbefalinger til »bedste praksis« for overvågning af ophavsretskrænkelser og breve sendt til privatpersoner,

at arbejdsgruppen konkluderede, at brevmodellen har haft afgørende indflydelse på faldet i brugen af ulovlige fildelingstjenester i Finland, hvorfor CMS på denne baggrund gør gældende, at brevmodellen er et effektivt middel til at bekæmpe ulovlig fildeling på også i Danmark,

at arbejdsgruppen på baggrund af undersøgelserne udarbejdede 15 anbefalinger for bedste praksis til

2049

indholdet af brevene samt til begæringer om udlevering af oplysninger om abonnenter, og at CMS med henvisning til bl.a. det danske Advokatnævns kendelser, Forbrugerombudsmandens pressemeddelelse og Datatilsynets udtalelse lever op til bedste praksis for brevmodellen i Danmark.«

Retsgrundlag

EU-retten

Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder (EU's charter) indeholder en række bestemmelser af betydning for beskyttelse af persondata. Chartrets artikel 7 fastslår, at enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin kommunikation. Artikel 8 om beskyttelse af personoplysninger fastslår i stk. 1, at enhver har ret til beskyttelse af personoplysninger, der vedrører den pågældende. Disse oplysninger skal ifølge stk. 2 behandles rimeligt, til udtrykkeligt angivne formål og på grundlag af de berørte personers samtykke eller på et andet berettiget ved lov fastsat grundlag. Enhver har desuden ret til adgang til indsamlede oplysninger, der vedrører den pågældende, og til berigtigelse heraf. Af stk. 3 fremgår det, at overholdelsen af reglerne skal være underlagt en uafhængig myndigheds kontrol. Af chartrets artikel 52, stk. 1, følger det, at enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved chartret, skal være fastlagt i lovgivningen og skal respektere disse rettigheds og friheders væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder. Artikel 52, stk. 3, fastslår, at i det omfang charteret indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, har rettighederne samme betydning og omfang som i konventionen, dog således at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse.

I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (persondatadirektivet) er der fastsat generelle regler om persondatabeskyttelse. Direktivet er gennemført i dansk ret ved persondataloven. Persondatadirektivet afløses af Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (persondataforordningen), der træder i kraft den 25. maj 2018.

Ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 med senere ændringer om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (e-databeskyttelsesdirektivet) er der fastsat særr regler for telesektoren. Direktivet afløste Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/66 EF. Der er den 10. januar 2017 fremsat forslag til en e-databeskyttelsesforordning (KOM (2017) 10), der skal afløse e-databeskyttelsesdirektivet.

Særreglerne i e-databeskyttelsesdirektivet har bl.a. til formål at sikre kommunikationshjemmeligheden, personoplysninger og privatlivets fred, således at kommunikationsdata slettes snarest muligt, og abonnementsoplysninger kun lagres i det omfang, det er nødvendigt med henblik på afregning, og kun i et begrænset tidsrum, jf. nærmere direktivets præambelbetragtning 3, 4, 23 og 26. Dele af direktivet er gennemført i dansk ved lov nr. 450 af 10. juni 2003 om ændring af lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet med flere love. Direktivets artikel 5 om kommunikationshjemmelighed og artikel 6 om trafikdata har følgende ordlyd:

»Art. 5

Stk. 1. Medlemsstaterne sikrer kommunikationshjemmeligheden ved brug af offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, både for så vidt angår selve kommunikationen og de dermed forbundne trafikdata, via nationale

forskrifter. De forbyder især aflytning, registrering, lagring og andre måder, hvorpå samtaler kan opfanges eller overvåges af andre end brugerne, uden at de pågældende brugere har indvilget heri, bortset fra tilfælde, hvor det er tilladt ifølge lovgivningen, jf. artikel 15, stk. 1. Dette stykke er ikke til hinder for teknisk lagring, som er nødvendig for overføring af en kommunikation, forudsat at princippet om kommunikationshemmelighed ikke berøres heraf.

Stk. 2. Stk. 1 vedrører ikke lovmedholdelig registrering af kommunikation og de dermed forbundne trafikdata, hvis den foretages som led i lovlige forretningspraksis med henblik på at kunne forelægge bevis for en handelstransaktion eller enhver anden forretningsmæssig kommunikation.

Stk. 3. Medlemsstaterne sikrer, at lagring af oplysninger eller opnåelse af adgang til oplysninger, der allerede er lagret i en abonnents eller brugers terminaludstyr, kun er tilladt på betingelse af, at abonnenten eller brugeren har givet sit samtykke hertil efter i overensstemmelse med direktiv 95/46/EF at have modtaget klare og fyldestgørende oplysninger, bl.a. om formålet med behandlingen. Dette er ikke til hinder for teknisk lagring eller adgang til oplysninger, hvis det alene sker med det formål at overføre kommunikation via et elektronisk kommunikationsnet eller er absolut påkrævet for at sætte udbyderen af en informationssamfundstjeneste, som abonnenten eller brugeren udtrykkelig har anmodet om, i stand til at levere denne tjeneste.

2050

Art. 6

Stk. 1. Trafikdata vedrørende abonnenter og brugere, som behandles og lagres af udbyderen af et offentligt kommunikationsnet eller en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste, skal slettes eller gøres anonyme, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, jf. dog stk. 2, 3 og 5, samt artikel 15, stk. 1.

Stk. 2. Med henblik på debitering af abonnenten og afregning for samtrafik er det tilladt at behandle trafikdata. En sådan behandling er tilladt indtil udløbet af den lovbestemte forældelsesfrist for sådanne gældsforpligtelser eller fristen for anfægtelse af sådanne afregninger.

Stk. 3. Med henblik på markedsføring af elektroniske kommunikationstjenester eller levering af værdiforøgende tjenester er det tilladt udbyderen af en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste at behandle de i stk. 1 omtalte oplysninger i det omfang og tidsrum, som sådanne tjenester eller markedsføringen kræver, hvis den abonnent eller bruger, som oplysningerne vedrører, forudgående har givet sit samtykke hertil. Brugeren eller abonnenten skal på et hvilket som helst tidspunkt have mulighed for at trække sit samtykke til behandling af trafikdata tilbage.

Stk. 4. Tjenesteudbyderen underretter abonnenten eller brugeren om, hvilke typer trafikdata der behandles med henblik på det i stk. 2 omhandlede formål og om behandlingens varighed; ved behandling med henblik på det i stk. 3 omhandlede formål skal underretning ske, inden samtykke indhentes.

Stk. 5. Behandling af trafikdata i henhold til stk. 1, 2, 3 og 4 må kun foretages af personer, som handler efter bemyndigelse fra udbydere af de offentligt tilgængelige kommunikationsnet og -tjenester, og som er beskæftiget med debitering eller trafikstyring, kundeforespørgsler, afsløring af svig, markedsføring af elektroniske kommunikationstjenester eller levering af en tillægstjeneste, og skal begrænses til det for sådanne aktiviteter nødvendige.

Stk. 6. Stk. 1, 2, 3 og 5 berører ikke de kompetente organers mulighed for i overensstemmelse med gældende lovgivning at indhente oplysninger om trafikdata med henblik på bilæggelse af tvister, navnlig vedrørende samtrafik eller debitering.«

Medlemsstaterne kan inden for de rammer, der er fastsat i e-databeskyttelsesdirektivets artikel 15, stk. 1, indskrænke rækkevidden af bl.a. artikel 5 og 6 ved vedtagelse af retsforordninger. Artikel 15, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Stk. 1. Medlemsstaterne kan vedtage retsforordninger 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/EF. Med henblik herpå kan medlemsstaterne bl.a. vedtage retsforordninger 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 forordninger skal være i overensstemmelse med fællesskabsrettens generelle principper, herunder principperne i EU-traktatens artikel 6, stk. 1 og 2.«

Ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15. marts 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 (logningsdirektivet) blev medlemsstaterne uanset artikel 5 og 6 i e-databeskyttelsesdirektivet pålagt at sikre, at der blev foretaget lagring af en række kategorier af data i mindst seks måneder og højst to år for datoen [fra] kommunikationen. I henhold til artikel 4 skulle det samtidigt sikres, at de data, der blev lagret i henhold til direktivet, kun blev udleveret til de kompetente myndigheder under nærmere angivne betingelser. Endvidere blev der til e-databeskyttelsesdirektivets artikel 15 tilføjet stk. 1 a, hvorefter artikel 15, stk. 1, ikke fandt anvendelse på data, der krævedes lagret i henhold til logningsdirektivet.

I EU-Domstolens dom af 29. januar 2008 i sag C-275/06 (Promusicae) er det i præmis 57 anført, at Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (e-handelsdirektivet), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (infosoc-direktivet) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (retshåndhævelsesdirektivet) sigter på, at medlemsstaterne sikrer den effektiv beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, herunder særlig ophavsretten. I forlængelse heraf er det videre anført, at det følger af bestemmelser i alle tre direktiver, at kravene forbundet med beskyttelse af personoplysninger går forud for en sådan beskyttelse. I præmis 70 er det videre anført, at de anførte direktiver og e-databeskyttelsesdirektivet ikke pålægger medlemsstaterne at fastsætte en pligt til at videregive personlige data vedrørende benyttelse af internettet med henblik på at sikre den effektive beskyttelse af ophavsretten under en civil retssag, men

2051

at der ved gennemførelse af direktiverne skal sikres mulighed for at foretage den rette afvejning af de forskellige grundlæggende rettigheder, bl.a. under iagttagelse af proportionalitetsprincippet.

Ved EU-Domstolens dom af 19. april 2012 i sag C-461/10 (Bonnier Audio AB) blev det fastslået, at logningsdirektivet ikke var til hinder for anvendelse af en national lovgivning indført i henhold til artikel 8 i retshåndhævelsesdirektivet, som indebærer, at en internetudbyder med det formål at kunne identificere en internetabonnent eller -bruger kan tilpligtes at give indehaverne af

ophavsretten eller den, til hvem retten er overgået, oplysninger om den abonnent, der har fået tildelt en IP-adresse, hvorfra den påståede krænkelse er foretaget, idet en sådan lovgivning ikke omfattes af det materielle anvendelsesområde for logningsdirektivet. Det blev endvidere fastslået, at e-databeskyttelsesdirektivet og retshåndhævelsesdirektivet skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning herom, hvis denne lovgivning gør det muligt for den nationale ret på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag og under hensyntagen til de krav, der følger af proportionalitetsprincippet, at afveje de pågældende modstridende interesser mod hinanden, jf. præmis 61.

Logningsdirektivet blev ved EU-Domstolens dom af 8. april 2014 i sag C-293/12 (Digital Rights Ireland Ltd) erklæret ugyldigt, idet det blev fastslået, at EU-lovgiver, henset til EU's charter artikel 7 om respekt for privatliv og familieliv, artikel 8 om beskyttelse af personoplysninger og artikel 52, stk. 1, om rækkevidde og fortolkning af rettigheder og principper, ved vedtagelsen af direktivet havde overskredet de grænser, som kræves overholdt af hensyn til proportionalitet, jf. præmis 69. Som begrundelse herfor var bl.a. anført, at der skulle foretages en streng efterprøvelse af, om indgrebet var forholdsmæssigt, idet beskyttelsen af personoplysninger spiller en betydelig rolle i forhold til den grundlæggende ret til privatlivet, jf. præmis 48, at bekæmpelse af grov kriminalitet ikke i sig selv kunne begrunde, at en så omfattende datalagring som indført ved direktivet kunne anses for nødvendig, jf. præmis 51, at undtagelserne fra og beskyttelsen af personoplysninger skal holdes inden for det strengt nødvendige, jf. præmis 52, at der derfor skulle fastsættes klare og præcise regler, som regulerer rækkevidden og anvendelsen af foranstaltningen og fastsætter en række mindstekrav, således at den person, som har fået lagret data, råder over tilstrækkelige garantier til effektiv beskyttelse af oplysningerne mod misbrug, ulovlig adgang til og anvendelse heraf, jf. præmis 54, at sådanne regler ikke var fastsat, jf. præmis 59, 60 og 61, og at der derimod var fastsat regler om lagring af alle trafikdata vedrørende fastnettelefoni, mobiltelefoni, internetadgang samt e-mail og telefoni via internettet, hvilket indebar indgreb i de grundlæggende rettigheder for praktisk talt hele den europæiske befolkning, herunder personer omfattet af tavshedspligt, jf. præmis 56 og 57.

Ved EU-Domstolens dom af 21. december 2016 i de forenede sager C-203/15 og C-698/15 (Tele2 Sverige AB og Watson m.fl.) blev det fastslået, at e-databeskyttelsesdirektivets artikel 15, stk. 1, sammenholdt med EU's charter artikel 7, 8 og 11 samt 52, stk. 1, skal fortolkes sådan, at bestemmelsen er til hinder for en national lovgivning, der med henblik på bekæmpelse af kriminalitet foreskriver en generel og udifferentieret lagring af samtlige trafikdata og lokaliseringsdata vedrørende samtlige abonnenter og registrerede brugere i forbindelse med samtlige midler til elektronisk kommunikation, jf. præmis 112. Det fremgår endvidere bl.a. af dommen, at opregningen af de formål, der er fastsat i e-databeskyttelsesdirektivets artikel 15, stk. 1, 1. pkt., er udtømmende, og at adgangen til de lagrede data faktisk og præcist skal opfylde et af disse formål, ligesom proportionalitetsprincippet skal iagttages, jf. præmis 115 og 116.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) fastslår i artikel 8, stk. 1, at enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance. Det følger af stk. 2, at ingen offentlig myndighed kan gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, undtagen for så vidt 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 ret og frihed.

Ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 4. december 2008 i sag 30562/04 og 30566/04 (S. og Marper mod Storbritannien), der angik fingeraftryk, dna-profiler og celleprøver udtaget i forbindelse med mistanke om strafbart forhold, blev det bl.a. fastslået, at beskyttelsen af personfølsomme oplysninger er af afgørende betydning for en persons ret til respekt for sit privatliv og familieliv i henhold til EMRK artikel 8. Endvidere blev det anført, at der er et særligt behov for beskyttelse af oplysninger, der anvendes til politimæssige formål, jf. præmis 103.

Regler om beskyttelse af personoplysninger i dansk ret

Persondataloven indeholder generelle regler om beskyttelse af personoplysninger.

For kommercielle udbydere af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester er der fastsat særegne regler om beskyttelse af personoplysninger i lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (teleloven) og bekendtgørelser udstedt med hjemmel heri.

Det følger af telelovens § 7, stk. 1, i lovens kapitel 3 om grundlæggende slutbrugerrettigheder under

2052

overskriften »Hemmeligholdelse af elektronisk kommunikation, informationssikkerhed, behandling af persondata og bistand til aflytning m.v.«, at udbydere ikke uberettiget må videregive oplysninger om andres brug af nettet. Udbydere skal endvidere træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at oplysninger om andres brug af nettet ikke er tilgængelige for uvedkommende.

Efter telelovens § 8, stk. 1, skal erhvervs- og vækstministeren fastsætte regler for udbydere om minimumskrav til behandling af persondata i elektroniske kommunikationsnet og -tjenester. Efter stk. 3 i samme bestemmelse kan regler efter stk. 1 bl.a. omfatte krav om opbevaring og behandling af trafikdata og lokaliseringsdata i forbindelse med elektronisk kommunikation af hensyn til persondatabeskyttelse.

Bekendtgørelse nr. 715 af 23. juni 2011 om udbud af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (udbudsbekendtgørelsen) er udstedt med hjemmel i bl.a. telelovens § 8, stk. 1. Udbudsbekendtgørelsens § 23, der er placeret i kapitel 4 om »Hemmeligholdelse og oplysningspligt«, er sålydende:

»§ 23. Udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester skal sikre, at trafikdata, jf. § 2, stk. 1, nr. 2, vedrørende abonnenter eller brugere slettes eller anonymiseres, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, jf. dog stk. 2-5 og retsplejelovens § 786, stk. 4, eller regler udstedt i medfør heraf.

Stk. 2. Uanset stk. 1 må en udbyder, som nævnt i stk. 1, behandle og opbevare trafikdata med henblik på debitering af abonnenter og afregning for samtrafik. En sådan behandling og opbevaring af data er tilladt indtil udløbet af den lovhjemlede forældelsesfrist for de omhandlede gældsforpligtelser og afregninger.

Stk. 3. Uanset stk. 1 må en udbyder, som nævnt i stk. 1, behandle trafikdata, jf. § 2, stk. 1, nr. 2, vedrørende abonnenter eller brugere med henblik på markedsføring af elektroniske kommunikationstjenester eller levering af tillægstjenester, jf. § 2, stk. 1, nr. 4, forudsat at abonnenten eller brugeren forud for behandlingen har givet sit samtykke hertil. Behandlingen er kun tilladt i det omfang og tidsrum, som tjenesten eller markedsføringen kræver. Abonnenten eller brugeren skal på et hvilket som helst tidspunkt have mulighed for at trække sit samtykke tilbage.

Stk. 4. Udbydere, som nævnt i stk. 1, skal underrette abonnenten eller brugeren om, hvilke typer af trafikdata der behandles med

henblik på de i stk. 2 og 3 omhandlede formål og om behandlingens varighed. Ved behandling med henblik på de i stk. 3 omhandlede formål skal underretning ske, inden samtykke indhentes.

Stk. 5. Udbydere, som nævnt i stk. 1, skal sikre, at behandling af trafikdata som nævnt i stk. 1-4 kun foretages af personer, som er ansat hos eller handler efter bemyndigelse fra udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester, og som er beskæftiget med debitering eller trafikstyring, behandling af klager eller andre henvendelser fra abonnenter, opsporing af svig eller med markedsføring af udbyderens egne tjenester eller levering af tillægstjenester. I forbindelse med behandlingen af sådanne konkrete sager skal behandlingen af trafikdata begrænses til alene at vedrøre det, der er nødvendigt for behandlingen af sagen.«

Efter telelovens § 13 skal udbydere på begæring af politiet udlevere oplysninger, der identificerer en slutbrugers adgang til elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester. Bestemmelsen betyder, at disse oplysninger kan udleveres til politiet uden en editionskendelse, når der er tale om statiske ip-adresser. Udlevering af dynamiske ip-adresser mv. skal ske i medfør af retsplejelovens regler og forudsætter således en retskendelse, jf. herved det anførte i forarbejderne til bestemmelsen i telelovens § 13 (lovforslag nr. L 59 af 17. november 2010).

Logningsregler udstedt i medfør af retsplejeloven

Efter retsplejelovens § 786, stk. 4, der findes i retsplejelovens fjerde bog om strafferetsplejeloven og er medtaget i kapitel 71 om »Indgrib i meddelelseshemmeligheden, observation, forstyrrelse eller afbrydelse af radio- eller telekommunikation og blokering af hjemmesider«, påhviler det udbydere af telenet eller teletjenester at foretage registrering og opbevaring (logning) i 1 år af oplysninger om teletrafik til brug for efterforskning og retsforfølgning af strafbare forhold.

Retsplejelovens § 786, stk. 4, blev indført ved § 2 i lov nr. 378 af 6. juni 2002 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 (Gennemførelse af FN-konventionen til bekæmpelse af finansiering af terrorisme, gennemførelse af FN's Sikkerhedsråds resolution nr. 1373 (2001) samt øvrige initiativer til bekæmpelse af terrorisme m.v.) (anti-terrorpakke I). Bestemmelsen trådte i kraft den 15. september 2007.

I forbindelse med indførelsen af retsplejelovens § 786, stk. 4, blev det fastsat, at bestemmelsen senere skulle revideres, jf. ændringslovens § 8. Denne revision er efterfølgende blevet udskudt flere gange, senest ved lov nr. 673 af 8. juni 2017. Udskydelsen af revisionen er i bemærkningerne til lovforslaget hertil (lovforslag nr. L 191 af 26. april 2017) bl.a. begrundet i overvejelser i anledning af EU-Domstolens dom af 21. december 2016 dom i de forenede sager C-203/15 og C-698/15 (Tele2 Sverige AB og Watson m.fl.) om de svenske og britiske logningsreglers forenelighed med EU-retten. Justitsministeren har ved lovforslag nr. L 218 af 11. april 2018 til lov om ændring af lov om ændring af straffeloven,

2053

retsplejeloven, lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet, våbenloven, udleveringsloven samt lov om udlevering af lovovertrædere til Finland, Island, Norge og Sverige (Ændring af revisionsbestemmelse) fremsat forslag om, at revisionen på ny udskydes.

Bekendtgørelse nr. 988 af 28. september 2006, som ændret ved bekendtgørelse nr. 660 af 19. juni 2014, om udbydere af elektroniske kommunikationsnets og elektroniske kommunikationstjenesters registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik (logningsbekendtgørelsen) er udstedt med hjemmel

i retsplejelovens § 786, stk. 4 og stk. 7, og fastsætter nærmere regler for registreringen af teledata. Reglerne i logningsbekendtgørelsen er opretholdt, indtil den ovenfor nævnte revision af logningsreglerne er gennemført. Det fremgår af en fodnote til den oprindelige logningsbekendtgørelse fra 2006, at bekendtgørelsen indeholder bestemmelser, der gennemfører dele af logningsdirektivet. Fodnoten blev ophævet ved ændringen af bekendtgørelsen i 2014.

Logningsbekendtgørelsens §§ 1, 4, 5, 6 og 9 er sålydende:

»§ 1. Udbydere af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere skal foretage registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik, der genereres eller behandles i udbyderens net, således at disse oplysninger vil kunne anvendes som led i efterforskning og retsforfølgning af strafbare forhold.

§ 4. En udbyder af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere skal registrere følgende oplysninger om fastnet- og mobiltelefoni samt SMS-, EMS- og MMS-kommunikation:

1) opkaldende nummer (A-nummer) samt navn og adresse på abonnenten eller den registrerede bruger,

2) opkaldte nummer (B-nummer) samt navn og adresse på abonnenten eller den registrerede bruger,

3) ændring af opkaldte nummer (C-nummer) samt navn og adresse på abonnenten eller den registrerede bruger,

4) kvittering for modtagelse af meddelelser,

5) identiteten på det benyttede kommunikationsudstyr (IMSI- og IMEI-numre),

6) den eller de celler en mobiltelefon er forbundet til ved kommunikationens start og afslutning, samt de tilhørende masters præcise geografiske eller fysiske placering på tidspunktet for kommunikationen,

7) tidspunktet for kommunikationens start og afslutning og

8) tidspunktet for første aktivering af anonymt tjenester (taletidskort).

§ 5. En udbyder af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere skal registrere følgende oplysninger om en brugers adgang til internettet:

1) den tildelte brugeridentitet,

2) den brugeridentitet og det telefonnummer, som er tildelt kommunikationer, der indgår i et offentligt elektronisk kommunikationsnet,

3) navn og adresse på den abonnent eller registrerede bruger, til hvem en internetprotokol-adresse, en brugeridentitet eller et telefonnummer var tildelt på kommunikationstidspunktet og

4) tidspunktet for kommunikationens start og afslutning.

Stk. 2. Udbydere af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere, der udbyder trådløs adgang til internettet, skal endvidere registrere oplysninger om det lokale netværks præcise geografiske eller fysiske placering samt identiteten på det benyttede kommunikationsudstyr.

§ 6. Udover de i § 5 nævnte oplysninger skal en udbyder af elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester til slutbrugere registrere følgende oplysninger om egne e-mail-tjenester:

1) afsendende e-mail-adresse og

2) modtagende e-mail-adresse.

Stk. 2. For så vidt angår oplysninger om kommunikation foretaget ved brug af udbyderens egne internettelefoni-tjenester, skal de i § 5, stk. 1, nævnte oplysninger registreres.

§ 9. De i medfør af §§ 4 - 6 registrerede oplysninger skal opbevares i 1 år.«

Landsrettens begrundelse og resultat

Det er ubestridt, at Telenor og Telia er i besiddelse af oplysningerne om, hvilke abonnenter der var tildelt de i alt 4.011 anførte ip-adresser på de anførte tidspunkter.

Efter Asbjørn Skov Jensen og Lasse Andersens forklaringer lægger retten til grund, at Telenor og Telia ikke har brug for data om logning af ip-adresser med henblik på at foretage afregning over for deres abonnenter, at Telenor og Telia anslår at have brug for data om logning af ip-adresser med henblik på fejlretning i henholdsvis 30 dage og 3 uger, at Telenor og Telia herefter alene har gemt de krævede data om logning af ip-adresser med henblik på at opfylde logningsbekendtgørelsen, at de krævede data om logning af ip-adresser opbevares i systemer, der er adskilt fra teleudbydernes almindelige system, og at kun få, udvalgte medarbejdere, der håndterer henvendelser om udlevering fra politiet, har adgang til disse systemer. Efter Bastian Rankløves forklaring lægges det til grund, at tilsvarende gør sig gældende for TDC, dog således at data om logning af ip-adresser ikke for TDC er nødvendige med henblik på at foretage fejlretning.

Isoleret bevisoptagelse

Efter ordlyden af retsplejelovens § 343, stk. 1, og bestemmelsens placering i retsplejelovent må det anses for en betingelse for isoleret bevisoptagelse, at den sker

2054

med henblik på at tilvejebringe bevis til brug for en retssag eller til brug for overvejelser om, hvem en retssag skal anlægges mod.

Landsretten finder det efter de foreliggende oplysninger tilstrækkeligt sandsynliggjort, at der kan have fundet ophavsretskrænkelser sted, som vil kunne retsforfølges af rettighedshaverne, herunder efter ophavsretslovens § 81.

Henset til oplysningerne om, at der for tiden verserer en række civile sager, hvor stævning er udtaget efter opfyldelse af tidligere editionspålæg, er det i fornødent omfang godtgjort, at beviset ønskes optaget af CMS til brug for eventuelt senere anlæg af en retssag. Det kan ikke føre til en anden vurdering, at de civile sager efter det oplyste først er anlagt efter byrettens kendelse af 24. oktober 2017 i denne sag. Det bemærkes i den forbindelse, at kære kan støttes på nye beviser, jf. retsplejelovens § 393, stk. 5.

Da udlevering af ip-adresserne er nødvendige for at bidrage til afklaring af, hvem der senere kan anlægges sag mod, må optagelsen af et sådant bevis, selv om det ikke sker til brug for en verserende retssag, desuden anses for hensigtsmæssig.

Edition

Som anført er det ubestridt, at Telenor og Telia har rådighed over de ønskede oplysninger om, hvilke abonnenter der var tildelt de anførte ip-adresser på de anførte tidspunkter. Da oplysningerne er nødvendige for at bidrage til afklaring af, hvem der kan anlægges sag mod, må de anses for at være af betydning for sagen. Det ændrer ikke herved, at oplysningerne muligvis ikke i sig selv vil være tilstrækkelige til, at rettighedshaverne kan få medhold i en civil sag om en rettighedskrænkelser.

Efter retsplejelovens § 299, stk. 1, kan der ikke meddeles editionspålæg om forhold, som teleudbydernes ville være udelukket fra eller fritaget for at afgive forklaring om som vidne, jf. lovens §§ 169-172. Efter retsplejelovens § 170, stk. 3, kan retten bestemme, at forklaring ikke skal afgives om forhold, med hensyn til hvilke vidnet i medfør af lovgivningen har tavshedspligt, og hvis hemmeligholdelse har væsentlig betydning. Efter bestemmelsens ordlyd er udgangspunktet dog, at der er vidnepligt.

Efter telelovens § 7, stk. 1, har Telenor og Telia pligt til at hemmeligholde oplysninger om deres abonnenters brug af nettet og har således tavshedspligt bl.a. i relation til de oplysninger, som ønskes udleveret. Efter udbudsbekendtgørelsens § 23, stk. 1, har Telenor og Telia endvidere som udgangspunkt pligt til at slette eller anonymisere trafikdata. Trafikdata kan - og skal - imidlertid

efter udbudsbekendtgørelsens § 23, stk. 1, opbevares med henblik på udlevering til politiet efter retsplejelovens § 786, stk. 4, hvorefter der skal ske logning som fastsat i logningsbekendtgørelsen.

Disse bestemmelser skal navnlig ses i sammenhæng med e-databeskyttelsesdirektivets artikel 5 og 6 om kommunikationshemmelighed og sletning af trafikdata samt direktivets artikel 15 om adgangen til at foretage indskrænkninger i rækkevidden af bl.a. disse bestemmelser. Endvidere skal bestemmelserne ses i sammenhæng med de hensyn, der skal varetages efter EU's charter artikel 7, 8 og 52, stk. 1, om respekt for privatliv og familieliv, beskyttelse af personoplysninger og proportionalitetshensyn og EMRK's artikel 8 ligeledes om respekt for privatliv og familieliv, jf. herved EU's charter artikel 52, stk. 3, således som disse bestemmelser er fortolket bl.a. af EU-Domstolen i dom af 8. april 2014 i sag C-293/12 (Digital Rights Ireland Ltd), i dom af 21. december 2016 i de forenede sager C-203/15 og C-698-15 (Tele2 Sverige AB og Watson m.fl.) og af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i dom af 4. december 2008 i sag 30562/04 og 30566/04 (S. og Marper mod Storbritannien).

Det følger endvidere af EU-Domstolens dom af 29. januar 2008 i sag C-275/06 (Promusicae) og dom af 19. april 2012 i sag C-461/10 (Bonnier Audio AB), at bl.a. e-databeskyttelsesdirektivet ikke er til hinder for nationale regler om udlevering af oplysninger om en abonnents ip-adresse i forbindelse med retsforfølgning af krænkelse af ophavsrettigheder, men at der skal være mulighed for at foretage en afvejning af de modstridende interesser i sagen i forbindelse med en sådan udlevering af oplysninger.

Under henvisning til telelovens § 7, stk. 1, og udbudsbekendtgørelsens § 23, stk. 1, og henset til de ovennævnte forhold samt til, at de data, der ønskes udleveret til en privat aktør i medfør af de civilprocessuelle regler i retsplejelovens § 343, jf. § 299, alene fortsat er i teleudbydernes besiddelse, fordi teleudbydernes ifølge logningsbekendtgørelsen udstedt efter reglerne i strafferetsplejen er forpligtet til at opbevare dem med det formål, at de efter retskendelse skal kunne udleveres til politiet som led i efterforskning og retsforfølgning af strafbare forhold, finder landsretten, at der er tungtvejende grunde til hemmeligholdelse af de teledata, der ønskes udleveret.

Disse tungtvejende grunde skal afvejes over for CMS' interesse i at få oplysningerne udleveret.

CMS har sandsynliggjort, at der kan have fundet ophavsretskrænkelser sted, som vil kunne retsforfølges af rettighedshaverne, herunder efter ophavsretslovens § 81. Omfanget af de angivelige krænkelse, der er omfattet af begæringerne under denne sag, må ved en samlet bedømmelse også anses for betydeligt. Det nærmere omfang heraf i relation til den enkelte abonnent er imidlertid ikke nærmere dokumenteret.

Selv om det må antages, at rettighedshaverne ikke uden udlevering af oplysningerne kan forfølge et

2055

eventuelt krav direkte over for de abonnenter, hvis internetforbindelse har været anvendt til disse ophavsretskrænkelser, finder landsretten efter en samlet afvejning, at CMS' interesse i at få udleveret oplysningerne over for hensynet til de enkelte abonnenters krav på hemmeligholdelse ikke kan begrunde en udlevering af de under sagen omhandlede oplysninger i medfør af retsplejelovens § 343, jf. § 299.

Konklusion og sagsomkostninger

På den ovenfor anførte baggrund ændres byrettens kendelse, således at begæringerne om tredjemandsedition under den isolerede bevisoptagelse ikke tages til følge.

Efter sagernes karakter skal ingen af parterne heller ikke for landsretten betale sagsomkostninger til en anden part.

Thi bestemmes

Byrettens kendelse ændres, således at Copyright Management Services Ltd.'s begæringer om tredjemandsedition under den isolerede bevisoptagelse ikke tages til følge.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til en anden part. Kæreaafgiften i begge sager tilbagebetales.

U.2021.985
U.2021.985
TfK2021.219/2

Offentliggørelse af oplysning om leveringssted for tjenesteydelse anmeldt til RUT-registret var i strid med EU-retten. Om afholdelse af udgifter til valgt forsvarer.

EU-ret 2 - Retspleje 332.3 og 36.2 - Strafferet 29.9.

Ved landsrettens dom blev det fastslået, at det udenlandske selskab T havde overtrådt den dagældende udstationeringslov ved ikke rettidigt at have indgivet anmeldelse til RUT-registret om, at selskabet leverede tjenesteydelser i Danmark, og ved ikke rettidigt at have anmeldt ændring af afslutningstidspunktet for levering af en tjenesteydelse. T blev imidlertid frifundet, idet anmeldelsespligten og den offentlige adgang til nogle af oplysningerne i RUT-registret, som fulgte af den dagældende udstationeringslovs § 7 a, stk. 1, sammenholdt med § 7 c, stk. 1, var i strid med Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) artikel 56, stk. 1, om fri udveksling af tjenesteydelser inden for EU. Højesteret tiltrådte, at anmeldelsespligten for en udenlandsk tjenesteyder efter dagældende § 7 a, stk. 1 og 5, ikke gik videre, end hvad der var nødvendigt for at opfylde formålet med RUT-registret. Højesteret fandt, at

986

det, henset til det danske arbejdsmarkeds særlige konstruktion, hvorefter det er arbejdsmarkedets parter, der forhandler og kontrollerer løn- og arbejdsvilkår, er nødvendigt, at arbejdsmarkedets parter har adgang til oplysningerne nævnt i § 7 c, stk. 1. Spørgsmålet var herefter, om det var for vidtgående i forhold til det formål, som forfølges med RUT-registret, at der var adgang for enhver til oplysningerne nævnt i § 7 c, stk. 1. Højesteret fandt, at den offentlige adgang til oplysninger om den udenlandske virksomheds navn, forretningsadresse og kontaktoplysninger, kontaktperson i Danmark og branchekode ikke kunne anses for at gå videre, end hvad der var nødvendigt for at opfylde formålet. Derimod fandt Højesteret efter en samlet vurdering, at offentliggørelse af oplysninger om leveringsstedet for tjenesteydelsen måtte anses for at gå videre, end hvad der var nødvendigt for at opfylde formålet med RUT-registret, og var i strid med TEUF artikel 56, stk. 1. Højesteret tiltrådte på den baggrund, at T ikke kunne straffes for manglende rettidige anmeldelser til RUT-registret og frifandt T.¹ På grund af lang sagsbehandlingstid tilkendte Højesteret den valgte forsvarer for Højesteret 40.000 kr. med tillæg af moms i medfør af retsplejelovens § 1007, stk. 2,² men fandt ikke herudover grundlag for i medfør af retsplejelovens § 1007, stk. 2, at bestemme, at statskassen helt eller delvist skulle betale vederlag til den valgte forsvarer for landsret og Højesteret eller for at pålægge statskassen at betale T's udgifter til ensidigt indhentede udtalelser fra sagkyndige.³

H.D. 30. november 2020 i sag 115/2019 (2. afd.)

¹ Lovforslag nr. L 70 af 6. februar 2008, alm. bem. pkt. 1, 3, 6 og 8, bem. til § 1, nr. 1 (ad § 5 c, stk. 1), samt beskæftigelsesministerens svar af 6. marts 2008 på Arbejdsmarkedsudvalgets spørgsmål nr. 1 og 2 (L 70), lovforslag nr. L 157 af 17. marts 2010, alm. bem. pkt. 2.1, 2.2, 2.2.2 og 2.2.4, samt bem. til § 1, nr. 5 (ad § 7 c), Europa-Kommissionens meddelelse af 4. april 2006 (KOM (2006) 159 endelig), EU-Domstolens domme af 30. november 1995 i sag C-55/94, 21. oktober 2004 i sag C-445/03, 19. januar 2006 i sag C-244/04, 19. december 2012 i sag C-577/10 og 3. december 2014 i sag C-315/13, Karsten Engsig Sørensen og Jens Hartig Danielsen: EU-Retten, 7. udg. (2019), s. 617, og Ruth Nielsen: EU-arbejdsret, 5. udg. (2019), s. 698.

² Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere, 5. udg. (2020), s. 209 og 215-18.

³ U 2010.477 H og U 2011.1014 H.

(Thomas Rørdam, Jon Stokholm, Vibeke Rønne, Henrik Waaben, Lars Hjortnæs, Kurt Rasmussen, Lars Apostoli, Anne Louise Bormann og Kristian Korfits Nielsen).

Anklagemyndigheden
mod
T (adv. Lotte Lundin, Kbh.)

Retten i Horsens' dom 7. maj 2015, 2476/2013

Anklageskrift (forhold 1 og 2) er modtaget den 8. juli 2013. Tillægsanklageskrift nr. 1 (forhold 3) er modtaget den 3. oktober 2013. Tillægsanklageskrift nr. 2 (forhold 4) er modtaget den 20. april 2015.

T er tiltalt for overtrædelse af

1.

lovbekendtgørelse nr. 256 af 25. marts 2011 § 10 a, stk. 1, nr. 1, jfr. § 10 c, jfr. § 7 a, stk. 1 og 5, ved senest den 31. januar 2012 at have undladt rettidigt at afgive anmeldelse til Registeret for Udenlandske Tjenesteydere (RUT) om, at virksomheden leverede tjenesteydelser på byggepladsen, ... i ..., idet virksomhedens udstationerede lønmodtagere L1 og L2 udførte arbejde på det pågældende arbejdssted,

2.

lovbekendtgørelse nr. 256 af 25. marts 2011 § 10 a, stk. 1 nr. 1, jfr. § 10 c, jfr. § 7 a, stk. 1 og 5, ved senest den 7. februar 2013 at have undladt rettidigt at afgive anmeldelse til Registeret for Udenlandske Tjenesteydere (RUT) om, at virksomheden leverede tjenesteydelser på Erhvervsparken ... i ..., idet virksomhedens udstationerede lønmodtagere L3 og L4 udførte arbejde på det pågældende arbejdssted.

3.

lovbekendtgørelse nr. 256 af 25. marts 2011 § 10 a, stk. 1 nr. 1, jfr. § 10 c, jfr. § 7 a, stk. 1 og 5, ved senest mandag den 16. februar 2013 at have undladt rettidigt at anmelde datoen for afslutning af den tjenesteydelse, der blev leveret på adressen ... i ..., lå senere end den oprindeligt anmeldte dato, fredag den 8. februar 2013, idet Arbejdstilsynet ved besøg på arbejdsstedet den 21. februar 2013 konstaterede, at der fortsat blev udført arbejde på stedet blandt andet af L5.

4.

udstationeringslovens § 10 a, stk. 1 nr. 1, jfr. § 10 c, jfr. § 7 a, stk. 1 og 5, ved senest den 19. marts 2013 at have undladt rettidigt at afgive anmeldelse til Registeret for Udenlandske Tjenesteydere (RUT) om, at virksomheden leverede tjenesteydelser på byggepladsen, ... i ..., idet virksomhedens udstationerede lønmodtagere L6, L7, L8 og L9 udførte arbejde på det pågældende arbejdssted.

Påstande

Anklagemyndigheden har nedlagt påstand om straf af bøde på 25.000 kr.

Tiltalte har nægtet sig skyldig.

Tiltalte har under hovedforhandlingen overordnet gjort gældende, at selv om anmeldelsespligten i udstationeringsloven i sig selv må

anses som begrundet i legitime hensyn, der begrundet en forskelsbehandling mellem danske og udenlandske virksomheder, er lovens bestemmelse om offentliggørelse af de anmeldte oplysninger uproportional og rækker ud over, hvad de legitime

987

hensyn berettiger, hvorfor reglerne er i strid med TEUF art. 56, stk. 1. Tiltalte har endvidere overordnet gjort gældende, at såfremt retten ikke måtte følge dette synspunkt, var tiltalte i givet fald omfattet af bestemmelsen i udstationeringslovens § 7 b, stk. 1 - og derfor fritaget for anmeldelsespligten - da det er tvivlsomt, om tiltalte leverede en »tjenesteydelse« i lovens/EU-rettens forstand, og/eller da det udførte arbejde konkret må antages at have været maksimalt 8 dage.

Sagens oplysninger

Der er afgivet forklaring af adm. direktør V1.

V1 har forklaret, at han har været adm. direktør i det tiltalte selskab siden 2006. Selskabets korrekte navn er ... som også anført i SKAT's register over SE-numre - »T«, og ikke det, der er anført i anklageskriftet og tillægsanklageskrift nr. 1. »X« er en forkortelse for ... »T« er en polsk forkortelse for det polske ord for aktieselskab. Selskabet blev stiftet i 2004 i Polen af ham og 2 andre. Indtil 2006 havde selskabet ingen ansatte og arbejdet blev alene udført af de 3 stiftere, men i dag har selskabet ca. 135 ansatte. Selskabet har hjemsted i Polen. I 2014 havde virksomheden aktiviteter i 18 forskellige lande, både i og udenfor Europa. Ca. 20 % af virksomhedens omsætning ligger i Danmark.

Selskabet er »det centrale selskab« i koncernen, og det har en række søster- og datterselskaber i bl.a. Danmark og Norge. Langt de fleste aktiviteter i koncernen udføres gennem det tiltalte polske selskab.

Selskabet beskæftiger sig med »automatik« og »industriel IT«. En typisk kunde er f.eks. det tyske selskab ... GmbH, der laver produktionslinjer til bilindustrien. Selskabet arbejder p.t. f.eks. også på et »malingsautomatik-system« på Audis fabrik i Bruxelles. Det er selskabets ansatte, der monterer og opstiller kundernes systemer ude på »sitet«. Til en opgave hos en kunde sammensætter selskabet et team, enten lille eller stort, der kan tage ud og løse opgaven på »sitet«. Teamlederen er typisk automatik- eller el-ingeniør, mens de øvrige medarbejdere i teamet f.eks. er automatik-mekanikere, automatik-elektrikere etc. Selskabets kunder søger selskabet pga. dets kompetencer inden for automatik og industriel IT; selskabet følger kundens projekter, hvor end de leveres. Selskabet er bl.a. ISO 9001- og 14001-certificeret. Selskabet er endvidere »autoriseret inden for el« i Danmark, Norge, Sverige og Polen. Selskabet kan beskrives som værende en teknisk underleverandør.

Selskabet har haft en årelang dialog med de danske skattemyndigheder, bl.a. for at sikre, at dets medarbejdere ikke bliver dobbeltbeskattede. Selskabet har fra skattemyndighederne fået en bindende forhåndsbesked om, at selskabets medarbejdere »beskæftiger sig med underleverancer« og »ikke er omfattet af reglerne om arbejdsindleje«.

Selskabets udfordring i forhold til RUT-registeret er bl.a., at selskabets kunder ønsker, at selskabet underskriver en »non-disclosure agreement«, hvorefter selskabet ikke må oplyse til tredjemand, at selskabet arbejder for den pågældende kunde, eller hvilket arbejde selskabet udfører etc. RUT-registeret stiller imidlertid en lang række krav om udlevering og registrering af oplysninger, der vil gøre, at selskabet ikke kan overholde dets forpligtelser over for kunderne vedrørende hemmeligholdelse. Selskabets konkurrenter vil kunne se en række oplysninger om selskabets kunder mv., mens selskabet modsat ikke vil kunne se tilsvarende oplysninger om dets danske konkurrenter, og reglerne

er derfor konkurrenceforvridende. RUT-registerets krav om oplysning om nøglemedarbejdere giver bl.a. problemer i relation til, at konkurrenter kan forsøge at »stjæle« medarbejderen eller chikanere vedkommende. Der er ingen grund til, at selskabets konkurrenter har adgang til oplysningerne i RUT, og dette er uproportionalt. Offentlighedens adgang til oplysningerne gør det svært for selskabet at indgå kontrakter med danske virksomheder.

I de andre lande, som selskabet opererer i, er der også regler om registrering, men der er ikke i nogen af landene så vidtgående regler om offentliggørelse af oplysninger som i Danmark, bortset fra Norge, hvor der imidlertid også er krav om, at norske virksomheder registrerer tilsvarende oplysninger, således at norske virksomheder ikke har en konkurrencefordel.

Selskabet har i løbet af det sidste halve års tid i forbindelse med 3-4 mindre projekter i Danmark meddelt Arbejdstilsynet, at selskabet mener sig omfattet af undtagelsesbestemmelsen i udstationeringslovens § 7 b, stk. 1, og Arbejdstilsynet har ikke reageret herpå.

Selskabet er medlem af Dansk Industri og er underlagt DI's overenskomster.

Selskabet beskæftiger sig ikke med byggeri, landbrug, skovbrug eller fiskeri.

I forhold 1 var selskabets kunde Y ApS, jf. kontrakten fremlagt som bilag E. Selskabet skulle montere »el-automatik-delen« af et automatisk anlæg til fremstilling og transportering af mørtel; anlægget er vist på de som bilag F fremlagte billeder. Arbejdet, der tog en uges tid, blev udført af 2 ansatte, en automatik-ingeniør og en automatik-mekaniker/-elektriker. Han vil tro, at det var de pågældende 2 personer, der er nævnt i tiltalen. Han kan huske, at selskabet ikke rettidigt indgav anmeldelse til RUT-registeret, men han kan ikke huske, om selskabet eventuelt efterfølgende har gjort dette.

I forhold 2 var selskabets kunde Z A/S, jf. kontrakten fremlagt som bilag D, der bl.a. leverer nye butikker til Jem & Fix-kæden. Selskabet skulle montere »automatikken« i en Jem & Fix-butik, bl.a. i relation til butikkens sikkerhedsanlæg og klimaanlæg. Arbejdet blev udført af 2 ansatte. Han vil tro, at det var de pågældende 2

988

personer, der er nævnt i tiltalen. Han kan huske, at selskabet ikke rettidigt indgav anmeldelse til RUT-registeret, men han kan ikke huske, om selskabet eventuelt efterfølgende har gjort dette.

Foreholdt Arbejdstilsynets rapport (forhold 2, bilag 2), side 2, tredjesidste afsnit, har V1 forklaret, at han ikke mener, at selskabets ansatte har opsat lamper, og dette er i hvert fald ikke normalt. Han vil tro, at det kan være ansatte fra Z A/S, der har opsat lamperne.

I forhold 3 var selskabets kunde en litauisk virksomhed, W, der laver »styreautomatik-tavler« og software hertil. W stod for en totalleverance til Arla Foods af tavler til vistnok osteproduktion, og selskabet skulle forestå monteringen af tavlerne hos Arla. Kontrakten var i starten »en relativt lille kontrakt«, og denne anmeldte selskabet til RUT-registeret efter at have drøftet dette med kunden. Imidlertid udviklede arbejdet sig på et tidspunkt - og ret hurtigt - til at være mere omfangsrigt end antaget, hvilket krævede flere medarbejdere, og selskabet nåede ikke at anmelde »udvidelsen« af arbejdet til RUT-registeret, inden Arbejdstilsynet kom på besøg.

I forhold 4 var selskabets kunde ... GmbH. Selskabet skulle montere og idriftsætte et fuldautomatisk parkeringsanlæg i Aarhus. Selskabet havde ikke noget at gøre med selve byggeriet af parkeringshuset. Det kan godt passe, at det var de 4 personer, der er nævnt i tiltalen, der udførte arbejdet. Den ene af personerne er automatik-ingeniør, og de andre er automatik-

mekanikere/automatik-elektrikere. Det er korrekt, at selskabet indledningsvist ikke indgav anmeldelse til RUT-registeret, men efter en fornyet dialog med ... GmbH efter Arbejdstilsynets besøg valgte selskabet at indgive anmeldelse.

For så vidt angår forhold 1 fremgår det af en rapport fra Arbejdstilsynet (bilag 3), at man ved et besøg den 31. januar 2012 på byggepladsen beliggende ... i ... antraf 2 polske elektrikere, L1 og L2, der udførte arbejde for tiltalte. Arbejdstilsynet tog under besøget telefonisk kontakt til V1, som angiveligt bl.a. oplyste, »at han ikke ønskede at være registreret i RUT pga. konkurrencehensyn«.

Det fremgår af en udskrift fra Registret over Udenlandske Tjenesteydere (bilag 6), at tiltalte ikke havde foretaget anmeldelse af de leverede tjenesteydelser.

Af kontrakten mellem tiltalte og Y ApS om den leverede tjenesteydelse (bilag E) fremgår det, at arbejdet skulle påbegyndes den 9. januar 2012 og afsluttes senest den 27. januar 2012 (jf. punkt 6.1 og 6.2).

Arbejdstilsynet fremsendte den 6. februar 2012 en indstilling om tiltalerejsning til Sydøstjyllands Politi (bilag 2).

For så vidt angår forhold 2 fremgår det af en rapport fra Arbejdstilsynet (bilag 2), at man ved et besøg den 7. februar 2013 i Erhvervsparken ... i ... antraf 2 polske elektrikere, L3 og L4, der udførte arbejde for tiltalte. Det fremgår endvidere, at tiltalte ikke havde foretaget anmeldelse af arbejdet til Registret for Udenlandske Tjenesteydere.

Af kontrakten mellem tiltalte og Z A/S om den leverede tjenesteydelse (bilag D) fremgår det, at arbejdet skulle påbegyndes den 30. januar 2013 og forventedes afsluttet den 8. februar 2013 (jf. punkt 6.1 og 6.2).

Arbejdstilsynet fremsendte den 16. februar 2013 en indstilling om tiltalerejsning til Sydøstjyllands Politi (bilag 1).

For så vidt angår forhold 3 fremgår det af en rapport fra Arbejdstilsynet (bilag 3, side 4-6), at man ved et besøg den 21. februar 2013 på adressen ... i ... bl.a. antraf en polsk elektriker, L5, der udførte arbejde for tiltalte. Det fremgår endvidere af rapporten, at det under besøget blev »oplyst at virksomheden havde arbejdet på stedet siden 8/2-2013 og indtil besøgsdato den 21/2-2013 - uden at reg. i RUT er ændret.«

Det fremgår af kvitteringer for anmeldelser til Registret over Udenlandske Tjenesteydere (bilag 9 og 10), at tiltalte den 24. januar 2013 anmeldte en start- og slutdato for det pågældende arbejde til henholdsvis den 25. januar 2013 og den 8. februar 2013, og at tiltalte den 21. februar 2013 ændrede slutdatoen til den 16. marts 2013.

Arbejdstilsynet fremsendte den 22. februar 2013 en indstilling om tiltalerejsning til Sydøstjyllands Politi (bilag 3, side 1-3).

For så vidt angår forhold 4 fremgår det af en rapport fra Arbejdstilsynet (bilag 3A), at man ved et besøg den 19. marts 2013 på byggepladsen beliggende ... i ... antraf 4 polske arbejdere - L6, L7, L8 og L9 - der udførte arbejde for tiltalte.

Det fremgår af kvittering for anmeldelse til Registret over Udenlandske Tjenesteydere (bilag 3E) at tiltalte den 19. januar 2013 anmeldte en start- og slutdato for det pågældende arbejde til henholdsvis den 6. marts 2013 og den 20. december 2013

Arbejdstilsynet fremsendte den 27. marts 2013 en indstilling om tiltalerejsning til Sydøstjyllands Politi (bilag 3).

Tiltalte har under sagsforberedelsen fremsendt et notat af 9. september 2013 om »Offentliggørelse af oplysninger i RUT« udarbejdet af professor, dr.jur. Jens Hartig Danielsen (ubilageret), hvori det gøres gældende, at bestemmelserne i udstationeringslovens § 7 a, stk. 1, og § 7 c, stk. 1, er i strid med EU-rettens regler om tjenesteydelseernes frie bevægelighed, da de er uforholdsmæssigt

vidtgående. Beskæftigelsesministeriet er i et brev fra november 2014 til Sydøstjyllands Politi (ubilageret) fremkommet med bemærkninger til notatet.

Tiltalte har under hovedforhandlingen endvidere fremlagt et responsum af 25. juni 2014 om »T og RUT«

989

ligeledes udarbejdet af professor, dr.jur. Jens Hartig Danielsen (bilag H), hvori notatet af 9. september 2013 uddybes og nogle af synspunkterne modificeres (smh. f.eks. notatet, side 4, sidste afsnit, med responsummet, side 18, 3. og 4. afsnit).

Retten har den 11. april 2014 afsagt kendelse om, at tiltaltes anmodning om præjudiciel forelæggelse ikke tages til følge.

Anklagemyndigheden har under hovedforhandlingen oplyst vedrørende forhold 1 og 2, at det beror på almindelig sagsprioritering hos anklagemyndigheden, at der først er rejst tiltale i juli 2013. Vedrørende forhold 3 og 4 har anklagemyndigheden oplyst, at disse forhold har været forsøgt afgjort som bødeforelæg af henholdsvis 7. marts 2013 og 28. november 2013, hvilket er årsagen til, at der først er rejst tiltale i henholdsvis august 2013 og april 2015.

Anklagemyndigheden og forsvareren har under hovedforhandlingen oplyst, at man for så vidt angår tiden efter tiltalerejsningen i juli/august 2013 er enige om, at det i hvert fald siden rettens beslutning af 23. juni 2014 vedrørende bevisførelse ikke har beroet på tiltaltes forhold, at sagen først er blevet hovedforhandlet den 20. april 2015.

Retten begrundelse og afgørelse

Sagens faktiske omstændigheder

Efter bevisførelsen finder retten det for så vidt angår forhold 1, 2 og 4 bevist, at det tiltalte selskab ikke rettidigt indgav anmeldelse til Registret for Udenlandske Tjenesteydere om, at selskabet udstationerede lønmodtagere til Danmark i forbindelse med levering af tjenesteydelser som anført i tiltalen, og at dette kan tilregnes selskabet i hvert fald som uagtsomt, jf. straffelovens § 27, stk. 1.

Endvidere finder retten det for så vidt angår forhold 3 bevist, at det tiltalte selskab ikke rettidigt indgav anmeldelse til Registret for Udenlandske Tjenesteydere om, at datoen for afslutningen af tjenesteydelsen, hvortil selskabet udstationerede lønmodtagere som anført i tiltalen, lå senere end den oprindeligt anmeldte dato, og at dette kan tilregnes selskabet i hvert fald som uagtsomt, jf. straffelovens § 27, stk. 1.

Retsgrundlaget

Indledningsvist bemærkes det, at de på gerningstidspunkterne gældende regler om Registret for Udenlandske Tjenesteydere (RUT) fandtes i udstationeringslovens §§ 7 a-7 e, jf. lovbekendtgørelse nr. 256 af 25. marts 2011. Det bemærkes endvidere, at bestemmelserne efterfølgende er blevet ændret ved lov nr. 611 af 12. juni 2013 - der trådte i kraft den 1. juli 2013, jf. § 2, stk. 1 og 2 - hvorved bl.a. den nugældende bestemmelse i udstationeringslovens § 7 a, stk. 1, nr. 7, blev indsat, og bestemmelsen i § 7 c, stk. 1, blev udvidet.

Ved lov om udstationering af lønmodtagere (udstationeringsloven), jf. lov nr. 933 af 15. december 1999, blev der bl.a. fastsat regler om, hvilke love, der finder anvendelse, når en udenlandsk virksomhed udstationerer lønmodtagere til Danmark i forbindelse med levering af tjenesteydelser, jf. bl.a. lovens §§ 1, 5 og 6. Det drejer sig således bl.a. om arbejdsmiljøloven, ligebehandlingslovene og reglen i funktionærlovens § 7 vedrørende barsel.

Loven gennemførte Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere

som led i udveksling af tjenesteydelser (udstationeringsdirektivet), jf. bl.a. direktivets art. 1 og 3.

I direktivets præambel er bl.a. anført følgende betragtninger:

»(3) gennemførelsen af det indre marked skaber et dynamisk miljø for udveksling af tjenesteydelser over grænserne [...];

[...]

(5) en sådan fremme af tjenesteydelser over grænserne forudsætter fair konkurrence og forholdsregler, der garanterer, at arbejdstagernes rettigheder respekteres;

[...]

(13) der bør ske en koordinering af medlemsstaternes lovgivning, således at der kan fastsættes en kerne af ufravigelige regler for minimumsbeskyttelse, som skal overholdes i værtslandet af arbejdsgivere, [...];

(14) tjenesteyderen bør overholde en kerne af klart definerede beskyttelsesregler [...];«

Direktivet pålægger bl.a. medlemsstaterne at påse, at virksomheder, der udstationerer medarbejdere i forbindelse med levering af tjenesteydelser, sikrer medarbejderne de arbejds- og ansættelsesvilkår, som er fastsat bl.a. ved lov i den medlemsstat, på hvis område arbejdet udføres, uanset om et andet lands lovgivning finder anvendelse på ansættelsesforholdet, jf. art. 3, stk. 1, jf. art. 1. Som nævnt blev det således i udstationeringslovens §§ 5 og 6 bestemt, hvilke danske regler, der finder anvendelse for udstationeringer i forbindelse med levering af tjenesteydelser. Direktivet indeholder ikke regler om, hvordan medlemsstaterne skal udføre kontrollen med udstationerede arbejdstagere.

I de almindelige bemærkninger til lovforslaget til udstationeringsloven (jf. lovforslag nr. L 47 af 13. oktober 1999) er bl.a. anført (jf. punkt 1 og 4):

»Bemærkningerne i udstationeringsdirektivets præambel [betragtning 3 og 5] må ses i lyset af den debat, der gennem nogle år havde været ført på europæisk plan om såkaldt social dumping. Betegnelsen social dumping anvendes i denne relation som udtryk for det forhold, at virksomheder, der udfører tjenesteydelser i et andet land, medbringer sit eget personale, hvis løn- og ansættelsesvilkår er på et lavere niveau end i det land, hvor arbejdet midlertidigt udføres.

990

[...]

Debatten om social dumping kombineret med EF-Domstolens praksis førte til vedtagelsen af udstationeringsdirektivet. [...] Som anført i direktivets præambel, betragtningerne 13 og 14, bør der ske en koordinering af medlemsstaternes lovgivning, således at der kan fastsættes en kerne af ufravigelige regler for minimumsbeskyttelse, som skal overholdes i værtslandet af alle arbejdsgivere, som sætter arbejdstagere til at udføre midlertidigt arbejde på værtslandets område, uanset varigheden af udstationeringen.«

I en meddelelse af 4. april 2006 udsendte Kommissionen nogle »Retningslinjer for udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser« (KOM(2006)159). Om formålet med meddelelsen er bl.a. anført (jf. punkt 1):

»EF-traktatens artikel 49 [nu TEUF art. 56] indeholder princippet om, at medlemsstaterne skal sikre den frie udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet. [...] Det følger af retspraksis, at princippet om fri udveksling af tjenesteydelser, som er et grundlæggende princip i traktaten, kun kan begrænses ved regler, der er begrundet i EF-traktatens artikel 46 [nu TEUF art. 52] eller i tvungende almene hensyn, samt under overholdelse af principperne om ikke-forskelsbehandling og proportionalitet.

[...] Direktivet [direktiv 96/71/EF] har nogle helt klare social- og arbejdsmarkedspolitiske målsætninger, nemlig at give de

udstationerede arbejdstagere sikkerhed for, at deres arbejdsgivere i forbindelse med udstationeringen overholder værtsmedlemsstaternes beskyttelsesbestemmelser [...].

Medlemsstaterne er retligt forpligtede til [...] at sikre, at arbejdstagerne og/eller deres repræsentanter råder over passende midler til at håndhæve de forpligtelser, der er fastsat i direktivet, [...].

[...]

[...] Denne meddelelse har derfor til formål at beskrive over for medlemsstaterne, hvorledes de skal forholde sig for at overholde den gældende fællesskabsret, således som den fortolkes af De Europæiske Fællesskabers Domstol under henvisning til EF-traktatens artikel 49, og for således bedre at nå de resultater, som direktivet foreskriver.«

I meddelelsen er der endvidere anført en række retningslinjer vedrørende de kontrolforanstaltninger, som medlemsstaterne kan indføre for at sikre overholdelse af direktivets regler. Om kontrolforanstaltningerne generelt er det anført, at »Domstolens praksis tillader, at medlemsstaterne kontrollerer, at retten til fri udveksling af tjenesteydelser ikke misbruges, [...]«, idet Domstolen dog »gentagne gange [har] understreget, at denne kontrol skal gøre det muligt i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet at nå de fastsatte målsætninger uden at begrænse [den frie udveksling af tjenesteydelser] mere end højst nødvendigt« (jf. punkt 2).

Om en specifik kontrolforanstaltning i form af et krav om at »indgive en forhåndserklæring« (jf. punkt 2.1, litra c) er det bl.a. anført, at næsten halvdelen af alle medlemsstaterne pålagde virksomheder, der udstationerer lønmodtagere på deres område, at indgive en sådan, og at Domstolen endnu ikke havde haft lejlighed til at udtale sig specifikt om et sådant krav. På baggrund af to domme vedrørende sager om beslægtede problemstillinger (sag C-445/03 (Kommissionen mod Luxembourg) og sag C-244/04 (Kommissionen mod Tyskland)) er herefter anført følgende konklusion:

»Kommissionen konkluderer på grundlag af gældende retspraksis, at værtsmedlemsstaten med henblik på at kontrollere overholdelsen af direktivets bestemmelser om arbejdsvilkår under hensyntagen til proportionalitetsprincippet bør kunne kræve, at tjenesteyderen senest ved påbegyndelsen af de pågældende aktiviteter indgiver en erklæring med oplysninger om de udstationerede arbejdstagere samt tjenesteydelsernes varighed, sted og art. [...] (Understregning foretaget her)«

Ved lov nr. 263 af 23. april 2008 blev der i udstationeringslovens §§ 5 a-5 c indført regler om udenlandske virksomheders anmeldelsespligt i forbindelse med udstationering og om offentlig adgang til nogle af de anmeldte oplysninger.

Virksomhederne blev således i medfør af lovens § 5 a, stk. 1, pålagt at anmelde oplysninger til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om virksomhedens navn og adresse m.v. (nr. 1), dato for påbegyndelse og afslutning af tjenesteydelsen (nr. 2), stedet for levering af tjenesteydelsen (nr. 3), virksomhedens kontaktperson (nr. 4), virksomhedens branchekode (nr. 5) samt identiteten på udstationerede lønmodtagere og udstationeringsperiodens varighed (nr. 6). I medfør af lovens § 5 a, stk. 4, skulle oplysningerne anmeldes senest samtidig med at leveringen af tjenesteydelsen i Danmark påbegyndtes, og eventuelle ændringer vedrørende oplysningerne skulle anmeldes senest 8 dage efter, at ændringen var sket.

Ifølge lovens § 5 a, stk. 3, »kan« oplysningerne alene anvendes til danske myndigheders kontrol og til statistik om udenlandske virksomheder og udstationerede lønmodtagere.

Endvidere blev der i lovens § 5 c, stk. 1, 1. pkt., givet offentlig adgang til de anmeldte oplysninger efter § 5 a, stk. 1, for så vidt

angår oplysningerne om virksomhedens navn og adresse m.v. (nr. 1), virksomhedens kontaktperson (nr. 4) og virksomhedens branchekode (nr. 5). Der blev desuden givet offentlig adgang til oplysninger om, hvorvidt virksomheden havde igangværende aktiviteter i Danmark, jf. § 5 c, stk. 1, 2. pkt.

Overtrædelse af anmeldelsespligten blev gjort strafbar, jf. lovens § 10.

991

I de almindelige bemærkninger til lovforslaget (jf. lovforslag nr. L 70 af 6. februar 2008) er om baggrunden for lovforslaget bl.a. anført, at der siden udvidelsen af EU pr. 1. maj 2004 var sket en stigning i antallet af udenlandske virksomheder, der leverer tjenesteydelser, og som i den forbindelse udstationerer ansatte til Danmark. Endvidere er det anført, at muligheden for at kontrollere om f.eks. arbejdsmiljøloven og skattekontrollen bliver overholdt, besværliggøres af manglende eller mangelfulde oplysninger om de udenlandske virksomheder og de udstationerede lønmodtagere (jf. punkt 1).

Om retstilstanden forud for loven er bl.a. anført (jf. punkt 2):

»I dag er der ikke en generel hjemmel i lovgivningen til at kræve mere præcise oplysninger om de udenlandske virksomheder, som leverer tjenesteydelser, herunder oplysninger om lønmodtagere, der udstationeres til Danmark. Udenlandske tjenesteydere, som udstationerer lønmodtagere, og som i kortere eller længere tid udfører arbejde i Danmark, skal overholde en række danske regler i forhold til fx arbejdsmiljø og arbejdstagerbeskyttelse, som er nævnt i § 5 i udstationeringsloven. [...] Medlemsstaterne har efter [direktiv 96/71/EF] art. 3 en pligt til at påse, at udstationerede lønmodtagere sikres de arbejds- og ansættelsesvilkår, der gælder i værtsmedlemsstaten. [...]«

Der henvises herefter til ovennævnte meddelelse af 4. april 2006 fra Kommissionen og den heri angivne konklusion om, at medlemsstaten »bør kunne kræve, at tjenesteyderen senest ved påbegyndelsen af de pågældende aktiviteter indgiver en erklæring med oplysninger om de udstationerede arbejdstagere samt tjenesteydelseernes varighed, sted og art«, hvilket er baggrunden for den foreslåede ordning. Herefter anføres:

»Derudover er der regler i skatte- og afgiftslovgivningen samt regler om lovligt ophold, som gælder for udenlandske tjenesteydere og udstationerede lønmodtagere. Der er i dag ikke et fælles datagrundlag med de fornødne oplysninger om udenlandske tjenesteydere og udstationerede arbejdstagere, som fx Arbejdstilsynet og SKAT kan trække på for at gøre myndighederne bedre i stand til at kunne føre tilsyn med, om fx arbejdsmiljøloven og skatte- og afgiftslovgivningen overholdes.«

»Virksomheder, som er etableret eller har fast driftssted i Danmark, er underlagt en registreringspligt, og information om virksomhederne og deres ansatte er derfor tilgængelig via offentlige registre. I det centrale virksomhedsregister - CVR-registeret - er der blandt andet registreret oplysninger om virksomhedens navn, adresse, branche, starttidspunkt samt antal ansatte. Disse oplysninger er offentligt tilgængelige på www.cvr.dk. [...] Tilsvarende oplysninger er ikke tilgængelige i forhold til udenlandske virksomheder, som ikke har fast driftssted eller repræsentant i Danmark, og som udstationerer lønmodtagere til Danmark i forbindelse med levering af tjenesteydelser. Derudover er der ikke nærmere oplysninger om de enkelte udstationerede og længden af udstationeringsperioderne i Danmark. Sådanne oplysninger er relevante for vurderingen af, om og i givet fald hvornår, der indtræder skattepligt i Danmark som udstationeret lønmodtager. (Understregninger foretaget her)«

Det følger således af lov om Det Centrale Virksomhedsregister, jf. lovbekendtgørelse nr. 653 af 15. juni 2006 med senere ændringer,

at der om virksomheder, der er etableret eller har fast driftssted i Danmark, skal registreres en række oplysninger, bl.a. om virksomhedens navn og adresse, starttidspunkt, branche og antal ansatte, jf. nærmere lovens § 11. De registrerede oplysninger er som udgangspunkt offentligt tilgængelige, jf. nærmere lovens § 18. Nærmere regler om Det Centrale Virksomhedsregister er fastsat i en bekendtgørelse, jf. den dagældende bekendtgørelse nr. 1491 af 15. december 2009 med senere ændringer, nu bekendtgørelse nr. 932 af 21. august 2014 med senere ændringer.

I de almindelige bemærkninger til lovforslaget er bl.a. anført følgende om indholdet af de foreslåede regler (jf. punkt 3):

»De anmeldte oplysninger skal danne et fælles datagrundlag og indgå i et register (RUT-registeret) i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som etableres over udenlandske virksomheder, som udstationerer lønmodtagere til Danmark. Oplysningerne skal sikre et forbedret datagrundlag for myndighederne med henblik på, at myndighederne kan føre et mere effektivt og målrettet tilsyn med, om også udenlandske virksomheder og deres ansatte overholder fx arbejdsmiljølovgivningen og skatte- og afgiftslovgivningen.

Arbejdstilsynet vil fx kunne trække på oplysningerne i det kommende register i forbindelse med tilrettelæggelsen og gennemførelsen af tilsyn over for udenlandske virksomheder med udstationerede lønmodtagere. [...] Oplysningerne vil som udgangspunkt blive anvendt i forbindelse med tilsynet over for de udenlandske virksomheder og udstationerede lønmodtagere på samme måde, som oplysningerne i CVR-registeret i dag indgår i danske myndigheders lokalisering af virksomheder og planlægning med at gennemføre tilsyn i forhold til virksomheder, som er etableret i Danmark. Herudover vil oplysningerne kunne anvendes i forbindelse med tilsyn over for udenlandske virksomheder i forbindelse med klager, arbejdsulykker m.v.

På samme måde kan skattemyndighederne trække på oplysningerne i registeret med henblik på at kunne føre tilsyn med, om der indtræder skattepligt for én eller flere udstationerede lønmodtagere ved længerevarende udstationeringer.

992

[...]

Endelig foreslås det, at en række af de anmeldte oplysninger skal registreres med henblik på, at de kan offentliggøres eller gøres tilgængelige for andre end myndigheder eller dem, som oplysningerne omhandler. [...] Offentliggørelsen af disse oplysninger skal blandt andet tilgodese arbejdsmarkedets parter muligheder for at sikre de udstationerede løn- og arbejdsvilkår svarende til niveauet i Danmark. (Understregninger foretaget her)«

Det fremgår af lovforslagets bemærkninger til bestemmelsen i § 5 a, stk. 1, nr. 5, om pligten til at oplyse virksomhedens branchekode, at denne branchekode »er den opdeling af brancher, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen arbejder med og som fx anvendes i forbindelse med registrering efter CVR-loven.«

I bemærkningerne til bestemmelsen i § 5 a, stk. 3, er det bl.a. gentaget, at formålet med anmeldelsespligten er »at tilvejebringe det fornødne grundlag for, at danske myndigheder kan tilrettelægge et bedre tilsyn og føre mere effektiv og målrettet kontrol med« overholdelsen af de danske regler.

Af bemærkningerne til bestemmelsen i § 5 c, stk. 1, om offentlig adgang til visse af de anmeldte oplysninger fremgår bl.a.:

»Der er [...] ikke tale om følsomme oplysninger. (Understregning foretaget her)«

Ved lov nr. 509 af 19. maj 2010 blev reglerne om anmeldelsespligten flyttet til et nyt kapitel 3 a (§§ 7 a-7 e). Der blev foretaget visse ændringer af visse af reglerne, dog ikke i relation til omfanget af de oplysninger, der skulle anmeldes, jf. § 7 a, stk. 1 (tidligere § 5 a, stk. 1) på nær nogle præciseringer m.v.

i bestemmelserne i § 7 a, stk. 1, nr. 1 og 4 (tidligere § 5 a, stk. 1, nr. 1 og 4). Bestemmelsen om offentlig adgang til visse af de anmeldte oplysninger blev imidlertid udvidet til også at omfatte stedet for leveringen af tjenesteydelsen, jf. § 7 c, stk. 1, jf. § 7 a, stk. 1, nr. 3 (tidligere § 5 c, stk. 1, jf. § 5 a, stk. 1, nr. 3). Registeret for Udenlandske Tjenesteydere (RUT) blev endvidere nu direkte lovfæstet.

I de almindelige bemærkninger til lovforslaget (jf. lovforslag nr. L 157 af 17. marts 2010) er bl.a. anført (jf. punkt 1):

»Lovforslaget har til formål at skærpe anmeldelsespligten i forbindelse med levering af tjenesteydelser til Danmark for dermed at sikre en bedre efterlevelse og håndhævelse af de danske regler, [...] Det skal samtidig sikres, at myndigheder og arbejdsmarkedets parter får bedre mulighed for at kunne komme i kontakt med udenlandske tjenesteydere.

De hidtidige erfaringer med den lovpligtige anmeldelse til RUT tyder på, at de gældende regler ikke virker godt nok, idet en række udenlandske tjenesteydere ikke sender den lovpligtige anmeldelse til RUT. [...]

Forslaget er en udmøntning af aftalen af 3. december 2009 mellem regeringen, Venstre, Konservative, Socialdemokraterne, Socialistisk Folkeparti og Det Radikale Venstre om styrkelse af Register for Udenlandske Tjenesteydere (RUT).

[...]

Det er forudsat i aftalen, at der skal kunne gives offentlig adgang til oplysninger om sted for levering af tjenesteydelsen fx til arbejdsmarkedets parter, såfremt Kommissionen finder, at en sådan offentlig adgang ligger inden for rammerne af EU-retten. På baggrund af en forespørgsel fra Beskæftigelsesministeriet har Kommissionen tilkendegivet, at sådanne oplysninger kan videregives. (Understregning foretaget her)«

Den nævnte forespørgsel fra Beskæftigelsesministeriet til Kommissionen og Kommissionens svar herpå ses ikke at være offentligt tilgængelig, men er omtalt i ovennævnte notat af 9. september 2013 udarbejdet af professor, dr.jur. Jens Hartig Danielsen, der i følge notatet har søgt aktindsigt i materialet. I notatet er det anført, at aktindsigten viste, at:

»ministeriet har spurgt, om oplysninger om »The place of delivery of services« må videregives til »the trade unions«. Aktindsigten viser endvidere, at Kommissionen ikke har afgivet et skriftligt svar til ministeriet, men at der alene har fundet en kort drøftelse sted omkring videregivelse af de nævnte oplysninger til »de danske fagforeninger«. Ministeriet har i en intern mail noteret, at Kommissionen i den forbindelse tilkendegav, at man var af den opfattelse, at det i relation til udstationeringsdirektivet var uproblematisk at videregive oplysningerne til »parterne«.«

I bemærkningerne til bestemmelsen i § 7 c, stk. 1, er i lovforslaget bl.a. anført:

»Bestemmelsen i den gældende lovs § 5 c om offentlig adgang til visse oplysninger i RUT foreslås udvidet til at omfatte oplysninger om sted for levering af tjenesteydelsen fx til arbejdsmarkedets parter på samme måde, som der kan gives offentlig adgang til oplysninger om virksomhedens navn, forretningsadresse og kontaktoplysninger, kontaktperson samt virksomhedens branchekode. Forslaget vil bl.a. forbedre arbejdsmarkedets parters mulighed for at komme i kontakt med den udenlandske tjenesteyder med henblik på sikring af løn- og arbejdsvilkår. (Understregning foretaget her)«

I forbindelse med Folketingets behandling af lovforslaget udtalte beskæftigelsesministeren bl.a. følgende i et svar af 20. april 2010 på et spørgsmål fra Arbejdsmarkedsudvalget vedrørende en henvendelse fra foreningen Rejsearbejdere.dk (spørgsmål nr. 1):

»Regeringen har siden østudvidelsen nøje overvåget det danske arbejdsmarked for at sikre, at arbejde i Danmark sker under ordnede former, og regeringen har

993

løbende taget de nødvendige foranstaltninger for at imødegå social dumping.

[...]

Ad § 7 a

[...]

Hvis parterne også skulle have adgang til datoen for påbegyndelsen og afslutningen på en tjenesteydelse, som foreslået af Rejsearbejdere.dk ville parterne få adgang til flere oplysninger om udenlandske virksomheder end de har vedrørende danske virksomheder. Dette ville kunne være forskelsbehandling af udenlandske og danske tjenesteydere og dermed i strid med EU-retten.«

I et brev af 5. marts 2012 fra Beskæftigelsesministeriet til tiltalte/adm. direktør V1 (forhold 1, bilag 17) er bl.a. anført følgende om lovændringen i 2010:

»Arbejdsmarkedets parter (særligt fagbevægelsen) havde i forbindelse med lovændringen efterspurgt, at der blev givet offentlig adgang til oplysninger om arbejdssted for levering af tjenesteydelser, da fagbevægelsen havde erfaret, at det var vanskeligt at komme i kontakt med den udenlandske tjenesteyder for at opnå overenskomst.

Baggrunden for ønsket var, at det ville skabe reel ligestilling mellem danske og udenlandske virksomheder på dette område, idet oplysninger i CVR [...], hvor alle danske virksomheder er registreret, bliver offentliggjort og stillet til rådighed for offentlige myndigheders og privates videreanvendelse.

CVR anvendes af arbejdsmarkedets parter i Danmark som redskab til at få kendskab til, hvor og hvornår der starter nye virksomheder indenfor forskellige brancher. I den forbindelse har særligt fagbevægelsen en interesse i at få kontakt med virksomhederne med henblik på at sikre løn- og arbejdsvilkår via kollektiv overenskomst. [...]

Som nævnt indledningsvis blev der ved lov nr. 611 af 12. juni 2013, der trådte i kraft den 1. juli 2013, indsat den nugældende bestemmelse i udstationeringslovens § 7 a, stk. 1, nr. 7, og bestemmelsen i § 7 c, stk. 1, blev udvidet. Disse ændringer fandt således ikke anvendelse på de i sagen omhandlede forhold fra januar 2012 samt februar og marts 2013.

I forbindelse med Folketingets behandling af lovforslaget (lovforslag nr. L 195 af 20. marts 2013) udtalte beskæftigelsesministeren den 6. maj 2013 i et svar på et spørgsmål (spørgsmål nr. 7) fra Beskæftigelsesudvalget bl.a. følgende:

»Virksomheder i Danmark er underlagt en registreringspligt i CVR [...]. Virksomhedsoplysningerne i CVR bliver offentliggjort og stillet til rådighed for offentlige myndigheders og privates videreanvendelse. I CVR er der blandt andet registreret oplysninger om virksomhedens navn, adresse, branche, starttidspunkt, eventuelt ophørstidspunkt samt antal ansatte. Oplysninger i CVR er offentligt tilgængelige på www.cvr.dk. Offentlige myndigheder og arbejdsmarkedets parter anvender oplysningerne i CVR til at få kendskab til hvor og hvornår, der starter nye danske virksomheder indenfor forskellige brancher med henblik på fx at kunne planlægge kontrolbesøg eller kontakte virksomheden om løn- og arbejdsvilkår.

Før etableringen af RUT-registeret i 2008 kunne danske myndigheder og arbejdsmarkedets parter ikke få tilsvarende oplysninger i forhold til udenlandske virksomheder, som leverer tjenesteydelser i Danmark.

[...] RUT-registeret indeholder ikke oplysninger om kundeforhold, fx i form af navnet på den person eller virksomhed, som får leveret

tjenesteydelsen, eller oplysning om prisen for levering af tjenesteydelsen.

Arbejdsmarkedets parter har således adgang til og anvender oplysninger i CVR på samme måde som oplysningerne i RUT.

Baggrunden for de enkelte oplysningskrav i RUT er, at udenlandske tjenesteydere typisk kun er i Danmark i en begrænset periode. Derfor er oplysninger om start- og sluttidspunkt for levering af tjenesteydelse og sted for levering af tjenesteydelse nødvendige i forhold til Arbejdstilsynets kontrolopgaver, herunder hensynet til hurtigt at kunne gennemføre tilsynsbesøg, mens virksomheden stadig er i Danmark. Ligeledes er oplysningerne nødvendige i forhold til arbejdsmarkedets parter mulighed for at sikre løn- og arbejdsvilkår, mens virksomheden er i Danmark.«

Beskæftigelsesministeren besvarede samtidig et spørgsmål fra udvalget om, hvorvidt det »kunne medføre problemer i forhold til virksomheders konkurrenceevne at give alle adgang til at se oplysninger om arbejdstid- og sted, og i bekræftende fald hvilke brancher vil det gå hårdest ud over?« (spørgsmål nr. 11). I svaret var bl.a. anført:

»Jeg mener ikke, at den offentlige adgang til oplysninger i RUT kan medføre problemer for virksomheders konkurrenceevne og deres mulighed for at levere tjenesteydelse i Danmark på lige vilkår med danske virksomheder. Der henvises i øvrigt til svaret på spørgsmål nr. 7.«

I bekendtgørelse om Register over Udenlandske Tjenesteydere (RUT-registret), jf. den dagældende bekendtgørelse nr. 1619 af 15. december 2010, nu bekendtgørelse nr. 113 af 29. januar 2014, er der fastsat nærmere regler om den offentlige adgang til de i udstationeringslovens § 7 c, stk. 1, nævnte oplysninger.

I Beskæftigelsesministeriets ovennævnte brev fra november 2014 til Sydøstjyllands Politi, hvori ministeriet fremkom med bemærkninger til notatet af 9. september 2013 udarbejdet af professor, dr.jur. Jens Hartig Danielsen, er bl.a. anført:

»Det bemærkes, at den offentlige adgang til RUT er afgrænset tidsmæssigt. Der er således først offentlig

994

adgang til oplysningerne i RUT fra det tidspunkt, hvor tjenesteydelsen er aktiv - dvs. fra det tidspunkt, hvor selve leveringen af tjenesteydelsen rent faktisk påbegyndes. Tilsvarende lukkes der ned for den offentlige adgang til RUT oplysningerne, når leveringen af tjenesteydelsen er afsluttet. Oplysninger om afsluttede tjenesteydelse er således ikke tilgængelige efterfølgende. (Understregning foretaget her)«

EU-Domstolens praksis

Domstolen har i en række sager taget stilling til medlemsstaters foranstaltninger i medfør af direktiv 96/71/EF samt til beslægtede problemstillinger. Domstolen ses ikke at have taget stilling til en situation svarende til den i nærværende sag foreliggende.

F.eks. fandt Domstolen i en dom af 21. oktober 2004 i en sag anlagt af Kommissionen mod Luxembourg (sag C-445/03), at man i stedet for et krav om bl.a. arbejdstilladelse kunne have stillet krav om afgivelse af en forhåndsmeddelelse om »tilstedeværelsen af en eller flere udstationerede arbejdstagere, den påtænkte periode for denne tilstedeværelse og den eller de tjenesteydelse, der begrundet udstationeringen«, hvilket havde været lige så effektivt og mindre indgribende (jf. præmis 31).

Som et andet eksempel kan nævnes en dom af 7. oktober 2010 i sag C-515/08 (»dos Santos Palhota«), hvori Domstolen bl.a. udtalte, at et krav om en forudgående udstationeringsanmeldelse var i strid med den frie udveksling af tjenesteydelse, såfremt påbegyndelsen af udstationeringen skulle afvente myndighedernes meddelelse om anmeldelsens registrering inden for 5 arbejdsdage.

Ved dom af 19. december 2012 (sag C-577/10) traf Domstolen f.eks. afgørelse i en sag anlagt af Kommissionen mod Belgien (»Limosa-dommen«). Belgien havde indført en pligt for udenlandske selvstændige tjenesteydere, der ville udøve virksomhed i Belgien, til at afgive en forhåndserklæring med oplysning bl.a. om identifikationsdata for tjenesteyderen, startdato for udstationeringen, den forventede varighed af udstationeringen, stedet for udførelsen af arbejdsydelse og typen af tjenesteydelse (jf. nærmere præmis 7, 12 og 13). Sagen vedrørte således ikke direkte udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelse, smh. direktiv 96/71/EF.

Oplysningerne skulle så vidt muligt afgives elektronisk (jf. præmis 7). Den arbejdsindsats, der var forbundet med afgivelsen af erklæringen/erklæringerne, ville ifølge den belgiske regering højst udgøre 20-30 minutter årligt. Pligten til at afgive erklæringen påhvilede ikke tjenesteydere med hjemsted i Belgien. Den belgiske regering gjorde bl.a. gældende, at reglerne »delvis er begrundet i hensynet til at forebygge illoyal konkurrence, som omfatter en social dimension i forbindelse med beskyttelse af arbejdstagere og forbrugere samt i forbindelse med forebyggelse af social dumping« (jf. præmis 30).

Domstolen fandt, at erklæringspligten udgjorde en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelse (jf. præmis 40 og 41). Domstolen udtalte i overensstemmelse med fast praksis, at en national lovgivning, der udgør en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelse dog kan »begrundes i et tvingende alment hensyn, der ikke allerede tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvor han er etableret, forudsat at lovgivningen er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, den forfølger, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet« (jf. præmis 44 og 49).

Domstolen vurderede imidlertid, at Belgien i den konkrete sag »ikke [har] angivet en tilstrækkeligt overbevisende begrundelse for, hvorfor det er nødvendigt at meddele disse meget detaljerede oplysninger for at nå de mål begrundet i almene hensyn, som det har påberåbt sig, og hvorfor forpligtelsen til forudgående at meddele sådanne oplysninger ikke overskrider grænserne for, hvad der er nødvendigt med henblik på at nå disse mål« (jf. præmis 55). Domstolene fandt herefter, at »[u]nder disse omstændigheder må de omhandlede bestemmelser anses for at være uforholdsmæssige, idet de går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de mål begrundet i almene hensyn, som Kongeriget Belgien har påberåbt sig«, hvorfor de belgiske regler ikke fandtes forenelige med TEUF art. 56 om den frie udveksling af tjenesteydelse.

Beskæftigelsesministeriet er i et notat af 9. januar 2013 til Folketingets Europaudvalg (EUU Alm. del Bilag 159) fremkommet med bemærkninger til dommen. I notatet vurderes det, at der »ikke [kan] drages konkrete konklusioner af dommen i forhold til de danske regler om anmeldelsespligt for selvstændige til RUT.«

Ved dom af 3. december 2014 i sag C-315/13 (»De Clercq«) udtalte Domstolen f.eks. i endnu en sag om de belgiske regler (smh. »Limosa-dommen« ovenfor) bl.a., at den frie bevægelighed for tjenesteydelse ikke var til hinder for et krav om, at modtagere af tjenesteydelse udført af udstationerede arbejdstagere var forpligtede til forudgående at fremsende oplysninger til myndighederne til identifikation af arbejdstagerne, når disse ikke var i stand til at fremlægge bevis for den forudgående anmeldelse, som arbejdsgiveren i den anden medlemsstat burde have foretaget.

Den retlige vurdering

Efter de på gerningstidspunkterne gældende regler i udstationeringsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 256 af 25. marts 2011, skulle udenlandske virksomheder, der udstationerede

lønmodtagere til Danmark i forbindelse med levering af tjenesteydelser, bl.a. anmelde oplysninger til Registret for Udenlandske Tjenesteydere om

995

virksomhedens navn, forretningsadresse og kontaktoplysninger (jf. lovens § 7 a, stk. 1, nr. 1), virksomhedens kontaktperson blandt de udstationerede i Danmark (jf. § 7 a, stk. 1, nr. 4) samt virksomhedens branchekode (jf. § 7 a, stk. 1, nr. 5). Oplysninger var offentligt tilgængelige (jf. § 7 c, stk. 1, 1. pkt.).

Pligten til at anmelde disse oplysninger og offentlighedens adgang hertil ses i al væsentlighed at svare til pligten i medfør af lov om Det Centrale Virksomhedsregister, jf. lovbekendtgørelse nr. 653 af 15. juni 2008 med senere ændringer, for virksomheder (juridiske enheder), der er etableret eller har fast driftssted i Danmark, til at få registreret oplysninger om virksomhedens navn og adresse (jf. lovens § 11, stk. 1, nr. 5 og 6), de fuldt ansvarlige selskabsdeltageres identitet (jf. § 11, stk. 1, nr. 7) samt branche og eventuelle bibrancher (jf. § 11, stk. 1, nr. 8). De pågældende oplysninger er ligeledes - som udgangspunkt - offentligt tilgængelige (jf. nærmere § 18).

Registrering af oplysningerne i såvel Registret for Udenlandske Tjenesteydere som i Det Centrale Virksomhedsregister skal som udgangspunkt ske elektronisk, og der er ikke fremlagt oplysninger for retten om, at anmeldelsespligten vedrørende de pågældende oplysninger i øvrigt skulle være mere byrdefuld for udenlandske virksomheder.

På denne baggrund finder retten ikke tilstrækkeligt grundlag for at anse anmeldelsespligten efter udstationeringslovens § 7 a, stk. 1, nr. 1, 4 og 5, jf. (dagældende) § 7 c, stk. 1, 1. pkt., som en restriktion i medfør af TEUF art. 56, stk. 1.

Efter de dagældende regler i udstationeringsloven skulle udenlandske virksomheder, der udstationerede lønmodtagere til Danmark, endvidere anmelde oplysninger om dato for påbegyndelse og afslutning af tjenesteydelsen (jf. lovens § 7 a, stk. 1, nr. 2), sted for levering af tjenesteydelsen (jf. § 7 a, stk. 1, nr. 3) samt identiteten af lønmodtagere, som virksomheden udstationerer (jf. § 7 a, stk. 1, nr. 6). Af disse oplysninger var det alene oplysningerne om stedet for leveringen af tjenesteydelsen, der var offentligt tilgængelige (jf. § 7 c, stk. 1, 1. pkt.); derudover var der dog også adgang til oplysninger om, hvorvidt virksomhederne havde igangværende aktiviteter i Danmark (jf. § 7 c, stk. 1, 2. pkt.).

Anmeldelsespligten vedrørende disse oplysninger og den offentlige adgang til visse af oplysningerne ses ikke at være modsvaret af lignende regler for virksomheder, der er etableret eller har fast driftssted i Danmark (smh. bl.a. CVR-lovens § 11, stk. 1 og 2), og henset til karakteren og omfanget af anmeldelsespligten og den offentlige adgang til oplysningerne må disse bestemmelser efter Domstolens praksis siges at medføre ulemper for de udenlandske virksomheder, smh. bl.a. præmis 38 i »Limosa-dommen«.

Retten finder retten således, at anmeldelsespligten efter udstationeringslovens § 7 a, stk. 1, nr. 2, 3 og 6, og den offentlige adgang til oplysninger efter § 7 a, stk. 1, nr. 3, jf. § 7 c, stk. 1, 1. pkt., og § 7 c, stk. 1, 2. pkt., må anses som restriktioner i medfør af TEUF art. 56, stk. 1.

Spørgsmålet er herefter, hvorvidt der foreligger sådanne tvingende almene hensyn i medfør af den af Domstolen udviklede praksis herom - jf. senest bl.a. »Limosa-dommen« og »De Clercq-dommen« - der kan begrunde de nævnte restriktioner, og om restriktionerne tillige er forholdsmæssige (proportionale), dvs. at de er egnede til at sikre opfyldelsen af de formål, som de forfølger, og at de ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålene.

På baggrund af de ovennævnte uddrag fra forarbejderne til udstationeringsloven m.v. og i øvrigt det ovenfor anførte uddrag

fra Kommissionens »Retningslinjer for udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser« (KOM(2006)159), punkt 2.1, litra c, finder retten det tilstrækkeligt godtgjort, at de omhandlede regler er begrundet i den nødvendige og effektive kontrol med overholdelsen af fundamentale regelsæt til sikring af arbejdstageres sikkerhed og rettigheder - herunder modvirkning af såkaldt »social dumping« og det hermed forbundne hensyn til fair konkurrence mellem danske og udenlandske virksomheder bl.a. i forhold til lønniveauet for arbejdstagerne - samt overholdelsen af skatte- og afgiftslovgivningen. Retten finder endvidere, at disse forhold må betragtes som tvingende almene hensyn i overensstemmelse med Domstolens praksis.

På samme baggrund finder retten desuden, at de omhandlede regler må anses for egnede til at opfylde de anførte formål.

Herefter skal det endelig vurderes, hvorvidt de omhandlede regler går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålene.

Retten lægger ved vurderingen heraf for det første vægt på, at oplysningerne om dato for påbegyndelse og afslutning af tjenesteydelsen (jf. udstationeringslovens § 7 a, stk. 1, nr. 2), sted for levering af tjenesteydelsen (jf. § 7 a, stk. 1, nr. 3) samt identiteten af lønmodtagere, som virksomheden udstationerer (jf. § 7 a, stk. 1, nr. 6) må anses for nødvendige for at opnå de pågældende formål, og at pligten til at anmelde sådanne oplysninger ikke meningsfuldt kan erstattes af andre, mindre indgribende foranstaltninger.

Retten lægger for det andet vægt på, at den offentlige adgang til oplysningerne om sted for levering af tjenesteydelsen (jf. § 7 a, stk. 1, nr. 3, jf. § 7 c, stk. 1, 1. pkt.) og om, hvorvidt virksomheden har igangværende aktiviteter i Danmark (jf. § 7 c, stk. 1, 2. pkt.), også må anses for nødvendige for at opnå de pågældende formål, idet særligt arbejdsmarkedets parter har behov for disse oplysninger for at kunne sikre de udstationerede løn-

996

og arbejdsvilkår svarende til niveauet i Danmark. Spørgsmålet er dog, hvorvidt den offentlige adgang til de pågældende oplysninger for andre end arbejdsmarkedets parter medfører, at disse regler går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålene. Det må ved bedømmelsen heraf for det første tillægges betydning, at oplysningerne - i følge Beskæftigelsesministeriets ovennævnte brev fra november 2014 til Sydøstjyllands Politi - kun er offentligt tilgængelige fra det tidspunkt, hvor leveringen af den pågældende tjenesteydelse påbegyndes, og indtil det tidspunkt, hvor leveringen af tjenesteydelsen afsluttes. Det må for det andet tillægges betydning, at en sådan snævert tidsbegrænset adgang for bl.a. konkurrerende danske virksomheder til sådanne meget begrænsede oplysninger ikke med rimelighed kan antages at udgøre nogen konkurrencefordel for danske virksomheder. For det tredje må det tillægges en vis, om end mindre, betydning, at det vel ikke ganske kan udelukkes, at en almindelig offentlig adgang til oplysningerne kan have betydning for, at myndighederne eller arbejdsmarkedets parter af borgere kan blive gjort bekendt med overtrædelser af de danske regler.

På denne baggrund finder retten ikke, at den offentlige adgang for andre end arbejdsmarkedets parter medfører, at reglerne kan siges at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålene med dem. Det forhold, at man muligvis kunne have lavet en lovmæssig afgrænsning af den offentlige adgang til kun at gælde for arbejdsmarkedets parter, kan ikke føre til en ændret vurdering.

Det er således rettens sammenfattende vurdering, at de dagældende regler i udstationeringslovens § 7 a, stk. 1, og § 7 c, stk. 1, ikke var i strid med reglerne i TEUF art. 56, stk. 1, om tjenesteydelseernes frie bevægelighed.

Tiltalte har påberåbt sig, at såfremt reglerne i udstationeringslovens § 7 a, stk. 1, og § 7 c, stk. 1, ikke var i strid med reglerne i TEUF art. 56, stk. 1, fandt undtagelsesbestemmelsen i udstationeringslovens § 7 b, stk. 1, i givet fald anvendelse. Hertil bemærkes følgende:

For så vidt angår forhold 1 finder retten det på baggrund af oplysningerne om arbejdets start- og slutdato i kontrakten (bilag E) og datoen for Arbejdstilsynets besøg (bilag 3) ubetænkeligt at lægge til grund, at leveringen af tjenesteydelsen varede over 8 dage, jf. udstationeringslovens § 7 b, stk. 1, nr. 1, hvorfor tiltalte allerede af denne årsag ikke var undtaget fra anmeldelsespligten.

For så vidt angår forhold 2 finder retten det på baggrund af oplysningerne om arbejdets start- og slutdato i kontrakten (bilag D) og datoen for Arbejdstilsynets besøg (bilag 3) ubetænkeligt at lægge til grund, at leveringen af tjenesteydelsen varede over 8 dage, jf. udstationeringslovens § 7 b, stk. 1, nr. 1, hvorfor tiltalte allerede af denne årsag ikke var undtaget fra anmeldelsespligten.

For så vidt angår forhold 3 finder retten det på baggrund af oplysningerne om arbejdets start- og slutdato i Arbejdstilsynets rapport (bilag 3) samt tiltaltes anmeldelser (bilag 9 og 10) ubetænkeligt at lægge til grund, at leveringen af tjenesteydelsen varede over 8 dage, jf. udstationeringslovens § 7 b, stk. 1, nr. 1, hvorfor tiltalte allerede af denne årsag ikke var undtaget fra anmeldelsespligten.

For så vidt angår forhold 4 finder retten det på baggrund af oplysningerne om arbejdets start- og slutdato i tiltaltes anmeldelse (bilag 3E) ubetænkeligt at lægge til grund, at leveringen af tjenesteydelsen varede over 8 dage, jf. udstationeringslovens § 7 b, stk. 1, nr. 1, hvorfor tiltalte allerede af denne årsag ikke var undtaget fra anmeldelsespligten.

Tiltalte findes herefter skyldig i overensstemmelse med tiltalen i samtlige 4 forhold.

Strafudmålingen

Af forarbejderne til den dagældende bestemmelse i udstationeringslovens § 10 a, stk. 3, (jf. lovforslag nr. L 157 af 17. marts 2010) fremgår bl.a.:

»I forslaget til § 10 a, stk. 3, præciseres det, hvilke forhold domstolene bør lægge vægt på ved udmåling af straf for manglende overholdelse af lovens bestemmelser. Præciseringen har til formål at skærpe straffen for manglende overholdelse af anmeldelsespligten for den udenlandske virksomhed [...], således at bødeniveauet generelt hæves. Det forudsættes, at der med den foreslåede strafbestemmelse skal ske en skærpelse af strafudmålingen, således at bødeniveauet i normaltilfælde er 10.000 kr.

Det tilkommer domstolene ud fra en samlet vurdering at fastsætte bøden i den enkelte sag, og bøden kan fastsættes til et større eller mindre beløb end bødeniveauet i normaltilfælde afhængigt af sagens konkrete omstændigheder. Således bør bøden gradueres afhængigt af overtrædelsens grovhed, undskyldelige omstændigheder, fx antal af ansatte eller kort udstationeringsperiode mv.

I den ene ende af spektret finder man f.eks. en lille håndværksmester med en enkelt eller få udstationerede, som ved en fejl har givet mangelfulde oplysninger. I den anden ende af spektret har man en stor virksomhed med mange udstationerede, som med forsæt har undladt at indsende oplysninger, eller som bevidst har givet forkerte oplysninger om f.eks. kontaktperson. I vurderingen indgår både virksomhedens størrelse og den planlagte udstationeringsperiode. Den omstændighed, at overtrædelsen opdages på et tidligt tidspunkt, bør ikke føre til en lempelse.«

Udstationeringslovens § 10 a, stk. 3, er efterfølgende blevet ændret ved lov nr. 175 af 24. februar 2015. Ændringerne, der trådte i kraft

den 1. marts 2015, medførte en skærpelse af bødestraffen, og finder således ikke anvendelse på de i sagen omhandlede forhold.

Retten finder herefter, at der - under hensyn til det almindelige princip om modereret kumulation - bør

997

udmåles en samlet bødestraf med udgangspunkt i en bøde på 10.000 kr. for hver af de 4 overtrædelser, idet det i øvrigt bemærkes, at det efter bevisførelsen ikke med fuldt tilstrækkelig sikkerhed kan anses for bevist, at overtrædelserne er begået forsætligt.

Når der endvidere henses til den meget lange tid, der er forløbet, siden forholdene blev begået, og til, at dette i al væsentlighed ikke kan tilskrives tiltaltes forhold, findes straffen passende at kunne fastsættes til en bøde på 20.000 kr., jf. udstationeringslovens § 10 a, stk. 1, nr. 1, jf. § 10 c, jf. § 7 a, stk. 1 og 5, jf. straffelovens § 25, § 26, stk. 1, og § 27, stk. 1.

Thi kendes for ret

Tiltalte T skal betale en bøde på 20.000 kr.

Tiltalte skal betale sagens omkostninger.

Vestre Landsrets dom

Retten i Horsens har den 7. maj 2015 afsagt dom i 1. instans (rettens nr. 2476/2013).

Påstande

Tiltalte har påstået frifindelse.

Anklagemyndigheden har påstået skærpelse.

Supplerende oplysninger

Under ankesagens behandling har tiltalte anmodet om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen af spørgsmålet om, hvorvidt reglerne i den danske udstationeringslovs § 7 a, stk. 1, og § 7 c, stk. 1, om offentliggørelse i Registeret for Udenlandske Tjenesteydere (RUT) af oplysninger om tid og sted for levering af tjenesteydelser er i overensstemmelse med EU-retten, idet disse regler efter tiltaltes opfattelse er uforenelige med artikel 56 i TEUF.

Juridisk Specialudvalg blev i 2016 anmodet om at udtale sig om anmodningen. Udtalelsen forelå den 14. marts 2018, hvorefter landsretten afsagde kendelse den 5. september 2018. Landsretten imødekom ikke anmodningen.

Sagen blev herefter udsat til berømmelse af hovedforhandling, og sagen blev berammet til hovedforhandling den 6. og 7. maj 2019, idet landsretten efter anmodning fra forsvareren ikke berammede sagen før efter 1. kvartal 2019, ligesom landsretten også tillod tiltalte at indhente et responsum vedrørende forståelsen og udstrækningen af det EU-retlige proportionalitetsprincip i relation til offentliggørelsen af oplysningerne i RUT-registeret for enhver. Tiltalte fik endvidere tilladelse til at indhente en IT-udtalelse om de data, en udenlandsk virksomheds danske konkurrenter kan tilgå ved hjælp af registreringerne i RUT-registeret.

Rigsadvokaten sendte den 9. januar 2019 et brev til samtlige politikredse og statsadvokaterne om berøstillelse af visse sager vedrørende anmeldelse til RUT-registret. Brevet fra Rigsadvokaten var foranlediget af, at Kommissionen ved åbningsskrivelse af 9. november 2018 havde indledt en traktatkrænkelssag mod Danmark vedrørende anmeldelsespligten for selvstændigt erhvervsdrivende uden ansatte til RUT-registret. Tiltalte anmodede herefter landsretten om at udsætte sagen. Statsadvokaten protesterede mod en udsættelse af sagen med henvisning til, at berøstillelsen ikke drejede sig om en sag som den foreliggende.

Landsretten besluttede den 7. februar 2019 at fastholde hovedforhandlingstidspunktet.

Procesbevillingsnævnet imødekom den 1. maj 2019 ikke en ansøgning fra tiltalte om tilladelse til at kære beslutningen til Højesteret.

Tiltalte har fremlagt notat af 3. marts 2019 udarbejdet af V2 om oplysninger i RUT og forretningsmæssig anvendelse heraf, og V2 har under hovedforhandlingen nærmere redegjort for notatet.

V3 har den 24. april 2019 udarbejdet et notat om Registeret for Udenlandske Tjenesteydere, og V3 har under hovedforhandlingen nærmere redegjort for notatet.

Tiltalte har som hjælpebilag 3 fremlagt en oversigt om sammenligning af oplysningerne i RUT og CVR for bl.a. at illustrere, at de to registre ikke indeholder de samme oplysninger.

Tiltalte har endvidere fremlagt et fortroligt juridisk notat af 7. april 2019 udarbejdet af professor V4 vedrørende foreneligheden mellem den danske lov om udstationering af arbejdstagere og EU-regler om fri udveksling af tjenesteydere.

Det fremgår af Juridisk Specialudvalgs udtalelse af 14. marts 2018, at det er Justitsministeriets opfattelse, at der ikke er en sådan rimelig tvivl om fortolkningen af artikel 56, stk. 1, TEUF, om den fri udveksling af tjenesteydere i relation til udstationeringslovens § 7 a, stk. 1, sammenholdt med § 7 c, stk. 1, at der er grundlag for at forelægge EU-Domstolen præjudicielle spørgsmål herom i straffesagen mod T. Vedrørende spørgsmålet om den offentlige tilgængelighed af oplysninger i registret har udvalget vurderet, at reglerne ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at opnå de hensyn, som begrunder dem, og at det ikke kan udelukkes, at en almindelig offentlig adgang til oplysningerne kan have betydning for, at myndighederne eller arbejdsmarkedets parter af borgere kan blive gjort bekendt med overtrædelser af de danske regler. Det er set i lyset af den yderst begrænsede periode, hvor oplysningerne er offentligt tilgængelige, Justitsministeriets opfattelse, at udstationeringslovens § 7 a, stk. 1, sammenholdt med § 7 c, stk. 1, ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at varetage de hensyn, som reglerne er begrundet i.

Forklaringer

Direktør V1 har for landsretten i det væsentlige forklaret som i 1. instans. Der er endvidere afgivet forklaring af V2, V5 og V3.

998

Direktør V1 har supplerende forklaret, at de valgte ikke at foretage anmeldelse til RUT blandt andet af konkurrencehensyn, men at de efterfølgende bragte forholdene i orden, fordi deres kunder ellers kunne straffes. Han havde i 2009, hvor reglerne om RUT blev indført, en dialog med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Han var chokeret over, at oplysningerne var offentligt tilgængelige. Derfor skrev han i marts 2011 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Man kan ud fra oplysningerne f.eks. læse, hvem der er deres kunder, hvor der arbejdes, hvor lang tid der er sat af til projektet, og hvem nøglemedarbejderne er. Det svarer til, at man kan se, hvem der er en advokats klienter, hvilke sagstyper der er tale om osv. Det eksponerer dem i forhold til deres konkurrenter og i modstrid med det ønske om fortrolighed, som deres kunder har, og som kommer til udtryk i fortrolighedsklausuler i kontrakterne.

I andre lande anmelder de også oplysningerne, som de skal, men der er ikke andre lande, der offentliggør oplysningerne.

Han vil mene, at de beskæftiger ca. 100 håndværkere fordelt på 20 forskellige arbejdspladser i Danmark. Håndværkerne skifter ofte mellem de forskellige arbejdspladser. Det er svært og byrdefuldt at holde realtidsregistrering på så mange håndværkere. I andre lande skal de bare registrere, at de er der, det forventede starttidspunkt og sluttidspunkt, og hvordan de kan kontaktes. Det problematiske ved den danske ordning er kravet om realtidsregistrering. Der skal mindst tre ansatte til at styre det.

De har varebiler med store logoer, ligesom de også sommetider står anført som underleverandør på de skilte, der findes på byggepladser. Byggeprojekter udgør dog kun en lille del af selskabets aktiviteter. De leverer oftest tjenesteydelser til tekniske projekter. Sommetider bliver de bedt om ikke at have logoer på deres biler og tøj. Det sker f.eks., når de arbejder inden for vind- og it-industrien.

V2 har forklaret, at han er uddannet cand.merc. fra Copenhagen Business School inden for finansiering og regnskab. Siden 2010 har han arbejdet med virksomhedsudvikling med fokus på forretningsudvikling. Siden 2016 har han været ekstern lektor inden for sit felt.

Da han blev bedt om at udarbejde notatet om RUT, havde han ikke kendskab til RUT.

Det er hans vurdering, at det vil tage 2-3 timer at registrere sig i RUT første gang. Derefter vil man kunne logge sig ind og registrere nye projekter og foretage løbende opdateringer.

Oprettelse af projekter vil tage omkring 1½ time. Tidsforbruget til opdateringer vil afhænge af antallet af ændringer, men det vil tage mellem 30 og 90 minutter.

Alle oplysninger i RUT er offentligt tilgængelige. CVR-registeret og RUT er ret forskellige. CVR-registeret indeholder stamdata, mens RUT bedst kan betegnes som et projektregister. Det gør det muligt for konkurrenter at bruge registeret til markedsmonitoring, som han har beskrevet i sit notat. Konkurrenterne kan således gennem registeret få et overblik over aktiviteterne på et givent marked, og derigennem danne sig et nuanceret billede af udenlandske serviceyders aktiviteter.

RUT kan også bruges til at lave konkurrentanalyser, hvilket er niveauet ned i forhold til markedsanalysen. Her zoomer man ind på en eller flere konkurrenter. Det kan gøres ret detaljeret, f.eks. hvis oplysningerne samles løbende, hvilket ikke er svært, idet der er en abonnementsordning, som beskrevet i notatet.

V5 har forklaret, at hun er ansat i X A/S, der er en el-installationsvirksomhed. De har brugt T som underleverandør på en række projekter. De bruger navnlig T i forbindelse med projekter, hvor de ellers ville blive presset mandskabsmæssigt.

RUT er administrativt byrdefuldt og er også problematisk konkurrencemæssigt. Det er navnlig kravet om løbende opdateringer, som er byrdefuldt, mens offentliggørelsen af de detaljerede oplysninger udstiller dem som virksomhed. Når de bruger en dansk underleverandør, skal de ikke afgive samme oplysninger, og de kan godt finde på at fravælge en udenlandsk leverandør på den baggrund. Der kan også være kunder, som fravælger dem, hvis de vil bruge udenlandske leverandører, fordi der så kan komme for mange oplysninger ud. De arbejder blandt andet på en række følsomme projekter.

De har i forbindelse med deres samarbejde med T fået et bødeforelæg for ikke at opgive korrekte oplysninger om adresse og antal medarbejdere på arbejdspladsen.

V3 har forklaret, at han er selvstændig virksomhedsrådgiver. Han har tidligere de sidste 12 år været chefkonsulent i Dansk Byggeri, hvor han bl.a. har rådgivet om RUT.

I forbindelse med østudvidelsen af EU, blev der i Danmark som en overgangsordning lavet en østafale. Den er nu afløst af RUT. Formålet med registeret er blandt andet skattekontrol og kontrol med overholdelsen af arbejdsmiljøreglerne. Efterhånden er alle registre i EU online. De er i det store hele ens bortset fra, at oplysningerne i Danmark er offentligt tilgængelige.

Fagbevægelsen bruger registeret i deres arbejde og downloader oplysningerne hver nat. Det kan alle gøre. Fagbevægelsen, Dansk Industri og Energibranchen havde ikke oprindeligt et ønske om, at oplysningerne var offentligt tilgængeligt, men det blev de alligevel.

Den danske ordning er administrativt byrdefuld, fordi der gælder et krav om realtidsregistreringer. Ændringer skal således foretages seneste dagen efter. Det er en uvant øvelse for små virksomheder, og for store virksomheder er der tale om et stort arbejde. Han har f.eks. en engelsk kunde med 600 udstationerede ansatte. Det

999

er almindeligt, at virksomheder ikke registrerer oplysningerne, da der ikke er stor opdagelsesrisiko, og da registreringen er byrdefuld og konkurrencemæssig problematisk.

Oplysningerne behøver ikke at være offentligt tilgængelige. Det er nok, hvis myndighederne fik oplysningerne. Danske virksomheder skal ikke registrere samme oplysninger.

Procedure

Tiltalte har i landsretten ikke gjort gældende, at det tiltalte selskab ikke leverede tjenesteydelser i Danmark, og tiltalte har ikke bestridt, at anmeldelse ikke er foretaget rettidigt.

Tiltaltes forsvarer har under proceduren bl.a. henvist til de indhentede juridiske responsa. Tiltalte har til støtte for frifindelsespåstanden særligt gjort gældende, at de danske regler er i strid med EU-reglernes krav om proportionalitet på grund af den store administrative byrde for udlændinge ved indtastningen af oplysningerne i registreret og kravet om, at ændringer hurtigt skal registreres i registreret, samt især fordi oplysningen om stedet for leveringen er offentligt tilgængeligt. Det vil efter tiltaltes opfattelse være muligt for de danske myndigheder at varetage hensynet til arbejdsmarkedets parter mulighed for at få kendskab til udlændinge, der udfører arbejde i danske virksomheder, ved at etablere mindre indgribende foranstaltninger, og når dette er muligt, kræver EU-retten anvendelse af mindre indgribende foranstaltninger. Tiltalte er ikke enig med byretten i, at pligten til at anmelde oplysningerne til RUT og offentlighedens adgang hertil i al væsentlighed svarer til pligten i medfør af CVR-registret, hvilket illustreres af hjælpebilag 3. Tiltalte er heller ikke enig med byretten i, at den offentlige adgang for andre end arbejdsmarkedets parter ikke medfører, at reglerne går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålene med dem.

Anklagemyndigheden har til støtte for stadfæstelsespåstanden bl.a. henvist til, at anklagemyndigheden er helt enig i byrettens præmisser angående forståelsen af EU-reglerne, ligesom anklagemyndigheden i det hele kan henvise til Juridisk Specialudvalgs udtalelse af 14. marts 2018. Anklagemyndigheden har særligt henvist til, at offentliggørelsen af oplysningerne i RUT-registret ikke vedrører følsomme oplysninger, og at det i øvrigt er anklagemyndighedens opfattelse, at virksomheder ikke gør noget for at skjule deres tilstedeværelse på en arbejdsplads, idet firmanavnet fremgår af reklamer på eventuelle varevogne eller af skilte opsat på byggepladserne.

Landsrettens begrundelse og resultat

Det må efter tiltaltes forklaring og oplysningerne i tilsynsrapporterne lægges til grund, at tiltalte ikke rettidigt har indgivet anmeldelse til Registeret for Udenlandske Tjenesteydere (RUT), som beskrevet i forhold 1, 2 og 4, samt at tiltalte i forhold 3 ikke rettidigt indgav anmeldelse om ændringen af datoen for afslutningen af tjenesteydelsen. Det må endvidere lægges til grund, at tiltalte herved i hvert fald har handlet uagtsomt. Tiltalte har herefter overtrådt den dagældende udstationeringslov § 10 a, stk. 1, nr. 1, jf. § 10 c, jf. § 7 a, stk. 1 og 5. Tiltalte har imidlertid gjort gældende, at anmeldelsesordningen efter udstationeringslovens § 7 a, stk. 1, og § 7 c, stk. 1, er i strid med artikel 56, stk. 1, i TEUF om fri udveksling af tjenesteydelser.

Der er enighed om, at anmeldelsesordningen efter udstationeringslovens § 7 a, stk. 1, og § 7 c, stk. 1, udgør restriktioner af den frie udveksling af tjenesteydelser, som den er sikret ved artikel 56, stk. 1, i TEUF. Der er endvidere enighed om, at restriktionerne, der er begrundet i hensynet til at sikre beskyttelse af arbejdstagere, overholdelse af sociallovgivningen og bekæmpelse af svig, er tilstrækkeligt begrundet i tvungende almene hensyn. Der er endelig enighed om, at ordningen også er egnet til at sikre de danske myndigheder og arbejdsmarkedets parter de fornødne redskaber til at føre en effektiv og målrettet kontrol med, at de udenlandske virksomheder, der udstationerer lønmodtagere i Danmark, lever op til danske løn- og arbejdsvilkår.

For landsretten har sagen således drejet sig om, hvorvidt anmeldelsespligten i udstationeringslovens § 7 a, stk. 1, og navnlig det forhold, at der var offentlig adgang til visse af oplysningerne, herunder især oplysningerne om stedet for leveringen af tjenesteydelsen, efter udstationeringslovens § 7 c, stk. 1, går videre end nødvendigt i forhold til formålet.

Anmeldelsespligten efter udstationeringslovens § 7 a, stk. 1

Efter den dagældende udstationeringslovs § 7 a, stk. 1, skulle udenlandske virksomheder, der udstationerede lønmodtagere i Danmark i forbindelse med levering af tjenesteydelser, anmelde oplysninger til RUT om virksomhedens navn, forretningsadresse og kontaktoplysninger, dato for påbegyndelse og afslutning af tjenesteydelsen, sted for levering af tjenesteydelsen, virksomhedens kontaktperson i Danmark, virksomhedens branchekode og identiteten af de lønmodtagerne og udstationeringsperiodens varighed.

EU-Domstolen har i flere sager anerkendt, at en værtsmedlemsstat kan stille krav om, at udenlandske tjenesteydere, der udstationerer lønmodtagere, anmelder visse oplysninger til myndighederne i værtsmedlemsstaten. Domstolen har tilkendegivet, at en sådan anmeldelsespligt kan være et nødvendigt redskab, der gør det muligt for medlemsstaterne at kontrollere, at reglerne i værtsmedlemsstaten overholdes.

1000

De oplysninger, som kræves efter den dagældende udstationeringslovs § 7 a, stk. 1, går efter landsrettens opfattelse ikke udover, hvad der må anses for nødvendigt. Oplysningerne svarer således også til de oplysninger, som medlemsstaterne efter håndhævelsesdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/67/EU af 15. maj 2014) kan kræve. Landsretten finder endvidere, at det daværende krav om, at ændringer skulle anmeldes senest 8 dage efter ændringen, ikke går videre end nødvendigt.

Offentlig adgang til oplysningerne i RUT efter udstationeringslovens § 7 c, stk. 1

Efter den dagældende udstationeringslovs § 7 c, stk. 1, kunne der gives offentlig adgang til oplysninger om virksomhedens navn, forretningsadresse og kontaktoplysninger, sted for levering af tjenesteydelsen, virksomhedens kontaktperson i Danmark og virksomhedens branchekode. Der kunne endvidere gives adgang til oplysninger om, hvorvidt virksomheden havde igangværende aktiviteter i Danmark.

Bestemmelsen fik sin ordlyd ved lov nr. 509 af 19. maj 2010 om udvidelse af anmeldelsespligten for udenlandske tjenesteydere samt pligt for hvervgiver til at medvirke til at sikre, at der skete anmeldelse til RUT.

Det fremgår af forarbejderne til den tidligere udstationeringslovs § 5 c, som § 7 c videreførte, at offentliggørelsen af oplysningerne blandt andet skulle tilgodese arbejdsmarkedets parter mulighed for at sikre de udstationeredes løn- og arbejdsvilkår svarende til niveauet i Danmark. Den tidligere § 5 c gav ikke offentlig adgang til oplysningen om stedet for leveringen af tjenesteydelsen, men

ved lovændringen i 2010 blev denne oplysning også gjort offentlig tilgængelig for blandt andet at forbedre arbejdsmarkedets parter mulighed for at komme i kontakt med den udenlandske tjenesteyder med henblik på sikring af løn- og arbejdsvilkår. Samtidig blev kravene til kontaktpersonen skærpet, og der blev givet adgang til oplysninger om, hvorvidt virksomheden har igangværende aktiviteter i Danmark.

Der er ikke i forarbejderne nærmere redegjort for behovet for, at også andre end arbejdsmarkedets parter har adgang til oplysningerne, herunder behovet for at andre end arbejdsmarkedets parter også fik adgang til oplysningen om stedet for leveringen af tjenesteydelsen. Beskæftigelsesministeriet har i et brev fra november 2014 til anklagemyndigheden anført, at det for at sikre en effektiv håndhævelse er nødvendigt, at Arbejdstilsynet har kendskab til arbejdsstedet, hvilket blandt andet kan sikres ved henvendelser fra private og offentligheden, der gennem RUT får kendskab til manglende anmeldelse. Tilsvarende anføres det i Justitsministeriets udtalelse af 14. marts 2018, at det ikke kan udelukkes, at en almindelig offentlig adgang til disse oplysninger kan have betydning for, at myndighederne eller arbejdsmarkedets parter af borgere kan blive gjort bekendt med overtrædelser af de danske regler.

Det må henset til det danske arbejdsmarkeds særlige konstruktion, hvorefter det er arbejdsmarkedets parter, der forhandler og kontrollerer lønforhold på arbejdsmarkedet, anses for nødvendigt, at arbejdsmarkedets parter kan få adgang til oplysningerne nævnt i § 7 c, hvilket heller ikke er bestridt af tiltalte.

Spørgsmålet er herefter, om det er for vidtgående i forhold til formålet, at enhver - herunder en tjenesteyders konkurrenter - også kan få adgang til oplysningerne.

Ved besvarelsen af dette spørgsmål skal det tillægges vægt, at det efter bevisførelsen må lægges til grund, at oplysningen om stedet for leveringen af tjenesteydelsen kan bruges af konkurrenter til at foretage markedsmonitorering og konkurrentanalyser, idet oplysningen reelt gør det muligt at identificere en udenlandsk tjenesteyders kundeforhold og projekter. Det må endvidere lægges til grund, at oplysningerne i RUT kan indsamles automatisk ved hjælp af en abonnementsordning, og at oplysningerne let kan gemmes og bearbejdes af f.eks. en tjenesteyders konkurrenter, og at offentliggørelsen af oplysningen kan være problematisk for visse kunder.

Den ulempe, som den almindelige offentlige adgang til oplysningen om stedet for leveringen af tjenesteydelsen hermed udgør for udenlandske tjenesteydere, skal sammenholdes med formålet, hvilket var at forbedre arbejdsmarkedets parter mulighed for at sikre løn- og arbejdsvilkår. En almindelig offentlig adgang til denne oplysning går efter landsrettens opfattelse ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet med den og kan ikke begrundes med, at det ikke kan udelukkes, at en sådan almindelig adgang kan have betydning for, at myndighederne og arbejdsmarkedets parter af borgere kan blive gjort bekendt med overtrædelser af de danske regler. Det bemærkes i den forbindelse, at myndighederne og arbejdsmarkedets parter også uden den almindelige offentlige adgang til oplysningen om stedet for leveringen af tjenesteydelsen vil kunne få oplysninger fra borgere herom og vil have et tilstrækkeligt grundlag for at kunne kontrollere løn- og arbejdsvilkår.

Bestemmelsen i den dagældende udstationeringslovs § 7 a, stk. 1, sammenholdt med § 7 c, stk. 1, nr. 3, går således videre end nødvendigt og dermed i strid med artikel 56 i TEUF, og landsretten frifinder derfor tiltalte.

Landsretten har ikke fundet anledning til i medfør af retsplejelovens § 1007 at tilkende tiltalte et beløb til dækning af udgifterne til den valgte forsvarer.

Thi kendes for ret

Tiltalte T frifindes.

1001

Højesterets dom

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten i Horsens den 7. maj 2015 (2476/2013) og af Vestre Landsrets 1. afdeling den 15. maj 2019 (S-1077-15).

I pådømmelsen har deltaget ni dommere: Thomas Rørdam, Jon Stokholm, Vibeke Rønne, Henrik Waaben, Lars Hjortnæs, Kurt Rasmussen, Lars Apostoli, Anne Louise Bormann og Kristian Korfits Nielsen.

Påstande

Dommen er anket af *anklagemyndigheden* med påstand om domfældelse efter tiltalen.

T har påstået stadfæstelse.

Supplerende sagsfremstilling

Af et notat af 26. februar 2020 fra Beskæftigelsesministeriet fremgår, at beskæftigelsesministeren - på baggrund af en beslutning fra Rigsadvokaten om at sætte alle verserende sager om overtrædelse af anmeldelsespligten i bero, indtil retstilstanden var afklaret - besluttede at ændre bekendtgørelsen om Register over Udenlandske Tjenesteydere (RUT-registret). Den nye bekendtgørelse (bekendtgørelse nr. 627 af 24. juni 2019) indebærer, at der ikke længere er generel offentlig adgang til oplysningen om, hvor den udenlandske virksomhed arbejder (sted for levering af tjenesteydelsen). Af bekendtgørelsens § 12, stk. 6, fremgår, at arbejdsmarkedets parter fortsat skal have adgang til denne oplysning.

Erhvervsstyrelsen har i et notat af 2. marts 2020 om anmeldelse af oplysninger i Registret for Udenlandske Tjenesteydere (RUT-registret) i årene 2012 og 2013 anført bl.a.:

»Erhvervsstyrelsen kan oplyse, at anmeldelse af oplysninger i registret januar 2012 samt februar og marts 2013 foregik i en online selvbetjeningsløsning, i dagligtale kaldt RUT2, som blev idriftsat i januar 2011.

Selvbetjeningsløsningen eller RUT2-løsningen kunne findes og anvendes på Virk, og registrering af oplysninger i løsningen krævede, at brugeren var logget ind enten via Nem-ID eller via brugernavn og adgangskode. Anmeldelse af tjenesteydelser kunne foretages på følgende sprog: dansk, engelsk, polsk og tysk.

...

For at anmelde en tjenesteydelse, skulle anmelder gennemgå 6 trin, som bestod af:

...

3) Trin 3 »Arbejdssted«, hvor oplysninger om et eller flere arbejdssteder hvor tjenesteydelsen udføres skulle angives ... Et arbejdssted skulle have angivet et navn i feltet »Arbejdssteder i Danmark«, som var typisk navnet på hvervgiver. Derudover skulle en dansk adresse angives. Til sidst skulle anmelderen angive start- og slutdato for hvornår arbejdet udføres på arbejdsstedet, og antal af personer, der skulle udføre arbejde i det angivne tidspunkt. Processen skulle gentages, hvis anmelderen skulle anmelde flere arbejdssteder.

...

Angivelse af arbejdsstedets adresser

I forbindelse med anmeldelse af en tjenesteydelse, skulle der angives oplysninger om et arbejdssted. Anmeldelse af en tjenesteydelse kunne ikke gennemføres og godkendes, hvis arbejdsstedets adresse ikke var angivet. Den angivne arbejdsstedsadresse frem til primo 2014 blev ikke valideret, og

anmelderen kunne angive en ikke dansk adresse eller andet tekst, som slet ikke var en adresse.

Tidsestimat for gennemførelse af en anmeldelse i RUT

...

Erhvervsstyrelsen kan alene give et groft estimat på, hvor lang tid har det taget en anmelder at anmelde førstegangsansmeldelse, en nye anmeldelse, hvor f.eks. virksomheds stamdata allerede er angivet i løsningen samt anmelde ændringer af person- og arbejdsstedsperioder.

Tidsestimat for førstegangsansmeldelse

Erhvervsstyrelsen estimerer, at det vil tage en anmelder 15-20 minutter for at gennemføre førstegangsansmeldelse, hvor oplysninger om virksomhed, et arbejdssted og 4 personer skal angives. Anmeldelse af en tjenesteydelse, hvor oplysninger om virksomhed, et arbejdssted og 22 personer skal angives, estimeres til at tage omkring 50 minutter.

...

Tidsestimat for en ny anmeldelse

Tilbage i 2012 og 2013 var det muligt for en anmelder at angive oplysninger om virksomheder, personer og arbejdssteder før anmeldelse af selve tjenesteydelser. Disse oplysninger var gemt i såkaldt stamdata bibliotek og kunne genbruges (vælges fra dropdown-menu) i forbindelse med anmeldelse af en tjenesteydelse.

Erhvervsstyrelsen estimerer at anmeldelse af en ny tjenesteydelse, hvor oplysninger om virksomhed, et arbejdssted og 4 personer genbruges fra stamdata biblioteket, og hvor der alene skal angives periode for tjenesteydelse, et arbejdssted og 4 personperioder, vil det for en anmelder tage maksimum 10 minutter. En anmeldelse af en ny tjenesteydelse, hvor oplysninger om virksomhed, et arbejdssted og 22 personer genbruges fra stamdata biblioteket, og hvor der alene angives periode for tjenesteydelse, et arbejdssted og 22 personperioder, skønnes til at tage omkring 30 minutter.

Ændring af periode for arbejdssted og/eller personer

Erhvervsstyrelsen estimerer at ændring af en tjenesteydelse, hvor der alene foretages ændring af en anmeldt arbejdsstedsperiode og en anmeldt personperiode, vil tage omkring 2 minutter.«

Anbringender

Anklagemyndigheden har anført navnlig, at anmeldelses- og offentliggørelsesordningen i den dagældende udstationeringslovs § 7 a og § 7 c ikke er i strid med

1002

artikel 56, stk. 1, i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF). Det tiltalte selskab kan derfor straffes for de skete overtrædelser af den dagældende § 7 a, stk. 1 og 5.

For at RUT-registret kan få et indhold, der kan bruges til myndighedernes og arbejdsmarkedets parter kontrol, er det nødvendigt, at udenlandske tjenesteydere anmelder alle de oplysninger, der er nævnt i den dagældende § 7 a, stk. 1 og 5. Denne anmeldelsespligt, der, som parterne er enige om, er begrundet i tvungende almene hensyn og er egnet til at opfylde formålet med RUT-registret, går ikke videre, end hvad der er nødvendigt.

Offentliggørelse af anmeldte oplysninger om tjenesteyderens navn, forretningsadresse og kontaktoplysninger, kontaktperson for virksomheden og virksomhedens branchekode går ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet med RUT-registret. Dette gælder også offentliggørelse af oplysninger om stedet for levering af tjenesteydelsen.

Danmark skal efter udstationeringsdirektivet sikre, at konkurrencen er fair - både for udenlandske tjenesteydere og for deres danske konkurrenter - og at udstationerede arbejdstagere får løn- og arbejdsvilkår svarende til niveauet i Danmark.

RUT-registret kan ikke sammenlignes med CVR-registret. Forudsætningerne for en virksomhed, der er fast etableret i Danmark, og en udenlandsk tjenesteyder, der udstationerer arbejdstagere på et midlertidigt arbejdssted i Danmark, er objektivt forskellige. Virksomheder, der er fast etableret i Danmark, har et fast forretningssted, hvor de kan opsøges for den relevante kontrol, herunder af arbejdsmarkedets parter. Udenlandske tjenesteydere, der udstationerer arbejdstagere i Danmark, kan alene mødes med tilsvarende kontrolforanstaltninger på det midlertidige arbejdssted i Danmark. Oplysningen om det enkelte arbejdssted, hvor der udføres tjenesteydelser, er derfor helt nødvendig for en effektiv kontrol for at sikre fair konkurrence og de udstationerede arbejdstageres vilkår. Det vil ikke være tilstrækkeligt blot at kunne se, at den udenlandske tjenesteyder har anmeldt, at vedkommende udfører aktiviteter et eller andet sted i Danmark.

Udstationeringslovens § 7 d, hvorefter hvervgiveren under strafansvar, jf. § 10 a, stk. 2, jf. stk. 1, nr. 4, forpligtes til at underrette Arbejdstilsynet om en udenlandsk tjenesteyders manglende, mangelfulde eller urigtige anmeldelse til RUT-registret, giver hvervgiveren en interesse i at kunne undersøge, om tjenesteydelsen er korrekt anmeldt til RUT-registret.

Hvis tjenesteydelsen leveres i underkontrahentforhold, vil også underkontrahenten have en interesse i at kunne undersøge, om der er sket korrekt anmeldelse til RUT-registret. Enten for at undgå kædeansvar eller for at undgå negative følger for den pågældendes forretning.

De udstationerede arbejdstagere kan ligeledes have en interesse i at kunne kontrollere, om den udenlandske tjenesteyder har foretaget anmeldelse til RUT-registret. Arbejdstagerne, der eventuelt kan være uorganiserede, har en interesse i at kunne få vished for, at de lokale myndigheder via kontrol har mulighed for at varetage arbejdstagerens forhold i relation til f.eks. et sundt og sikkert arbejdsmiljø, og at arbejdsmarkedets parter kan kontrollere, at deres ansættelsesvilkår ikke er ringere end tilsvarende danske arbejdstageres.

Danske konkurrenter til den udenlandske tjenesteyder kan have en interesse i at kunne undersøge i RUT-registret, om en udenlandsk tjenesteyder har foretaget den påkrævede anmeldelse, så tjenesteyderen ikke opnår en konkurrencefordel over for sine danske konkurrenter ved ikke at blive udsat for kontrol. Det er ikke sandsynligt, at en dansk konkurrent herved vil få en uforholdsmæssig konkurrencefordel. Det er endvidere begrænset, hvilken konkurrencemæssig ulempe der er forbundet med den blotte oplysning om, at en virksomhed leverer ydelser på en bestemt adresse, også selv om adressen antageligvis som regel kan knyttes til en bestemt kunde, der er hjemmehørende på adressen. Der gives således ikke adgang til følsomme oplysninger, og de oplysninger, som kan findes i RUT-registret, angår ikke tjenesteyderens historiske eller fremtidige aktiviteter i Danmark. Det er efter den nugældende udstationeringsbekendtgørelses § 12, stk. 2, og abonnementsvilkårene for dataudtræk fra RUT-registret ikke tilladt at benytte metoder til automatisk indeksering og opslag. Oplysninger om leveringsstedet for tjenesteydelsen har ingen værdi, uden at den danske virksomhed foretager en omfattende analyse af tendenser og kunde grupper for måske at kunne forudse, om den udenlandske tjenesteyder vil kunne være en konkurrent et givet sted. Kommissionen har da heller ikke fundet anledning til at sætte spørgsmålstejn ved den danske ordning.

Også andre private, herunder borgere, vil ved offentlig adgang til oplysningen om leveringsstedet for tjenesteydelsen kunne bidrage til effektiv kontrol.

Det vil - i modsætning til offentlige myndigheder og arbejdsmarkedets parter - ikke være muligt på forhånd at definere

gruppen af øvrige interessenter, som skal gives adgang til RUT-registret.

Ved bødefastsættelsen må der lægges vægt på, at der er tale om fire overtrædelser. Den samlede bøde bør efter princippet om absolut kumulation fastsættes til ikke under 40.000 kr. Sagsbehandlingstiden giver ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag for at nedsætte bøden under henvisning til straffelovens § 82, nr. 13.

Hvis Højesteret måtte finde, at den dagældende udstationeringslovs § 7 c, stk. 1, går videre end

1003

nødvendigt, for så vidt angår oplysningen om stedet for levering af tjenesteydelsen, bør det ikke føre til, at det tiltalte selskab frifindes. Selskabet har stadigvæk overtrådt den dagældende udstationeringslovs § 7 a, stk. 1, ved ikke rettidigt at have givet de oplysninger, som var nødvendige for en effektiv kontrol, og som lovligt kunne afkræves selskabet. Underkendelse af en del af § 7 c, stk. 1, som udmøntet ved udstationeringsbekendtgørelsen, kan eventuelt tillægges betydning ved fastsættelsen af bødens størrelse.

T har anført navnlig, at anmeldelsespligten efter den dagældende § 7 a, stk. 1 og 5, medfører en uforholdsmæssig administrativ byrde for udenlandske tjenesteydere og således er i strid med TEUF artikel 56, stk. 1.

Tjenesteydere, der var hjemmehørende i Danmark, skulle anmelde oplysninger om virksomheden i CVR-registret på virksomhedsniveau, mens tjenesteydere, der ikke var hjemmehørende i Danmark, skulle anmelde oplysninger om virksomhedens projekter i Danmark i RUT-registret på projektniveau. T udførte årligt ca. 100 projekter i Danmark og skulle dermed årligt som minimum foretage 100 anmeldelser til RUT-registret. Herudover skulle der foretages anmeldelse, hver gang de allerede anmeldte oplysninger blev ændret. Selskabets forpligtelse til at foretage anmeldelse til RUT-registret var således udtryk for en uforholdsmæssig byrde.

Formålet med RUT-registret kunne være opnået ved en mindre omfattende anmeldelsespligt, f.eks. at udenlandske tjenesteydere forud for påbegyndelsen af levering af tjenesteydelser alene skulle anmelde den forventede dato for start- og sluttidspunktet for projektet, stedet for levering af ydelsen og kontaktoplysninger til den projektansvarlige. Dette understøttes af praksis fra EU-Domstolen, Kommissionens meddelelse fra 2006 og håndhævelsesdirektivet.

Offentliggørelse af anmeldte oplysninger om virksomhedens navn, forretningsadresse og kontaktoplysninger, stedet for levering af tjenesteydelsen, kontaktperson for virksomheden i Danmark og virksomhedens branchekode, jf. den dagældende § 7 c, stk. 1, jf. § 7 a, stk. 1, nr. 1 og nr. 3-5, går videre end nødvendigt for at opnå formålet med RUT-registret. Offentliggørelsen er derfor også i strid med TEUF artikel 56, stk. 1.

Offentliggørelsen medførte en konkurrenceforvrindning til skade for udenlandske tjenesteydere, idet oplysningerne var tilgængelige for enhver, herunder den udenlandske tjenesteyders konkurrenter. Hverken Kommissionens meddelelse fra 2006 eller håndhævelsesdirektivet omtaler offentliggørelse af anmeldte oplysninger. Håndhævelsesdirektivet har i øvrigt ingen betydning for denne sag, da det er gennemført i Danmark efter gerningstidspunkterne. Det er ikke korrekt, når det i lovforslaget fra 2010 om ændring af udstationeringsloven er anført, at Kommissionen har bekræftet, at der kan gives offentlig adgang til oplysningen om stedet for levering af tjenesteydelsen.

Formålet med RUT-registret kunne være opnået ved at gøre de oplysninger, som er nævnt i den dagældende § 7 c, stk. 1, tilgængelige alene for offentlige myndigheder og arbejdsmarkedets parter. Denne fremgangsmåde var (og er) valgt i de øvrige EU-

medlemsstater, der har tilsvarende registre, herunder i de øvrige skandinaviske lande, der har arbejdsmarkedsmodeller svarende til den danske.

Den almindelige offentliggørelse af oplysningerne var ikke proportional, idet hvervgivere, underkontrahenter, arbejdstagere, konkurrenter og andre private ikke havde en beskyttelsesværdig interesse i at kunne få adgang til oplysninger i forbindelse med projekter, hvor en udenlandsk tjenesteyder udførte arbejde for en hvervgiver. Formålet med RUT-registret var (og er) ikke at give disse grupper adgang til at kontrollere, hvorvidt udenlandske tjenesteydere overholder dansk lovgivning eller aftalemæssige forpligtelser. Et sådant formål ligger heller ikke inden for rammerne af udstationeringsdirektivet eller håndhævelsesdirektivet.

Hvad angår hvervgivere var offentliggørelsen ikke nødvendig, idet en hvervgiver i sin kontrakt med sin udenlandske kontraktpart kunne stille og erfaringsmæssigt meget ofte stiller krav om at få adgang til de oplysninger, der offentliggøres i RUT-registret. Derimod medførte den almindelige offentliggørelse, at danske hvervgivere, der benyttede sig af udenlandske tjenesteydere, blev påført en konkurrenceulempe i forhold til danske hvervgivere, der kun benyttede sig af danske tjenesteydere.

Den tidsmæssige begrænsning af offentliggørelsen kan ikke anvendes som argument for, at offentliggørelsen var nødvendig for at opnå formålet med RUT-registret. Hertil kommer, at der kunne tegnes et abonnement hos Erhvervsstyrelsen, hvorefter virksomheder dagligt til internt brug og dermed lovligt kunne modtage orienteringer om anmeldelse af oplysninger i RUT-registret, jf. § 13, stk. 3, i den dagældende bekendtgørelse. Dette medførte, uanset tidsperioden for offentliggørelsen, at f.eks. konkurrenter lovligt kunne få detaljeret kendskab til udenlandske tjenesteydere, herunder kendskab til disses aktiviteter i Danmark, omfanget af aktiviteterne, arbejdets art og leveringsstedet, og at de løbende kunne skabe historiske registre ved at gemme de modtagne oplysninger. Konkurrenter ville derfor også forholdsvis nemt kunne få adgang til oplysninger om hvervgiver, hvilket udgør en forretningshemmelighed. Hvis dette sammenholdes med, at det ikke er usædvanligt, at leveringen af tjenesteydelser er af langvarig karakter, kan det lægges til grund, at offentliggørelsen pålagde udenlandske tjenesteydere en ulempe på trods af den tidsmæssige begrænsning af den almindelige offentliggørelse.

1004

Hvis Højesteret måtte finde, at RUT-registret ikke er i strid med TEUF artikel 56, stk. 1, og selskabet dermed skal dømmes for at have overtrådt den dagældende udstationeringslovs § 7 a, stk. 1 og 5, bør straffen bortfalde eller nedsættes væsentligt på grund af den lange sagsbehandlingstid, jf. straffelovens § 83 og § 82, nr. 13.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens problemstilling

Ved landsrettens dom er det fastslået, at det tiltalte polske selskab T i tre tilfælde ikke rettidigt indgav anmeldelse til Register over Udenlandske Tjenesteydere (RUT-registret) om, at selskabet leverede tjenesteydelser i Danmark, og at selskabet i et tilfælde ikke rettidigt anmeldte til RUT-registret, at datoen for afslutningen af den pågældende tjenesteydelse lå senere end den tidligere anmeldte dato.

Sagen angår, om T kan straffes for herved at have overtrådt den dagældende udstationeringslovs § 10 a, stk. 1, nr. 1, jf. § 10 c, jf. § 7 a, stk. 1 og 5. Spørgsmålet er, om anmeldelsespligten og den offentlige adgang til nogle af oplysningerne i RUT-registret, som følger af den dagældende udstationeringslovs § 7 a, stk. 1 og 5, og § 7 c, stk. 1, er i strid med Traktaten om Den Europæiske Unions

Funktionsmåde (TEUF) artikel 56, stk. 1, om fri udveksling af tjenesteydelser inden for EU.

Højesteret finder - som parterne også er enige om - at anmeldelsesordningen efter de dagældende bestemmelser i § 7 a og § 7 c indebærer restriktioner af den fri udveksling af tjenesteydelser, at de hensyn, der forfølges med § 7 a og § 7 c, er tvungende almene hensyn, der kan begrunde restriktionerne, og at ordningen i § 7 a og § 7 c er egnet til at sikre, at myndighederne og arbejdsmarkedets parter kan føre en effektiv og målrettet kontrol med, at udenlandske tjenesteydere, der udstationerer lønmodtagere her i landet, lever op til danske regler og vilkår på arbejdsmarkedet. Der kan herved henvises til bl.a. EU-Domstolens dom af 3. december 2014 i sag C-315/13 (De Clercq), præmis 53, 65-66 og 69.

Spørgsmålet er herefter, om ordningen i § 7 a og § 7 c går videre, end hvad der er nødvendigt for at opnå formålet med RUT-registret.

Anmeldelsespligten efter den dagældende § 7 a

Efter den dagældende § 7 a, stk. 1, skulle udenlandske virksomheder, der udstationerer lønmodtagere i Danmark i forbindelse med levering af tjenesteydelser, anmelde oplysninger til RUT-registret om virksomhedens navn, forretningsadresse og kontaktoplysninger (nr. 1), dato for påbegyndelse og afslutning af tjenesteydelsen (nr. 2), sted for levering af tjenesteydelsen (nr. 3), virksomhedens kontaktperson i Danmark (nr. 4), branchekode (nr. 5) samt identiteten af de udstationerede lønmodtagere og udstationeringsperiodens varighed (nr. 6). Oplysningerne skulle anmeldes senest samtidig med, at leveringen af tjenesteydelsen i Danmark blev påbegyndt, og ændringer vedrørende oplysningerne skulle anmeldes senest 8 dage efter ændringen, jf. § 7 a, stk. 5.

Højesteret tiltræder af de grunde, som er anført af landsretten, at en udenlandsk tjenesteyders anmeldelsespligt efter § 7 a, stk. 1 og 5, ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet med RUT-registret. Det tiltrædes således, at de oplysninger, som skulle anmeldes efter § 7 a, stk. 1 og 5, hver især er nødvendige for, at der kunne foretages effektiv og målrettet kontrol med udenlandske tjenesteyderes overholdelse af danske regler og vilkår. Dette resultat har som anført i forarbejderne til den dagældende § 7 a også støtte i Kommissionens meddelelse af 4. april 2006 med retningslinjer for udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (KOM(2006) 159 endelig).

Offentlig adgang efter den dagældende § 7 c, stk. 1

T har anført, at offentliggørelse af anmeldte oplysninger om virksomhedens navn, forretningsadresse og kontaktoplysninger, stedet for levering af tjenesteydelsen, kontaktperson for virksomheden i Danmark og virksomhedens branchekode, jf. den dagældende udstationeringslovs § 7 c, stk. 1, jf. § 7 a, stk. 1, nr. 1 og nr. 3-5, går videre end nødvendigt for at opnå formålet med RUT-registret.

De nærmere regler for adgang til og brug af data fra RUT-registret var fastsat i den dagældende bekendtgørelse nr. 1619 af 15. december 2010. Af bekendtgørelsen fulgte bl.a., at de ovennævnte oplysninger var offentligt tilgængelige på en hjemmeside, og at videregivelse omfattede oplysninger om enkelte enheder eller om samtlige enheder, som var optaget i RUT-registret. Oplysningerne blev ved abonnementsordning stillet til rådighed på en server og ved enkeltudtræk via mail, jf. bekendtgørelsens § 12 og § 13.

Det fremgår af lovforarbejderne, at offentliggørelsen af de nævnte oplysninger bl.a. skal tilgodese arbejdsmarkedets parters muligheder for at sikre de udstationerede medarbejdere løn- og arbejdsvilkår svarende til niveauet i Danmark. Som anført af landsretten er der i forarbejderne ikke nærmere redegjort for behovet for, at også andre (end de kontrollerende myndigheder og arbejdsmarkedets parter) har adgang til de nævnte oplysninger.

Højesteret tiltræder, at det, henset til det danske arbejdsmarkeds særlige konstruktion, hvorefter det er arbejdsmarkedets parter, der forhandler og kontrollerer løn- og arbejdsvilkår, er nødvendigt, at også arbejdsmarkedets parter har adgang til oplysningerne nævnt i den dagældende § 7 c, stk. 1. Dette er heller ikke bestridt af T.

1005

Spørgsmålet er herefter, om det er for vidtgående i forhold til det formål, som forfølges med RUT-registret, at der er adgang for enhver til oplysningerne nævnt i den dagældende § 7 c, stk. 1.

Hvad angår oplysningerne om virksomhedens navn, forretningsadresse og kontaktoplysninger, kontaktperson i Danmark og branchekode finder Højesteret, at den offentlige adgang - i det omfang dette element i RUT-ordningen udgør en restriktion - ikke kan anses for at gå videre, end hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet. Højesteret lægger herved vægt på karakteren af oplysningerne og på, at oplysningerne svarer til eller i vidt omfang kan sidestilles med, hvad der offentliggøres i CVR-registret i relation til tjenesteydere, som er etableret i Danmark.

Hvad angår offentliggørelse af oplysningen om stedet for levering af tjenesteydelsen bemærker Højesteret følgende:

Højesteret lægger til grund, at en udenlandsk tjenesteyders konkurrenter som følge af offentliggørelsen af oplysningen om stedet for levering af tjenesteydelsen har kunnet få kendskab til, hvilke kunder der blev leveret tjenesteydelser til, og efter omstændighederne i hvor lang tid den enkelte tjenesteydelse blev leveret. Højesteret finder - ligesom landsretten - at det må lægges til grund, at offentliggørelsen af oplysningen om leveringsstedet kunne medføre en konkurrencemæssig ulempe for en udenlandsk virksomhed, der ønskede at levere tjenesteydelser i Danmark. Blandt andet kunne offentliggørelsen være problematisk for kunder og dermed føre til, at en udenlandsk tjenesteyder blev fravalgt, fordi oplysning om et kundeforhold ofte anses for fortroligt.

Denne ulempe for udenlandske tjenesteydere skal afvejes over for fordelene ved at offentliggøre oplysninger om leveringsstedet for tjenesteydelsen.

Ved afvejningen må det indgå, at den offentlige adgang til oplysningen om leveringsstedet med enkelte undtagelser, jf. den dagældende § 7 b, gjaldt for alle typer af tjenesteydelser og ikke var begrænset til visse brancher, hvor der måtte være konstateret problemer med manglende overholdelse af lovgivning og løn- og arbejdsvilkår.

Det må endvidere indgå, at hvervgivere efter den dagældende udstationeringslov var forudsat at spille en væsentlig rolle i forhold til myndighedernes og arbejdsmarkedets parters kontrol med, at udenlandske tjenesteydere overholder de danske regler og vilkår på arbejdsmarkedet. Efter den dagældende udstationeringslovs § 7 d var hvervgivere inden for nærmere angivne brancher således forpligtet til at kontrollere, at der skete korrekt anmeldelse af stedet for levering af tjenesteydelsen og underrette Arbejdstilsynet herom, hvis dette ikke var tilfældet. Sådanne hvervgiveres bidrag til kontrolindsatsen var (og er) således undergivet en lovbestemt procedure, som ikke medførte et behov for at kunne foretage opslag i RUT-registret. Hertil kommer, at hvervgivere, som ikke var omfattet af den dagældende § 7 d, havde mulighed for gennem aftale med den udenlandske tjenesteyder at sikre sig, at der skete korrekt anmeldelse af bl.a. oplysningen om leveringsstedet. Højesteret finder på denne baggrund, at det ikke kan anses for at have været nødvendigt at offentliggøre oplysningen om leveringsstedet for tjenesteydelsen, for at hvervgivere kunne bidrage til myndighedernes og arbejdsmarkedets parters kontrolindsats.

Om betydningen af, at også andre private har adgang til oplysningen om leveringsstedet for tjenesteydelsen, har Justitsministeriet i en udtalelse af 14. marts 2018 på baggrund af

behandling i Juridisk Specialudvalg anført, at »det ikke kan udelukkes«, at en almindelig offentlig adgang til de omhandlede oplysninger kan have betydning for, at myndighederne og arbejdsmarkedets parter af borgere kan blive gjort bekendt med overtrædelser af de danske regler. Der er ikke ved denne udtalelse eller ved de øvrige oplysninger i sagen påvist vægtige grunde til, at enhver bør have adgang til oplysningen i RUT-registret om leveringsstedet for den enkelte tjenesteydelse. Højesteret bemærker i den forbindelse, at det er muligt at give arbejdsmarkedets parter adgang til oplysningen om leveringsstedet for tjenesteydelsen, uden at oplysningen er tilgængelig for enhver.

På denne baggrund og af de grunde, der i øvrigt er anført af landsretten, tiltræder Højesteret efter en samlet vurdering, at offentliggørelsen af oplysningen om leveringsstedet for tjenesteydelsen må anses for at gå videre, end hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet med RUT-registret, og er i strid med TEUF artikel 56, stk. 1.

Strafansvar for T

Højesteret lægger som ubestridt til grund, at en anmeldelse til RUT-registret forudsatte, at T indtastede alle oplysninger nævnt i § 7 a i it-systemet.

Henset hertil og til, at T ikke ved anmeldelsen til RUT-registret var forpligtet til at oplyse stedet for levering af tjenesteydelsen, idet denne oplysning i strid med TEUF artikel 56, stk. 1, blev offentliggjort, tiltræder Højesteret, at selskabet ikke kan straffes for manglende rettidige anmeldelser til RUT-registret.

Højesteret tiltræder herefter, at T er frifundet.

Konklusion og sagsomkostninger

Højesteret stadfæster landsrettens dom.

Statskassen skal betale sagens omkostninger for alle tre instanser. Højesteret finder, at der - når bortses fra, hvad sagsbehandlingstiden fører til - ikke foreligger sådanne særlige omstændigheder, at der er grundlag for i medfør af retsplejelovens § 1007, stk. 2, 1. pkt., undtagelsesvis at

1006

bestemme, at statskassen helt eller delvis skal betale vederlaget til den valgte forsvarer for landsret og Højesteret, jf. herved Højesterets kendelse af 18. november 2009 (UfR 2010.477). Der er heller ikke tilstrækkeligt grundlag for i medfør af § 1007, stk. 2, 3. pkt., eller princippet i denne bestemmelse undtagelsesvis at pålægge statskassen helt eller delvis at betale de udgifter, T har afholdt til ensidigt indhentede udtalelser fra sagkyndige m.fl.

Om sagsbehandlingstiden bemærkes, at T blev sigtet i de fire forhold i februar 2012, marts 2013 og november 2013. Byretten afsagde dom i sagen den 7. maj 2015, landsretten afsagde dom den 15. maj 2019, og sagen afsluttes ved Højesterets dom af 30. november 2020. Det må lægges til grund, at der i forløbet har været »døde perioder«, herunder navnlig en periode på ca. to år i forbindelse med, at sagen under landsrettens behandling blev forelagt for Juridisk Specialudvalg. Højesteret finder, at sagsbehandlingstiden - uden at det skyldes selskabets forhold - i så væsentligt omfang har oversteget det rimelige, at selskabet bør kompenseres herfor. Dette gælder, uanset om der måtte foreligge en krænkelse af artikel 6, stk. 1, i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Kompensationen ydes på den måde, at den valgte forsvarer for Højesteret af statskassen tilkendes et beløb på 40.000 kr. med tillæg af moms til delvis dækning af forsvarerens vederlag, jf. § 1007, stk. 2, 1. pkt.

Thi kendes for ret

Landsrettens dom stadfæstes.

Statskassen skal betale sagens omkostninger for byret, landsret og Højesteret. Statskassen skal endvidere betale 40.000 kr. med tillæg af moms til advokat Lotte Lundin.

3. Af princippet om fællesskabsrettens forrang følger, at de bestemmelser i traktaten og retsakter fra institutionerne, som gælder umiddelbart, for medlemsstaternes nationale ret ikke blot, alene i medfør af deres ikrafttræden, bevirker, at enhver modstridende bestemmelse i den eksisterende nationale lovgivning uden videre bliver uanvendelig, men også — for så vidt som disse bestemmelser og retsakter udgør en integrerende del, som har forrang i den retsorden, der gælder på den enkelte medlemsstats område — at nye nationale love ikke gyldigt kan udstedes i det omfang, de måtte være uforenelige med fællesskabsreglerne.
- Såfremt det anerkendes, at nationale love, der trænger ind på det område, hvorpå Fællesskabets lovgivningsmagt udøves, eller på anden vis er uforenelige med fællesskabsrettens bestemmelser, er retligt gyldige, vil der være tale om en benægtelse af, at medlemsstaterne ubetinget og uigenkaldeligt har påtaget sig forpligtelser i medfør af traktaten, og således om at bestride selve grundlaget for Fællesskabet.
4. Den nationale dommer, der inden for sin kompetence har til opgave at anvende fællesskabsrettens bestemmelser, har pligt til at sikre disse reglers fulde virkning, idet han i påkommende tilfælde af egen drift skal undlade at anvende en modstridende — selv nyere — bestemmelse i national lovgivning, uden at han behøver at anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af denne bestemmelse ad lovgivningsvejen eller ved noget andet forfatningsmæssigt middel.

I sag 106/77

angående en anmodning, som i medfør af EØF-traktatens artikel 177 af Pretura di Susa (Italien) er indgivet til Domstolen for i den sag, som verserer for nævnte ret mellem

DET ITALIENSKE FINANSMINISTERIUM

og

S.P.A. SIMMENTHAL, Monza,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikel 189, særligt vedrørende konsekvenserne af fællesskabsrettens direkte anvendelighed i tilfælde af konflikt med eventuelle modstridende bestemmelser i en national lov,

afsiger

DOMSTOLEN

sammensat af: præsidenten H. Kutscher, afdelingsformændene M. Sørensen og G. Bosco, dommerne A. M. Donner, P. Pescatore, A. J. Mackenzie Stuart og A. O'Keeffe,

generaladvokat: G. Reischl
justitssekretær: A. Van Houtte

følgende

DOM

Sagsfremstilling

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingernes forløb og de indlæg, der er afgivet i henhold til artikel 120 i protokollen vedrørende statuten for EØF-Domstolen, kan sammenfattes således:

I — De faktiske omstændigheder og skriftvekslingen

S.p.a. Simmenthal, Monza, indførte den 26. juli 1973 et parti oksekød til konsum fra Frankrig via Modane.

Denne indførsel blev pålagt afgifter for sundhedskontrol med et beløb på 581 480 lire.

Denne kontrol er hjemlet i artikel 32 i den fælles tekst til de italienske sundhedslove (lovbekendtgørelse nr. 1265 af 27. 7. 1934; Gazzetta ufficiale 186 af 9. 8. 1934). Betingelserne for anvendelse af denne betemmelse er fastsat i artikel 45 i reglementet om veterinærpoliti (bekendtgørelse fra republikkens præsident nr. 320 af 8. 2. 1954; GU 142 af 24. 6. 1954). Listen over gældende afgifter i 1973 blev fastsat ved lov nr.

1239 af 12. december 1970 (GU 26 af 1. 2. 1971).

Da Simmenthal mente, at den ved grænseovergangen gennemførte sundhedskontrol og de for denne kontrol opkrævede afgifter udgør en hindring for de frie varebevægelser, som er forbudt ifølge fællesskabsretten, anlagde firmaet den 13. marts 1976 ved Pretura di Susa sag med krav om tilbagebetaling af det beløb, som det mente at have betalt med urette.

Simmenthals søgsmål havde til følge, at Pretura di Susa ved kendelse af 6. april 1976 forelagde Domstolen en anmodning om en præjudiciel afgørelse i henhold til EØF-traktatens artikel 177. Forelæggelsen gav anledning til dom af 15. december 1976 i sag 35/76 (Sml. 1976, s. 1871).

I denne doms konklusion udtalte Domstolen blandt andet, at en sundhedskontrol, der foretages ved grænsen ved indførsel af levende dyr eller kød til ernæringsformål — uanset om den er systematisk eller ej — er en foranstalt-

ning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion i den i traktatens artikel 30 forudsatte betydning, og at afgifter, som pålægges på grund af sundhedskontrol af varer ved disses passage af grænsen, i princippet må betragtes som afgifter med tilsvarende virkning som told.

Som følge af denne dom pålagde Pretura di Susa ved kendelse af 24. januar 1977 finansministeriet at tilbagebetale de uretmæssigt opkrævede afgifter med renter.

Den 23. januar 1977 anfægtede finansministeriet kendelsen med betalingspålægget.

Ministeriet fremførte herved visse anbringender, hvorefter Pretura di Susa konstaterede, at der var modstrid mellem visse fællesskabsretlige regler og en senere national lov, i dette tilfælde lov nr. 1239/70.

Ifølge den italienske forfatningsdomstols seneste praksis, især dom nr. 232 af 30. oktober 1975, dom nr. 205 af 28. juli 1976 og kendelse nr. 206 af samme dag, kræver løsningen af dette spørgsmål, at forfatningsdomstolen selv får forelagt spørgsmålet om forfatningsmæssigheden af lov nr. 1239/70, der påstås at være i strid med forfatningens artikel 11. Samtidig er det ikke muligt at undlade at tage hensyn til Domstolens faste praksis vedrørende fællesskabsrettens virkning i medlemsstaternes retsordener: de umiddelbart gældende fællesskabsbestemmelser har efter denne retspraksis direkte virkning og kan derfor skabe rettigheder for private, som de nationale retter har pligt til at beskytte; de kan ikke berøres af noget indgreb fra statsorganerne, som er egnet til at hindre eller sinke deres fulde, samlede og ensartede anvendelse i medlemsstaterne.

Man bør derfor ikke undervurdere ulemperne ved en situation, i hvilken den ret, som behandler hovedsagen, i hvert enkelt tilfælde — i stedet for uden videre at undlade at anvende den senere

ationale lov, som hindrer anvendelsen af fællesskabsretten — skal rejse spørgsmål om forfatningsstridighed med det resultat, at den fulde anvendelse af fællesskabsrettens bestemmelser udelukkes, indtil forfatningsdomstolens afgørelse foreligger, og at det desuden end ikke — når henses til virkningerne »ex nunc« af forfatningsdomstolens afgørelse — er muligt hverken at afbøde den manglende overholdelse af statens internationale forpligtelser med tilbagevirkende kraft, eller at sikre den fulde beskyttelse af private, som er indehavere af individuelle rettigheder, der er hjemlet og reguleret ved fællesskabsregler.

Det er derfor logisk først at løse spørgsmålet om fortolkning af fællesskabsretten med henblik på den faktiske rækkevidde af begrebet umiddelbart gældende regler.

Ved kendelse af 28. juli 1977 besluttede Pretura di Susa derfor i henhold til EØF-traktatens artikel 177 at udsætte sagen, indtil Domstolen havde truffet præjudiciel afgørelse vedrørende følgende spørgsmål:

- a) Når henses til, at de fællesskabsregler, der gælder umiddelbart, ganske uanset lovregler eller retspraksis i medlemsstaterne — i henhold til EØF-traktatens artikel 189 og til den faste praksis ved De europæiske Fællesskabers Domstol — skal have fuldstændig og ensartet virkning i disse staters retsordener, også med henblik på sikring af individuelle rettigheder for private, må det da ikke antages, at fællesskabsreglerne skal forstås således, at eventuelle senere nationale lovbestemmelser, der er i strid hermed, uden videre bliver uvirksomme, uden at det er nødvendigt at afvente, at den nationale lovgiver (ved formel lov) eller andre forfatningsorganer (erklæring om forfatningsstridighed) ophæver dem, navnlig hvis det med hensyn til denne anden mulighed

antages, at fællesskabsretten, eftersom den nationale lov forbliver fuldt ud gyldig, indtil nævnte erklæring afgives, ikke kan få virkning og den fuldstændige og ensartede anvendelse derfor ikke kan sikres, ligesom individuelle rettigheder for private ikke er beskyttet?

- b) I forbindelse med det foregående spørgsmål: hvis fællesskabsretten tillader, at beskyttelsen af de individuelle rettigheder, som affødes af fællesskabsregler, der »gælder umiddelbart«, kan udskydes til tidspunktet for de kompetente nationale organers faktiske ophævelse af eventuelle modstridende nationale foranstaltninger, skal ophævelsen da under alle omstændigheder have fuld tilbagevirkende gyldighed, således at de individuelle rettigheder ikke på nogen måde begrænses?

Kendelsen fra Pretura di Susa er registreret på Domstolens justitskontor den 29. august 1977.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statuten for EØF-Domstolen er der indgivet skriftlige indlæg den 28. oktober 1977 af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, den 16. november af Simmenthal, sagsøger i hovedsagen, og den 25. november af regeringen for Den italienske Republik.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse.

II — Skriftlige indlæg for Domstolen

Simmenthal, sagsøger i hovedsagen, undersøger først problemet om forholdet mellem Fællesskabets retsorden og den nationale retsorden ud fra den italienske retsudøvers synspunkt.

Firmaet gør i denne sammenhæng rede for udviklingen i den italienske forfatningsdomstols praksis, som den især giver sig udtryk i dom nr. 183 af 27 december 1973, dom nr. 232 fra 1975 samt dom nr. 205 og kendelse nr. 206 fra 1976; de mulige løsninger i tilfælde af normativ konflikt kan for tiden indskrænkes til alternativet ophævelse af lovgivningsvejen af den nationale regel, der er uforenelig med de tidligere fællesskabsbestemmelser, eller forfatningsdomstolens erklæring om, at reglen er forfatningsstridig. Dom nr. 232 fra 1975 fastlåste og krystalliserede udviklingen af denne praksis i en løsning med faste grænser på det formelle og processuelle plan, der er blottet for perspektiver og alternativer og på det rent interne plan er behæftet med ulemper og konsekvenser, der i mange henseender er negative: forøgelse af processens varighed og udgifter, mangedobling af retssagerne, stigning i henvisninger til forfatningsdomstolen, dennes indgriben i tvister, der rejser få eller ingen problemer, forringelse af forfatningsdomstolens arbejdsvilkår.

Set i sin rette sammenhæng bør nærværende præjudicielle anmodning om fortolkning principielt føre til, at Domstolen fastsætter den virkelige rækkevidde af en direkte anvendelig fællesskabsbestemmelse i forhold til eventuelle senere modstridende nationale bestemmelser; det andet spørgsmål er subsidiært og tilsigter en præcisering af de minimumsgarantier, hvormed den private adressat for fællesskabsreglerne skal kunne regne for virkelig at være omfattet af Fællesskabets retsorden.

Efter dommen af 5. februar 1963 (sag 26/62, Van Gend & Loos; Sml. 1954-64, s. 375; org.ref. Recueil s. 1) har Domstolens praksis lidt efter lidt præciseret de væsentlige og karakteristiske sider ved begrebet fællesskabsrettens »direkte anvendelighed«. De grundlæggende tendenser i denne praksis består i følgende momenter:

Fællesskabets retsorden udgør en ny folkeretlig retsorden, hvis retssubjekter ikke alene er medlemsstaterne, men også statsborgere; den udgør en særlig retsorden, der er integreret i medlemsstaternes retssystemer og er tvingende for disse staters retter. Fællesskabsretten er af en bindende og absolut karakter; for de kompetente nationale myndigheder indebærer den uden videre et forbud mod anvendelse af en national bestemmelse, der er kendt uforenelig med traktaten, og i påkommende tilfælde en forpligtelse til at træffe alle nødvendige dispositioner til at lette den fulde virkeliggørelse af fællesskabsretten. Fællesskabsrettens regler skal finde anvendelse i fuldt omfang, på samme tid og med samme virkninger på hele Fællesskabets område. De skal indtage absolut forrang i forhold til medlemsstaternes nationale ret, selv om det drejer sig om en senere lovgivningsforanstaltning; staterne kan ikke påberåbe sig afvigelser fra fællesskabsretten, der fremgår af deres lovgivende eller dømmende system, selv om det drejer sig om bestemmelser i forfatningen eller hidrørende fra et forfatningsorgan. Fællesskabsretten har umiddelbar virkning og er som sådan egnet til at tillægge private rettigheder, som de nationale retter har pligt til at beskytte.

I betragtning af de i Domstolens praksis opstillede principper ville den i Italien af forfatningsdomstolen fastslåede løsning indebære meget alvorlige ulemper.

I bedste fald vil den retfærdiggøre anvendelsen af nationale love, der er uforenelige med fællesskabsretten, i tiden indtil forfatningsdomstolen træffer en afgørelse, der fastslår den forfatningsstridige karakter af disse love.

Desuden vil erklæringen om de italienske loves forfatningsstridighed kun delvis have tilbagevirkende kraft: dens virkninger vil svigte over for de retsforhold, der kan kaldes »udtømte«, dvs. sådanne, som fremstår som endeligt og uigenkaldeligt afsluttede i medfør af

retsakter eller begivenheder, som bevirker en absolut udelukkelse af enhver ændring med hensyn til dem (retskraft, forældelse, præklusion, administrative akter, som ikke mere kan påklages og almindelige kontrakter, der er materielt vigtige); den bestemmelse, der efter faktisk at have eksisteret i retsordenen erklæres for forfatningsstridig, kan have frembragt uafvendelige virkninger. Derfor kan forfatningsdomstolens indgriben ikke i alle tilfælde give sig udtryk i en fuldstændig genoprettelse af den individuelle ret for private, der er affødt af fællesskabsbestemmelsen.

Eftersom alene den italienske lov finder anvendelse i tiden indtil erklæringen om forfatningsstridighed, kan den ordinære ret desuden ikke gøre brug af den i EØF-traktatens artikel 177 indeholdte procedure.

Disse kendsgerninger gælder ligeledes for de »reproduktive« love, som ved tilsidesættelse af fællesskabsforordningernes karakter af at være direkte og øjeblikkeligt anvendelige helt eller delvis gentager deres bestemmelser.

Den af forfatningsdomstolen pålagte løsning vil have særdeles alvorlige virkninger for privates retsbeskyttelse: disse kan ikke opnå en fuld og direkte beskyttelse af de rettigheder, som de er tillagt ifølge fællesskabsbestemmelserne, før en eventuelt gunstig dom fra forfatningsdomstolen; et tungt og kompliceret system vil hindre dem i at indlede retslige skridt; den offentlige administration vil ikke føle sig tilskyndet til en nøjagtig og integreret anvendelse af fællesskabsretten på italienske erhvervsdrivende eller på andre medlemsstaters statsborgere.

Følgelig vil en række principper være underkendt, herunder princippet om forrang for fællesskabsretten, idet denne må stå tilbage for en senere national lov, princippet om dens fulde og ensartede anvendelighed, idet virkningerne af den i hvert fald midlertidigt vil være

midlertidigt sat ud af kraft i en medlemsstat, og princippet om dens umiddelbare virkning, idet private ikke kan nyde godt af deres rettigheder i henhold til fællesskabsbestemmelserne, og de nationale retter ikke kan beskytte disse rettigheder.

Forfatningsdomstolen har selv erkendt disse ulemper: idet den fandt, at den ikke selv kunne eliminere dem, sendte den en tydelig opfordring til den italienske lovgivningsmagt om at handle således, at de bestemmelser, der er uforenelige med fællesskabsretten, ophæves, og at denne rets fulde anvendelse ikke skades for fremtiden.

En løsning i overensstemmelse med de af Domstolen opstillede principper er imidlertid mulig: ligesom i de andre medlemsstater er det nok at anerkende, at den ordinære ret har beføjelse til ikke at anvende de nationale bestemmelser, der er uforenelige med fællesskabsretten.

Den italienske regering sætter spørgsmålstegn ved relevansen af de forelagte præjudicielle spørgsmål og dermed ved anvendeligheden af EØF-traktatens artikel 177 i det foreliggende tilfælde: den henvisende ret synes selv at indrømme, at den ikke er kompetent til at påkende det krav, som skiller parterne i hovedsagen; under disse omstændigheder kan løsningen af de Domstolen forelagte spørgsmål ikke betragtes som »nødvendig« for afgørelsen om sagens realitet.

I hvert fald har de samme spørgsmål allerede været forelagt Domstolen. I Domstolens dom af 3. februar 1977 (sag 52/76, Benedetti; Sml. s. 163) har denne således efter at have konstateret, at det ikke tilkommer den i medfør af artikel 177 at afgøre spørgsmål i national ret, udtalt, at »en dom i en præjudiciel sag har til formål at afgøre et retsspørgsmål og binder den nationale ret med hensyn til fortolkning af de pågældende fællesskabsbestemmelser og — retsakter«; dette princip udgør den første betingelse

men også grænsen for den relevans, som inden for rammerne af Fællesskabets retsorden kan tillægges de spørgsmål, der er henvist til Domstolen i nærværende sag.

Når den nationale ret dømmer i en tvist, kan den helt klart ikke anvende regler i national ret, som den finder stridende mod eller uforenelige med fællesskabsretten, især ikke når Domstolens forudgående fortolkning af fællesskabsretten ikke muliggør nogen tvivl om den senere nationale bestemmelses uforenelighed hermed. Effektiviteteten af de umiddelbart anvendelige fællesskabsbestemmelser, som tildeler private rettigheder, som retterne er forpligtede til at beskytte, kan klart ikke længere skades eller modarbejdes af modstridende bestemmelser i national ret.

Hvad imidlertid angår garantien for, at den modstridende bestemmelse i national ret ikke anvendes, når det drejer sig om et spørgsmål om national ret, kan den konkrete løsning kun afhænge af medlemsstaternes forskellige forfatningssystemer; en eventuel modsætning mellem en national bestemmelse og en fællesskabsbestemmelse må elimineres ad de veje, som findes i de enkelte nationale retsordner.

En sådan modstrid kan for øvrigt kun vedrøre nationale regler, der er senere end fællesskabsbestemmelserne: tidligere nationale regler, der er i strid med fællesskabsretten, ophæves implicit af den modstridende fællesskabsret, der er vedtaget efterfølgende. Hvad angår senere nationale bestemmelser, kan en eventuel modstrid i praksis løses ved anvendelse af fortolkningskriteriet vedrørende fællesskabsreglens specialitet, *ratione materiae*. I tilfælde, hvor en eventuel modstrid mellem reglerne ikke kan løses eller udjævnes på denne måde, drejer det sig om at garantere fællesskabsrettens forrang; denne garanti kan kun sikres ved de midler, som de forskellige medlemsstaters forfatningssystemer frembyder.

Forfatningsdomstolen har i sin dom nr. 232 af 1975 stadfæstet, at den italienske retsorden ikke tillader retten »ikke at anvende« retsreglen; dette kriterium er i overensstemmelse med magtadskillelærelæren.

For at en lovbestemmelse ikke skal kunne anvendes skal den, selv om den er i strid med principper, der er opstillet i forfatningen, ophæves eller erklæres stridende mod forfatningen af det kompetente forfatningsorgan. Dette retsmiddel forekommer effektivt og passende også til at eliminere og ophæve eventuelle modsætninger mellem nationale retsregler og fællesskabsretten, eftersom den italienske forfatningsdomstol i dom nr. 183 af 1973 har erkendt, at de nationale retsregler, som gengiver fællesskabsbestemmelser, og som strider mod eller er uforenelige med fællesskabsretten, er forfatningsstridige.

Den omstændighed, at den nationale regel, der er erklæret forfatningsstridig, fordi den er i strid med fællesskabsreglen, »ophører med at være i kraft på dagen for erklæringens offentliggørelse«, kan ikke udgøre en hindring for beskyttelsen af de rettigheder, som tilkommer private ifølge fællesskabsreglerne: dette kriterium forhindrer ikke private i at gøre fællesskabsreglernes umiddelbare anvendelighed gældende; erklæringen om forfatningsstridighed gør det også muligt for den, som ikke tidligere har haft det til opgave, at beskytte de rettigheder, der affødes af fællesskabsretten, idet de eneste begrænsninger, der finder anvendelse på dette område, er forældelse og præklusion, hvorom Domstolen inden for Fællesskabets retsorden udtrykkeligt har erklæret, at der kan rejses indsigelse herom.

Erklæringen om en retsregels forfatningsstridighed har faktisk tilbagevirkende kraft, således at reglen rammes fra dens vedtagelse og elimineres af retsordenen »ex tunc«, dvs. fra det øjeblik,

hvor den trådte i kraft, hvis det drejer sig om en regel, der er senere end forfatningen, eller med virkning fra forfatningens ikrafttræden, hvis det drejer sig om tidligere regel.

Den af den italienske retsorden tilbudte løsning frembyder betydelige fordele på grund af den heraf følgende større garanti for fællesskabsrettens ensartede anvendelse.

At tildele en ret beføjelse til ikke at anerkende den nationale retsregel, der er uforenelig med fællesskabsretten, vil være det samme som kun at garantere anvendelsen af fællesskabsreglen i det konkrete enkelttilfælde, der er forelagt retten, og kun vedrørende beskyttelsen af den velafgrænsede ret, der er gjort gældende i denne anledning; den nationale regel forbliver imidlertid i kraft og er faktisk den eneste, der finder anvendelse, når en mulig krænkelse af de rettigheder, som private er udstyret med af fællesskabsreglerne, ikke påberåbes ved retten. Hver gang den nationale regels modstrid med fællesskabsretten ikke er erkendt af den nationale lovgiver, må man derfor sikre sig dette ved hjælp af den komplicerede fremgangsmåde i EØF-traktatens artikel 169, hvis eneste resultat er, at den pågældende stat bliver opmærksom på nødvendigheden af at ændre den nationale retsregel, der er i strid med fællesskabsretten.

Erklæringen om lovbestemmelsens forfatningsstridighed er afgjort mere effektiv og væsentligere: den kan garantere respekten for fællesskabsretten over for alle i det konkrete tilfælde og derfor i større udstrækning, end den enkelte rets erklæring om ikke-anvendelse kan gøre det.

En national retlig bestemmelses uforenelighed med fællesskabsreglerne kan, selv om fællesskabsreglen allerede er fortolket af Domstolen, vise sig at være diskutabel, fordi vurderingen af og den eventuelle kontrol med den nationale retsregel ikke falder ind under Domsto-

lens kompetence vedrørende præjudiciel fortolkning; at anerkende i dette tilfælde, at enhver national ret har beføjelse til ikke at anvende en bestemmelse i national ret, vil være det samme som at knytte respekten for fællesskabsretten til foranderlige og tilfældige vurderinger hos de enkelte nationale retter i de forskellige instanser, uden at der eksisterer nogen garanti for den ensartede og effektive anvendelse af fællesskabsretten.

Derimod er det forhold, at der afsiges en erklæring om forfatningsstridighed, en klar afgørelse, som alene er egnet til at udelukke den modstridende bestemmelse i intern ret fra den nationale lovgivning på en så definitiv måde, at selv den øverste retsinstans' erklæring om »ikke-anvendelse« ikke kan føre til det samme resultat.

Disse betragtninger gælder for de tilfælde, hvor den relevante fortolkning af fællesskabsreglen fører til, at den nationale ret tildeles opgaven med at efterprøve, om den nationale retsregel kan have konsekvenser, der er uforenelige med fællesskabsretten; de er endnu mere indlysende i de tilfælde, hvor den af Domstolen afsagte dom vedrørende visse nationale reglers mulige forenelighed med fællesskabsretten anvender begreber som »rimelighed« og »forholdsmæssighed«. I sådanne tilfælde at anerkende, at retten er beføjet til at træffe beslutning om anvendelse eller ikke-anvendelse af national ret, vil være det samme som at overlade afgørelsen til subjektive, foranderlige og individuelle vurderinger. Retssikkerhedsprincippet sættes på spil; den nationale retsregel vil blive betraget som forenelig eller uforenelig med fællesskabsreglen på grundlag af hver enkelt rets bedømmelse af de mulige konsekvenser af den nationale retsregel og af rimeligheden og forholdsmæssigheden af disse konsekvenser; det vil være nødvendigt — og initiativet hertil vil ligge hos parterne — at føre sagen til afgørelse for den højeste retsinstans; for at beskytte de

rettigheder, som private er udstyret med, kræver denne løsning i hvert enkelt tilfælde, at sagen indbringes for en dømmende myndighed.

Den slags ulemper og især den betydelige tid, der er nødvendig for endeligt at udelukke anvendelsen af en national retsregel, der er uforenelig med fællesskabsretten, undgås i de retsordener, der, som det er tilfældet med den italienske, ikke tillader retten at undlade at anvende loven. I sådanne tilfælde, som kræver en forudgående vurdering af selve forfatningsmæssigheden af den nationalretlige regel, fører bedømmelsen af dens forenelighed med fællesskabsretten og af dens rimelighed og forholdsmæssighed, der er forbeholdt nationale retter og undergivet betingelser, der er fastsat ved fællesskabsregler, som disse fortolkes af Domstolen, til en ensartet vurdering, der er bindende for alle og på afgørende vis bidrager til at garantere en ensartet anvendelse af fællesskabsretten.

Domstolen bør derfor kende for ret, at den nationale ret ikke kan anvende nationale retsregler, der er i strid med fællesskabsretten, og at fjernelsen af denne modstrid skal ske ved de midler og efter den procedure, som den nationale retsorden fastsætter.

Kommissionen minder om, at for så vidt angår konflikter mellem national lov og fællesskabsret er de alvorligste problemer opstået i Italien på grund af de utallige love, der gentager fællesskabsregler med umiddelbar virkning. Skønt de er kritisable på et teknisk plan, gengiver størsteparten af disse love kun fællesskabsreglerne med det formål at indføre lovlige gennemførelsesforanstaltninger; de kan og skal følgelig fortolkes således, at de ikke er til hinder for princippet om den umiddelbare anvendelighed. Retten skal først og fremmest stræbe efter den fortolkningsmetode, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten; sådan er normalsituationen i en stat, som anvender princippet

»pacta sunt servanda«, og som desuden har påtaget sig de forpligtelser, der fremgår af traktaten og i særdeleshed af dennes artikel 5.

Italiensk doktrin og retspraksis har ikke haft svært ved at anerkende, at fællesskabsret med umiddelbar virkning går forud for tidligere modstridende national lov.

Med henblik på efterfølgende modstridende national lov udtalte den italienske forfatningsdomstol i dom nr. 14 af 7. marts 1974, at EØF-traktaten, der i Italien er sat i kraft ved en almindelig lov, ikke her er trindhøjere end denne lov; følgelig må man stillet over for en senere lov, der er uforenelig med traktaten, anvende det princip, hvorefter »en senere lov ophæver en foregående«. Og den eneste hjælp mod denne krænkelse af folkeretten består i en ny indgriben fra lovgivningsmagten. Siden har forfatningsdomstolens praksis ændret sig; herom vidner især dom nr. 183 af 1973 og helt specielt dom nr. 232 af 1975. Efter denne sidste rammes en senere national lovs krænkelse af fællesskabsret med umiddelbar virkning af en særdeles alvorlig sanktion i national ret, nemlig erklæringen om forfatningsstridighed fra forfatningsdomstolen, der får forelagt spørgsmålet af retten i hovedsagen.

Denne udtrykkelige anerkendelse af fællesskabsrettens forrang må imidlertid tåle en begrænsning: den ret, der behandler et søgsmål med dette indhold, er ikke selv beføjet til at udelukke den senere lov, der er uforenelig med fællesskabsregelen; den skal først forelægge sagen for forfatningsdomstolen og afvente, at denne erklærer loven forfatningsstridig.

I forhold til den tidligere tilstand markerer denne praksis et betydningsfuldt fremskridt. Erklæringen om forfatningsstridighed er bindende ikke blot for den ret, som har forelagt spørgsmålet for forfatningsdomstolen, og

gælder dermed ikke blot mellem parterne i den pådømte sag; den er bindende for alle retter og har gyldighed over for alle. Med henblik på fristerne kan en indgriben fra den eneste ret, der beskæftiger sig med forfatningsmæssigheden, på et fremskredent tidspunkt betyde en fordel. Forfatningens artikel 136, hvorefter en lovbestemmelse, der er forfatningsstridig, ophører med at have virkning fra dagen efter dommens offentliggørelse, fortolkes på den måde, at den underkendte bestemmelse efter denne dato skal anses for ikke længere at udgøre en del af det gældende lovgivningssystem; retten er altså forpligtet til ikke længere at anvende den på fortidige handlinger, hvilket svarer til ugyldighed *ex tunc*; det eneste, der ikke kan tages op til fornyet prøvelse, er de kendsgerninger, der er endeligt reguleret i nævnte lovs gyldighedsperiode.

Det står imidlertid fast, at forbudet mod rettens anvendelse af fællesskabsreglen, så længe den modstridende senere lov ikke er elimineret af forfatningsdomstolen, ikke er foreneligt med det i fællesskabets retsorden væsentlige princip om fællesskabsrettens forrang.

Dette princip om fællesskabsrettens forrang udspringer ikke af de forskellige nationale forfatninger, med den oplagte risiko for forskellige løsninger alt efter disse forfatningers indhold, men af selve fællesskabsretten. Princippet om forrangen og om den umiddelbare virkning indebærer, at der ikke kan rejses indsigelse mod fællesskabsretten alene på grundlag af de modstridende nationale love, uden at det er nødvendigt at afvente deres ophævelse ved lovgiveren eller ved en forfatningsdomstol.

En lov, der er i strid med fællesskabsretten, er ugyldig i forhold til denne; den udgør ikke en hindring, som det er strengt nødvendigt først at eliminere ved ophævelse eller ved erklæring om forfatningsstridighed.

Som noget uacceptabelt på det principielle plan fører, på det praktiske plan, forbudet mod rettens anvendelse af fællesskabsretten inden erklæringen om forfatningsstridigheden til unødvendigt at forsinke proceduren i alle de tilfælde, hvor den nationale lovs uforenelighed med fællesskabsretten forekommer tilstrækkeligt klart. Det tilkommer Domstolen at fortolke fællesskabsreglen; når denne har udtalt sig i medfør af artikel 177, drejer det eneste spillerum, der er overladt til de nationale myndigheders vurdering, sig om undersøgelsen af den nationale lov med henblik på at efterprøve dens overensstemmelse med den således fortolkede fællesskabsregel. Dette spillerum er som regel meget begrænset; det indskrænker sig til ingenting, når Domstolen allerede har konstateret krænkelse af fællesskabsreglen i medfør af artikel 169. Under disse omstændigheder er den lange udsættelse af processen i afventning af dommen fra forfatningsdomstolen ikke retfærdiggjort af nogen fordel med hensyn til retssikkerhed. Eftersom erklæringen om forfatningsstridighed i praksis følger automatisk, er i øvrigt selve forfatningsdomstolens rolle begrænset.

Den nye måde, der er åbnet i Italien til eliminering af nationale love, der er uforenelige med fællesskabsretten, består i en erklæring om forfatningsstridighed og kan udgøre en styrkelse af nævnte ret og vise sig nyttig i vanskelige sager, der kan give anledning til lange og mangfoldige procedure; men den kan ikke ved at blive obligatorisk træde i stedet for den direkte vej, som retten i hovedsagen skal følge i alle andre tilfælde, og som består i anvendelsen af fællesskabsreglen i stedet for den modstridende nationale regel. Spørgsmålet, om denne konkurrence mellem løsninger er tilstedelig efter det italienske forfatningssystem, er uvedkommende for nævrende sag.

Hvad angår det andet spørgsmål, der er forelagt Domstolen, er det klart, at selv

om man antager, at retten for at kunne anvende fællesskabsretten med umiddelbar virkning er tvunget til at afvente ophævelsen af den modstridende lov, må denne ophævelse have tilbagevirkende kraft til den dato, hvorpå fællesskabsreglen trådte i kraft; i modsat fald kan krænkelse af de individuelle rettigheder, der begrundes i denne regel, ikke genoprettes.

Kravet om tilbagevirkende kraft kan imidlertid ikke være absolut; det må forliges med det fundamentale retssikkerhedsprincip, som retfærdiggør fastsættelsen af frister for forældelse og præklusion, samt forbudet mod genoptagelse af domme, der har erhvervet retskraft.

De spørgsmål, der er forelagt af Pretura di Susa, kan besvares på følgende måde:

Fællesskabsbestemmelser med umiddelbar virkning kan ikke påvirkes af modstridende nationale lovbestemmelser, hvad enten disse er tidligere eller senere. Den omstændighed, at lovgiver kan ophæve den modstridende lov, eller at en forfatningsdomstol kan erklære den forfatningsstridig, kan ikke, selv om den kan bidrage til at sikre overholdelsen af fællesskabsretten, berøve retten beføjelsen til at anvende fællesskabsbestemmelser med umiddelbar virkning, uanset forekomsten af sådanne lovbestemmelser.

Beskyttelsen af individuelle rettigheder, der udspringer af fællesskabsbestemmelser med umiddelbar virkning, skal sikres allerede fra disse bestemmelsers ikrafttræden. Uanset hvilket middel, der anvendes for at bringe anvendelsen af nationale love, der er uforenelige med fællesskabsbestemmelserne til ophør, skal retten sikre overholdelsen af disse sidste straks fra deres ikrafttræden og altså også for fortiden, alene med forbehold af virkningerne af forældelse, præklusion eller retskraft.

III — Mundtlige forhandlinger

Firma Simmenthal, sagsøger i hovedsagen, repræsenteret af advokat Emilio Cappelli, Rom, regeringen for Den italienske Republik, repræsenteret af Atturo Marzano, avvocato dello Stato, og Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, repræsenteret af Giancarlo Olmi, assisterende generaldirektør ved den juridiske tjeneste, har afgivet mundtlige indlæg og svaret på de af Domstolen stillede spørgsmål i retsmødet den 26. januar 1978.

Regeringen for Den italienske Republik har insisteret på, at de spørgsmål, der er forelagt af Pretura di Susa, har mistet enhver relevans i løbet af sagen, eftersom lov nr. 889 af 14. november

1977 (GU 337 af 12. 12. 1977) bestemmer, at »afgifterne for sundhedskontrol i henhold til den tabel, der er vedføjet lov nr. 1239, ikke skyldes for produkter, der er underlagt den fælles landbrugsordning«, og eftersom forfatningsdomstolen i dom nr. 163 af 29. december 1977 har erklæret den eneste artikel i lov nr. 1239 samt den dertil føjede tabel over afgifterne vedrørende sundhedskontrollen ved indførsel til Italien af slagtedyr, kød, produkter og skind af animalsk oprindelse for forfatningsstridige.

Generaladvokaten har fremsat sit forslag til afgørelse i retsmødet den 16. februar 1978.

Præmisser

- 1 Ved kendelse af 28. juli 1977, indgået på Domstolens justitskontor den 29. august samme år, har Pretura di Susa i medfør af EØF-traktatens artikel 177 stillet to præjudicielle spørgsmål angående det i traktatens artikel 189 omhandlede princip om fællesskabsrettens direkte virkning med henblik på at fastslå følgerne af dette princip for en uoverensstemmelse mellem en fællesskabsregel og en senere bestemmelse i national ret.
- 2 Det skal anføres, at Pretura på et tidligere tidspunkt af sagen forelagde Domstolen nogle præjudicielle spørgsmål med henblik på at kunne bedømme, om der var overensstemmelse mellem på den ene side traktaten og visse forordningsbestemmelser — især Rådets forordning nr. 105/68 af 27. juni 1968 om den fælless markedsordning for oksekød (EFT 1968, s. 179; org.ref. JO L 148, s. 24) — og på den anden side bestemte sundhedsafgifter, som opkræves ved indførsel af oksekød i medfør af »den fælles tekst« i de italienske sundhedslove, og som sidst er fastsat i den tabel, der er bilag til lov nr. 1239 af 30. december 1970 (GU 26 af 1. 2. 1971);
- 3 som følge af de svar, Domstolen afgav i sin dom 35/76 af 15. december 1976 (Sml. s. 1871), statuerede Pretura, at opkrævning af de pågældende afgifter var uforenelig med fællesskabsrettens bestemmelser, og pålagde det

italienske finansministerium at tilbagebetale de med urette opkrævede afgifter med renter;

- 4 finansministeriet rejste indsigelse mod dette pålæg;
- 5 under hensyn til parternes indlæg under den sag, der fulgte efter nævnte indsigelse, fastslog Pretura, at der forelå et spørgsmål om modstrid mellem visse fællesskabsregler og en senere national lov, dvs. lov nr. 1239/70;
- 6 Pretura anførte, at besvarelsen af et sådant spørgsmål ifølge den italienske forfatningsdomstols seneste praksis (domme nr. 232/75 og 205/76, kendelse nr. 206/76) kræver, at forfatningsdomstolen selv får forelagt spørgsmålet om forfatningsstridigheden af den lov, der anfægtes under henvisning til forfatningens artikel 11:
 - 7 dels på grund af Domstolens faste praksis vedrørende fællesskabsrettens anvendelighed i medlemsstaternes retsorden, dels på grund af ulemperne ved, at retten skal forelægge et spørgsmål om forfatningsmæssighed i stedet for af egen drift at kende en lov, der udgør en hindring for fællesskabsrettens fulde virkning, uanvendelig, forelagde Pretura Domstolen to spørgsmål, der er affattet således:
 - a) Når henses til, at de fællesskabsregler, der gælder umiddelbart, ganske uanset lovregler eller retspraksis i medlemsstaterne — i henhold til EØF-traktatens artikel 189 og til den faste praksis ved De europæiske Fællesskabers Domstol — skal have fuldstændig og ensartet virkning i disse staters retsordener, også med henblik på sikring af individuelle rettigheder for private, må det da ikke antages, at fællesskabsreglerne skal forstås således, at eventuelle senere nationale lovbestemmelser, der er i strid hermed, uden videre bliver uvirksomme, uden at det er nødvendigt at afvente, at den nationale lovgiver (ved formel lov) eller andre forfatningsorganer (erklæring om forfatningsstridighed) ophæver dem, navnlig hvis det med hensyn til denne anden mulighed antages, at fællesskabsretten, eftersom den nationale lov forbliver fuldt ud gyldig, indtil nævnte erklæring afgives, ikke kan få virkning og den fuldstændige og ensartede anvendelse derfor ikke kan sikres, ligesom individuelle rettigheder for private ikke er beskyttet?
 - b) I forbindelse med det foregående spørgsmål: hvis fællesskabsretten tillader, at beskyttelsen af de individuelle rettigheder, som affødes af fællesskabsregler, der »gælder umiddelbart«, kan udskydes til tidspunktet for de kompetente nationale organers faktiske ophævelse af eventuelle modstridende nationale foranstaltninger, skal ophævelsen da under alle

omstændigheder have fuld tilbagevirkende gyldighed, således at de individuelle rettigheder ikke på nogen måde begrænses?

Vedrørende sagens indbringelse for Domstolen

- 8 Den italienske regerings befuldmægtigede har i sine mundtlige indlæg henledt Domstolens opmærksomhed på en dom fra forfatningsdomstolen, nr. 163/77 af 22. december 1977, der er afsagt på foranledning af nogle spørgsmål om forfatningsmæssighed fra retterne i Milano og Rom, og hvori visse bestemmelser i lov nr. 1239 af 30. december 1970 erklæres for forfatningsstridige, herunder dem, som er af betydning for den tvist, der verserer for Pretura di Susa;
- 9 eftersom de omstridte bestemmelser er bortfaldet som følge af erklæringen om forfatningsstridighed, har de af Pretura forelagte spørgsmål ifølge den italienske regering mistet deres betydning, således at der ikke længere er grund til at besvare dem.
- 10 I så henseende skal det bemærkes, at Domstolen ifølge fast praksis betragter en anmodning om præjudiciel afgørelse i medfør af artikel 177 som forelagt, så længe anmodningen ikke er trukket tilbage af den ret, som har indgivet den, eller annulleret efter appel til højere ret;
- 11 en sådan virkning kan ikke udledes af den påberåbte dom, da den er afsagt på grundlag af retsforhandlinger, der er uvedkommende for den tvist, som har givet anledning til forelæggelsen for Domstolen, og da Domstolen ikke kan tage stilling til dens virkning i forhold til tredjemænd;
- 12 den præliminære indsigelse fra den italienske regering må følgelig forkastes.

Vedrørende realiteten

- 13 *Det første spørgsmål* går i det væsentlige ud på at få præciseret, hvad det indebærer, at en fællesskabsretslig bestemmelse er direkte anvendelig, såfremt denne er uforenelig med en senere bestemmelse i en medlemsstats lovgivning.
- 14 Den direkte anvendelighed betyder i denne forbindelse, at fællesskabsrettens regler skal udfolde deres virkninger fuldt ud og ensartet i alle medlemsstater fra deres ikrafttræden og under hele deres gyldighedsperiode;

- 15 disse bestemmelser er således en umiddelbar kilde til rettigheder og forpligtelser for alle, som de vedrører, hvad enten det drejer sig om medlemsstater eller om private, som er parter i de retsforhold, der henhører under fællesskabsretten;
- 16 denne virkning gælder ligeledes for enhver dommer, der inden for sin kompetence har til opgave som organ i en medlemsstat at beskytte rettigheder, som private er udstyret med af fællesskabsretten;
- 17 det fremgår desuden af princippet om fællesskabsrettens forrang, at de bestemmelser i traktaten og retsakter fra institutionerne, som gælder umiddelbart, for medlemsstaternes nationale ret ikke blot, alene i medfør af deres ikrafttræden, bevirker, at enhver modstridende bestemmelse i den eksisterende nationale lovgivning uden videre bliver uanvendelig, men også — for så vidt som disse bestemmelser og retsorden, der gælder på den enkelte medlemsstats område — at nye nationale love ikke gyldigt kan udstedes, i det omfang de måtte være uforenelige med fællesskabsreglerne;
- 18 såfremt det anerkendes, at nationale love, der trænger ind på det område, hvorpå Fællesskabets lovgivningsmagt udøves, eller på anden vis er uforenelige med fællesskabsrettens bestemmelser, skulle have nogen retlig gyldighed, ville der være tale om en benægtelse af, at medlemsstaterne ubetinget og uigenkaldeligt har påtaget sig forpligtelser i medfør af traktaten, og således om at bestride selve grundlaget for Fællesskabet;
- 19 denne opfattelse bekræftes også af opbygningen af traktatens artikel 177, hvorefter enhver national ret har mulighed for at henvende sig til Domstolen, når den skønner, at en præjudiciel afgørelse af et spørgsmål om fortolkning eller gyldighed, der er af betydning for fællesskabsretten, er nødvendig, for at den kan afsige sin dom;
- 20 den tilsigtede virkning af denne bestemmelse ville blive nedsat, hvis retten 15021var forhindret i øjeblikkeligt at anvende fællesskabsretten i overensstemmelse med Domstolens afgørelse eller praksis;
- 21 det fremgår af det anførte, at enhver national ret inden for sin kompetence har pligt til at anvende fællesskabsretten fuldt ud og til at beskytte de rettigheder, som fællesskabsretten tillægger private, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, hvad enten denne er vedtaget før eller efter fællesskabsreglen;

- 22 enhver bestemmelse i en national retsorden eller enhver lovgivningsmæssig, administrativ eller retslig praksis, som har til følge, at fællesskabsrettens virkning begrænses ved, at den dommer, der er kompetent til at anvende fællesskabsretten, frakendes mulighed for, når han anvender denne, at foretage, hvad der kræves for at udelukke nationale lovgivningsbestemmelser, der måtte udgøre en hindring for fællesskabsreglernes fulde virkning, er derfor uforenelig med de krav, der følger af selve fællesskabsrettens natur;
- 23 dette ville være tilfældet, såfremt løsningen af en konflikt mellem en bestemmelse i fællesskabsretten og en senere national lov var forbeholdt en anden myndighed end den dommer, der er udset til at sikre fællesskabsrettens anvendelse, og denne myndighed havde en særlig skønsbeføjelse, endog selv om den hindring, der således ville opstå for fællesskabsrettens fulde virkning, kun var midlertidig;
- 24 det første spørgsmål bør altså besvares således, at den nationale dommer, der inden for sin kompetence har til opgave at anvende fællesskabsrettens bestemmelser, har pligt til at sikre disse reglers fulde virkning, idet han i påkommende tilfælde af egen drift skal undlade at anvende en modstridende — selv nyere — bestemmelse i national lovgivning, uden at han behøver anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af denne bestemmelse ad lovgivningsvejen eller ved noget andet forfatningsmæssigt middel.
- 25 Det *andet spørgsmål* er i det væsentlige følgende: hvis det antages, at beskyttelsen af de rettigheder, som udspringer af fællesskabsreglerne, udskydes til tidspunktet for de kompetente nationale organers faktiske ophævelse af eventuelle modstridende nationale foranstaltninger, skal da denne ophævelse under alle omstændigheder have fuld tilbagevirkende kraft, således at de pågældende rettigheder ikke på nogen måde begrænses?
- 26 Det fremgår af det svar, der er givet på det første spørgsmål, at den nationale dommer har pligt til at sikre beskyttelsen af rettigheder, der er affødt af bestemmelserne i Fællesskabets retsorden, uden at han behøver at anmode om eller afvente de hertil bemyndigede nationale organers faktiske ophævelse af eventuelle nationale foranstaltninger, som måtte udgøre en hindring for den umiddelbare og øjeblikkelige anvendelse af fællesskabsreglerne;
- 27 det andet spørgsmål er derfor uden genstand.

Vedrørende sagsomkostningerne

- 28 De udgifter, der er afholdt af regeringen for Den italienske Republik og af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke godtgøres;
- 29 da retsforhandlingerne i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for Pretura di Susa, tilkommer det denne ret at træffe afgørelse om sagsomkostningerne.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt den af Pretura di Susa ved kendelse af 28. juli 1977, for ret:

Den nationale dommer, der inden for sin kompetence har til opgave at anvende fællesskabsrettens bestemmelser, har pligt til at sikre disse reglers fulde virkning, idet han i påkommende tilfælde af egen drift skal undlade at anvende en modstridende — selv nyere — bestemmelse i den nationale lovgivning, uden at han behøver at anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af denne bestemmelse ad lovgivningsvejen eller ved ethvert andet forfatningsmæssigt middel.

Kutscher	Sørensen	Bosco	
Donner	Pescatore	Mackenzie Stuart	O'Keeffe

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 9. marts 1978.

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident

DOMSTOLENS DOM

19. juni 1990 *

I sag C-213/89,

angående en anmodning, som House of Lords i medfør af EØF-Traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

The Queen

mod

**Secretary of State for Transport,
ex parte: Factortame Ltd m.fl.,**

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten med hensyn til spørgsmålet om, i hvilket omfang de nationale domstole er beføjet til at træffe foreløbige forholdsregler i sager, der drejer sig om rettigheder, som hævdes at bestå i henhold til fællesskabsretten,

har

DOMSTOLEN,

sammensat af præsidenten, O. Due, afdelingsformændene Sir Gordon Slynn, C. N. Kakouris, F. A. Schockweiler og M. Zuleeg, samt dommerne G. F. Mancini, R. Joliet, J. C. Moitinho de Almeida, G. C. Rodríguez Iglesias, F. Grévisse og M. Díez de Velasco,

generaladvokat: G. Tesaurò
justitssekretær: ekspeditionssekretær H. A. Rühl

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

* Processprog: engelsk.

FACTORTAME M.FL.

- Det Forenede Kongeriges regering ved Principal Assistant Treasury Solicitor T. J. G. Pratt som befuldmægtiget, bistået af Solicitor General Sir Nicholas Lyell, QC, Christopher Bellamy, QC, og barrister Christopher Vajda,
- Irlands regering ved Chief State Solicitor Louis J. Dockery som befuldmægtiget, bistået af James O'Reilly, SC,
- Factortame Ltd m. fl. ved David Vaughan, QC, barrister Gerald Barling, barrister David Anderson og solicitor Stephen Swabey, firmaet Thomas Cooper & Stibbard,
- Kommissionen ved juridisk konsulent Götz zur Hausen og Peter Oliver, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der den 5. april 1990 er afgivet mundtlige indlæg af Det Forenede Kongeriges regering, Factortame Ltd m. fl., Rawlings (Trawling) Ltd ved N. Forwood, QC, og af Kommissionen,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 17. maj 1990,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved kendelse af 18. maj 1989, indgået til Domstolen den 10. juli 1989, har House of Lords i medfør af EØF-Traktatens artikel 177 forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten. Spørgsmålene drejer sig om, i hvilket omfang de nationale domstole er beføjede til at træffe foreløbige forholdsregler i sager, der angår rettigheder, som hævdes at bestå i henhold til fællesskabsretten.

- 2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag anlagt mod Secretary of State for Transport af Factortame Ltd og en række andre selskaber, der er stiftet i henhold til Det Forenede Kongeriges lovgivning, samt af bestyrelsesmedlemmer og aktionærer i disse selskaber, hvoraf størstedelen er spanske statsborgere (herefter benævnt »appellanterne i hovedsagen«).

- 3 Det fremgår af oplysningerne i sagen, at de pågældende selskaber er ejere eller forestår driften af 95 fiskerfartøjer, som var optaget i det britiske skibsregister i henhold til Merchant Shipping Act 1894. Af disse fartøjer var 53 oprindeligt registreret i Spanien og sejlede under spansk flag, men de blev på forskellige tidspunkter fra 1980 optaget i det britiske register. De resterende 42 fartøjer har altid været registreret i Det Forenede Kongerige, men blev erhvervet af de pågældende selskaber på forskellige tidspunkter, navnlig fra 1983.

- 4 Lovbestemmelserne om registrering af britiske fiskerfartøjer blev ændret radikalt ved Part II i Merchant Shipping Act 1988 (herefter benævnt »1988-loven«) og Merchant Shipping (Registration of Fishing Vessels) Regulations 1988 (S. I. 1988, nr. 1926) (herefter benævnt »1988-bekendtgørelserne«). Det står fast, at Det Forenede Kongerige ændrede den tidligere lovgivning for at sætte en stopper for den såkaldte »quota hopping«, en praksis som ifølge Det Forenede Kongerige fører til, at dets fiskekvoter bliver »udplyndret« af fartøjer, der sejler under britisk flag, men som ikke har nogen reel tilknytning til Det Forenede Kongerige.

- 5 I henhold til 1988-loven skulle der etableres et nyt register, hvori alle britiske fiskerfartøjer fra da af skulle optages, herunder fartøjer, der allerede var registreret i det gamle, almindelige register i medfør af 1894-loven. Imidlertid kan kun fiskerfartøjer, der opfylder betingelserne i 1988-lovens section 14, optages i det nye register.

6 Ifølge section 14 (1) kan et fiskerfartøj — medmindre Secretary of State for Transport giver dispensation — kun optages i det nye register, hvis:

- »a) fartøjet er britisk ejet,
- b) fartøjet bestyres, og dets drift ledes og kontrolleres fra Det Forenede Kongerige, og
- c) befragteren, bestyreren eller den, der leder driften af fartøjet, er en person eller et selskab, der opfylder nærmere fastsatte betingelser ('a qualified person or company').«

Ifølge section 14 (2) anses et fiskerfartøj for britisk ejet, hvis adkomsten (»the legal title«) til fartøjet udelukkende indehaves af en eller flere personer eller et eller flere selskaber, der opfylder betingelserne, og den egentlige ejendomsret (»the beneficial ownership«) til fartøjet indehaves af et eller flere selskaber, eller — for mindst 75%’s vedkommende — af en eller flere personer, der opfylder betingelserne.¹ Ifølge section 14 (7) forstås ved »qualified person« en person, som er britisk statsborger med bopæl og hjemsted i Det Forenede Kongerige, og ved »qualified company« et selskab, som er stiftet i Det Forenede Kongerige og har sit hovedforretningssted dér, idet mindst 75% af aktierne skal være ejet af en eller flere »qualified persons or companies«, og mindst 75% af bestyrelsesmedlemmerne skal være »qualified persons«.

7 1988-loven og 1988-bekendtgørelserne trådte i kraft den 1. december 1988. I medfør af section 13 i 1988-loven blev gyldigheden af registreringer foretaget i henhold til den tidligere lov dog forlænget i en overgangsperiode indtil den 31. marts 1989.

8 Den 4. august 1989 anlagde Kommissionen sag ved Domstolen i medfør af EØF-Traktatens artikel 169 med påstand om, at det statueredes, at Det Forenede Kongerige havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EØF-Traktatens artikler 7, 52 og 221 ved at opstille nationalitetsbetingelserne i 1988-lovens section 14. Denne sag — sag 246/89 — verserer nu for Domstolen. I et særskilt dokument, som blev indleveret til Domstolens Justitskontor samme dag, fremsatte Kommissionen begæ-

1 — O. a.: Sondringen mellem »legal title« og »beneficial ownership« kendes ikke i dansk ret. I »the law of trusts« er »the legal owner« (the trustee) handlings- og påtalesubjekt i relation til trust-formuen, mens »the beneficial owner« er interessesubjekt.

ring om, at Domstolen pålagde Det Forenede Kongerige at udsætte anvendelsen af nationalitetskravene for så vidt angik statsborgere fra andre medlemsstater og fiskerfartøjer, der indtil den 31. marts 1989 havde drevet fiskeri under britisk flag og med britisk fiskerilicens. Ved kendelse af 10. oktober 1989 [sag 246/89 R (Sml. 1989, s. 3125)] tog Domstolens præsident begæringen til følge. Som følge af denne kendelse udstedte Det Forenede Kongerige en Order in Council, hvorved section 14 i 1988-loven ændredes med virkning fra den 2. november 1989.

- 9 På det tidspunkt, da den sag blev anlagt, som har givet anledning til appelsagen, forholdt det sig således, at appellanternes 95 fiskerfartøjer ikke opfyldte en eller flere af betingelserne for registrering i henhold til section 14 i 1988-loven og således ikke kunne optages i det nye register.
- 10 Eftersom fartøjerne ville blive frataget retten til at drive fiskeri fra den 1. april 1989, anfægtede de pågældende selskaber ved en begæring om domstolsprøvelse, som de indgav til High Court of Justice, Queen's Bench Division, den 16. december 1988, Part II i 1988-loven som værende uforenelig med fællesskabsretten. De fremsatte også begæring om foreløbige forholdsregler, indtil der blev truffet endelig afgørelse vedrørende deres begæring om domstolsprøvelse.
- 11 Den 10. marts 1989 afsagde Divisional Court of the Queen's Bench Division kendelse, hvori den: i) besluttede at udsætte sagen og anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse i medfør af EØF-Traktatens artikel 177 vedrørende de fællesskabsretlige spørgsmål, der var rejst under sagen, og ii) som en foreløbig forholdsregel bestemte, at Part II i 1988-loven samt 1988-bekendtgørelserne ikke skulle anvendes over for sagsøgerne.
- 12 Den 13. marts 1989 kærede Secretary of State for Transport Divisional Court's kendelse om foreløbige forholdsregler til Court of Appeal. I sin afgørelse af 22. marts 1989 udtalte Court of Appeal, at domstolene efter national ret ikke var beføjet til at udsætte anvendelsen af love ved en foreløbig forholdsregel. Den ophævede derfor Divisional Court's kendelse.

- 13 Sagen blev herefter indbragt for House of Lords, som afsagde kendelse den 18. maj 1989. Heri fastslog House of Lords for det første, at der måtte gives appellanterne medhold i deres påstand om, at de ville lide uoprettelig skade, hvis den begærede foreløbige forholdsregel ikke blev truffet, og de fik medhold i hovedsagen. House of Lords udtalte imidlertid, at de engelske domstole ikke efter national ret havde beføjelse til at træffe foreløbige forholdsregler i en sag som den foreliggende. Specielt anførte House of Lords, at det var udelukket at træffe sådanne forholdsregler på grund af den gamle regel i common law om, at der ikke kan træffes foreløbige forholdsregler over for Kronen, det vil sige over for regeringen, sammenholdt med formodningen om, at en lov vedtaget af Parlamentet er i overensstemmelse med fællesskabsretten, så længe der ikke er truffet afgørelse om dens forenelighed med denne.
- 14 House of Lords rejste derefter spørgsmålet om, hvorvidt engelske domstole på trods af denne nationale retsregel var beføjet til at træffe foreløbige forholdsregler over for Kronen i medfør af fællesskabsretten.
- 15 Da House of Lords fandt, at tvisten rejste et spørgsmål om fortolkningen af fællesskabsretten, besluttede det i medfør af EØF-Traktatens artikel 177 at udsætte sagen, indtil Domstolen har truffet præjudiciel afgørelse vedrørende følgende spørgsmål:

»1) Når

- i) en part for en national domstol gør krav på rettigheder i henhold til fællesskabsretten, der har direkte virkning i national ret ('de rettigheder, der gøres krav på'),
- ii) en utvetydig national retsregel automatisk vil berøve denne part de rettigheder, der gøres krav på, hvis den bringes i anvendelse,

- iii) der er vægtige argumenter både for og imod eksistensen af de rettigheder, der gøres krav på, og den nationale domstol har anmodet om en præjudiciel afgørelse i medfør af artikel 177 af spørgsmålet om, hvorvidt disse rettigheder består,
 - iv) det efter national ret forudsættes, at den pågældende nationale retsregel er forenelig med fællesskabsretten, medmindre og indtil den erklæres uforenelig hermed,
 - v) den nationale domstol ikke er beføjet til foreløbigt at beskytte de rettigheder, der gøres krav på, ved at udsætte anvendelsen af den nationale retsregel på afgørelsen af den præjudicielle forelæggelse,
 - vi) det er sandsynligt, at den part, der gør krav på disse rettigheder, vil have lidt uoprettelig skade, hvis den præjudicielle afgørelse senere giver ham medhold, og der ikke er ydet en sådan foreløbig beskyttelse,
- a) forpligter fællesskabsretten da den nationale domstol til at indrømme en foreløbig beskyttelse af de rettigheder, der gøres krav på, eller
 - b) giver fællesskabsretten da den nationale domstol beføjelse til at indrømme en sådan foreløbig beskyttelse af de rettigheder, der gøres krav på?
- 2) Hvis spørgsmål 1 a) besvares benægtende og spørgsmål 1 b) bekræftende, hvilke kriterier skal da anvendes ved afgørelsen af, hvorvidt der skal indrømmes en sådan foreløbig beskyttelse af de rettigheder, der gøres krav på?«

¹⁶ For en nærmere redegørelse for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, retsforhandlingernes forløb og de indlæg, der er indgivet til Domstolen, henvises til retsmøderapporten. Disse omstændigheder omtales derfor kun i det følgende, såfremt det på de enkelte punkter er nødvendigt for forståelsen af Domstolens argumentation.

- 17 Det fremgår af oplysningerne i sagen og navnlig af forelæggelseskendelsen og sagens forløb ved de nationale domstole, som der er redegjort for ovenfor, at House of Lords i det væsentlige ønsker oplyst, om en national retsinstans, som i en sag vedrørende fællesskabsretten finder, at det eneste, der er til hinder for, at den træffer foreløbige forholdsregler, er en national retsregel, skal tilsidesætte denne retsregel.
- 18 Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål bemærkes, at Domstolen i dommen af 9. marts 1978, Simmenthal (sag 106/77, Sml. s. 629), udtalte, at direkte anvendelige fællesskabsregler »skal udfolde deres virkninger fuldt ud og ensartet i alle medlemsstater fra deres ikrafttræden og under hele deres gyldighedsperiode« (præmis 14), og at det fremgår »af princippet om fællesskabsrettens forrang, at de bestemmelser i Traktaten og retsakter fra institutionerne, som gælder umiddelbart, for medlemsstaternes nationale ret ... alene i medfør af deres ikrafttræden bevirker, at enhver modstridende bestemmelse i den eksisterende nationale lovgivning uden videre bliver uanvendelig« (præmis 17).
- 19 Ifølge Domstolens praksis er det i medfør af det i Traktatens artikel 5 angivne princip om samarbejde medlemsstaternes nationale retter, der skal sikre de retsundergivne den retsbeskyttelse, som følger af fællesskabsrettens direkte virkning (jfr. senest dommene af 10. juli 1980, Ariete, sag 811/79, Sml. s. 2545, og Mireco, sag 826/79, Sml. s. 2559).
- 20 Domstolen har ligeledes statueret, at enhver bestemmelse i en national retsorden eller enhver lovgivningsmæssig, administrativ eller retslig praksis, som har til følge, at fællesskabsrettens virkning begrænses ved, at den dommer, der er kompetent til at anvende fællesskabsretten, frakendes mulighed for, når han anvender denne, at foretage, hvad der kræves for at udelukke nationale lovgivningsbestemmelser, der måtte udgøre en hindring — selv om den kun var midlertidig — for fællesskabsreglernes fulde virkning, derfor er uforenelig med de krav, der følger af selve fællesskabsrettens natur (dom af 9. marts 1978, Simmenthal, jfr. ovenfor, præmisserne 22 og 23).

- 21 Det må tilføjes, at fællesskabsrettens fulde virkning ville blive begrænset lige så meget, hvis en national retsregel kunne forhindre en ret, der har fået forelagt en tvist, som skal afgøres efter fællesskabsretten, i at træffe foreløbige forholdsregler med henblik på at sikre den fulde virkning af den retsafgørelse, der skal træffes om eksistensen af de rettigheder, der gøres krav på efter fællesskabsretten. Heraf følger, at en retsinstans, som under disse omstændigheder ville have truffet foreløbige forholdsregler, hvis den ikke var kommet i konflikt med en national retsregel, er forpligtet til at tilsidesætte denne regel.
- 22 Denne fortolkning underbygges af den ordning, der er indført ved EØF-Traktatens artikel 177, hvis effektive virkning ville blive svækket, hvis en national retsinstans, som udsætter sagen på Domstolens besvarelse af dens præjudicielle spørgsmål, ikke kunne træffe foreløbige forholdsregler i den tid, der går, indtil den afsiger dom, efter at Domstolen har besvaret spørgsmålet.
- 23 Følgelig må det forelagte spørgsmål besvares med, at fællesskabsretten skal fortolkes således, at en national retsinstans, som i en sag vedrørende fællesskabsretten finder, at det eneste, der er til hinder for, at den træffer foreløbige forholdsregler, er en national retsregel, skal tilsidesætte denne regel.

Sagens omkostninger

- 24 De udgifter, der er afholdt af Det Forenede Kongeriges regering, Irlands regering og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke godtgøres. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale domstol, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende det spørgsmål, som House of Lords har forelagt ved kendelse af 18. maj 1989, for ret:

FACTORTAME M.FL.

Fællesskabsretten skal fortolkes således, at en national retsinstans, som i en sag vedrørende fællesskabsretten finder, at det eneste, der er til hinder for, at den træffer foreløbige forholdsregler, er en national retsregel, skal tilsidesætte denne regel.

Due	Slynn	Kakouris	Schockweiler	Zuleeg
	Mancini	Joliet	Moitinho de Almeida	
Rodríguez Iglesias		Grévisse		Díez de Velasco

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 19. juni 1990.

J.-G. Giraud
Justitssekretær

O. Due
Præsident

DOM AF 4. 6. 1992 — FORENEDE SAGER C-13/91 OG C-113/91

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

4. juni 1992 *

I de forenede sager C-13/91 og C-113/91,

angående to anmodninger, som Pretura circondariale di Pordenone (Italien) (sag C-13/91) og Pretura circondariale di Vigevano (Italien) (sag C-113/91) i medfør af EØF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i de for nævnte retter verserende straffesager mod

Michel Debus, som repræsentant efter loven for Brasserie Fischer SA,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikel 30 og 36,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R. Joliet, og dommerne F. Grévisse, J. C. Moitinho de Almeida, G. C. Rodríguez Iglesias og M. Zuleeg,

generaladvokat: W. Van Gerven

justitssekretær: ekspeditionssekretær H. A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— den nederlandske regering ved Secretaris-generaal B. R. Bot, Udenrigsministeriet

* Processprog: italiensk.

DEBUS

- den italienske regering ved professor Luigi Ferrari Bravo, chef for Udenrigsministeriets servizio del contenzioso diplomatico, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello stato Ivo M. Braguglia

- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Antonio Aresu, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at Michel Debus ved advokat Pierre Soler Couteaux, Strasbourg, den nederlandske regering ved adjunct-juridisch adviseur J. W. De Zwaan, Udenrigsministeriet, den italienske regering og Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 13. februar 1992,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 24. marts 1992,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved kendelser af 9. januar 1991 og 25. marts 1991, indgået til Domstolen henholdsvis den 16. januar 1991 og den 12. april 1991, har Pretura circondariale di Pordenone (sag C-13/91) og Pretura circondariale di Vigevano (sag C-113/91) i medfør af EØF-traktatens artikel 177 forelagt en række præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikel 30 og 36.

- 2 Spørgsmålene er rejst under to straffesager mod Michel Debus i dennes egenskab af repræsentant efter loven for det franske selskab Brasserie Fischer SA.

- 3 I artikel 4, litra c), i den italienske lov nr. 1354/62 af 16. august 1962 (GURI nr. 234 af 17.9.1962) bestemmes det, at den højeste tilladte mængde svovldioxid i øl er 20 mg pr. liter. Denne grænse gælder i henhold til lovens artikel 19, stk. 1, også for importeret øl, idet det i denne bestemmelse er fastsat, at importeret øl skal opfylde de krav og betingelser, som stilles i den pågældende lov.
- 4 Brasserie Fischer fremstiller en specialøl med naturlige planteudtræk, som virksomheden kalder »36,15 Pêcheur — La bière amoureuse«, og som indeholder 36,8 mg af tilsætningsstoffet svovldioxid pr. liter, hvilket er i overensstemmelse med den franske lovgivning på området. Dette øl importeres til Italien, hvor det sælges som en »alkoholholdig drik fremstillet på basis af øl«.
- 5 NAS — Nucleo Antisofisticazioni e Sanità (sundhedspolitiet) udtog en prøve af denne drik i et offentligt udskænkingslokale i Azzano Decimo. Da en analyse af denne prøve viste, at den indeholdt en større mængde svovldioxid end det i henhold til italiensk lovgivning var tilladt for produkter af denne art, rejste anklagemyndigheden tiltale for vareforfalskning mod Michel Debus.
- 6 På baggrund heraf har de nationale retsinstanter anmodet Domstolen om en besvarelse af følgende præjudicielle spørgsmål, der er de samme i begge sager:
- »1) Skal artikel 30 og 36 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab fortolkes således, at de italienske sundhedsbestemmelser for fremstilling og salg af øl (lov nr. 1354/62 af 16.8.1962 og lov nr. 141/89 af 17.4.1989) er uforenelige med de nævnte traktatbestemmelser, for så vidt som der efter de italienske bestemmelser højst må tilsættes 20 mg svovldioxid pr. liter?
- 2) Skal dommeren i straffesagen undlade at anvende de italienske bestemmelser?

DEBUS

- 3) Kan øl, der indeholder mere end 20 mg svovldioxid pr. liter, frit bringes i omsætning?»
- 7 Hvad nærmere angår hovedsagernes faktiske omstændigheder, retsforhandlingernes forløb samt de for Domstolen afgivne indlæg henvises til retsmøderapporten. Disse omstændigheder omtales derfor kun i det følgende i det omfang, det er nødvendigt for forståelsen af Domstolens argumentation.
- 8 For så vidt angår Kommissionens bemærkning om, at den præjudicielle anmodning om fortolkning i sag C-113/91 eventuelt ikke kan tages under påkendelse, da den er forelagt af en retsinstans, som i henhold til nationale strafferetsplejebestemmelser ikke har kompetence til at træffe afgørelse i hovedsagen, bemærkes blot, at Domstolen, når der ikke foreligger særlige omstændigheder, i princippet ikke skal påse, at en national retsinstans i henhold til nationale procesretlige bestemmelser er kompetent.

Første spørgsmål

- 9 Med det første spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om EØF-traktatens artikel 30 og 36 skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, der forbyder salg af øl, der er importeret fra en anden medlemsstat, hvor det forhandles lovligt, såfremt øllet indeholder mere end 20 mg svovldioxid pr. liter.
- 10 Det bemærkes for det første, at i henhold til artikel 1 i Rådets direktiv 64/54/EØF af 5. november 1963 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om konserveringsstoffer, som må anvendes i levnedsmidler (EFT 1963-1964, s. 92), må medlemsstaterne til beskyttelse af levnedsmidler mod fordærvelse forårsaget af mikroorganismer kun tillade de i bilaget til dette direktiv anførte konserveringsstoffer, blandt hvilke svovldioxid står opført.

- 11 Det fremgår af direktivets betragtninger, at det kun udgør det første stadium af tilnærmelsen af de nationale lovgivninger på dette område. På dette stadium er medlemsstaterne således ikke forpligtede til at tillade brug af alle de stoffer, der er nævnt i bilaget til direktivet. De må imidlertid kun benytte adgangen til at fastsætte regler for tilsætning af konserveringsstoffer til levnedsmidler på to betingelser, nemlig dels at et konserveringsstof, der ikke er opført i direktivets bilag, ikke må tillades, dels at brug af et konserveringsstof, som er opført dér, ikke må forbydes fuldstændigt — undtagen når der er tale om levnedsmidler, der fremstilles og forbruges på deres eget område — i de særlige tilfælde, hvor brug af et sådant stof ikke er teknologisk nødvendig (jf. dom af 12.6.1980, sag 88/79, Grunert, Sml. s. 1827, af 5.2.1981, sag 108/80, Kugelmann, Sml. s. 433, og af 13.12.1990, sag C-42/90, Bellon, Sml. I, s. 4863).
- 12 Med hensyn til produkter, der importeres fra en anden medlemsstat, hvor de lovligt fremstilles og forhandles, bemærkes, at anvendelsen af nationale bestemmelser som dem, hovedsagen vedrører, udgør en hindring for samhandelen i Fællesskabet og dermed i princippet en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion i henhold til traktatens artikel 30. Da der på det pågældende område kun er sket en delvis harmonisering på fællesskabsniveau, skal det undersøges, om en sådan foranstaltning kan være berettiget af hensyn til beskyttelse af menneskers sundhed efter traktatens artikel 36.
- 13 Det bemærkes, at ifølge Domstolens faste praksis (jf. bl.a. dom af 14.7.1983, sag 174/82, Sandoz, Sml. s. 2445) tilkommer det i det omfang, der på den videnskabelige forsknings nuværende udviklingstrin består en vis usikkerhed om skadeligheden af tilsætningsstoffer i levnedsmidler, og når der ikke er sket fuldstændig harmonisering, medlemsstaterne at fastsætte det niveau, de finder ønskeligt for beskyttelsen af menneskers sundhed og liv under hensyntagen til de krav, der følger af de frie varebevægelser inden for Fællesskabet.
- 14 Af Domstolens praksis (særligt dom af 14.7.1983 i Sandoz-sagen, nævnt ovenfor, dom af 10.12.1985, sag 247/84, Motte, Sml. s. 3887, af 6.5.1986, sag 304/84, Muller,

DEBUS

Sml. s. 1511, og af 12.3.1987, sag 178/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1227, vedrørende den tyske lov om det såkaldte »Reinheitsgebot«) fremgår det endvidere, at fællesskabsretten under disse omstændigheder ikke er til hinder for, at medlemsstaterne udsteder retsforskrifter, i henhold til hvilke anvendelse af tilsætningsstoffer kræver forudgående godkendelse i form af en generel retsakt vedrørende bestemte tilsætningsstoffer, således at godkendelsen gælder enten for samtlige eller kun for enkelte varer eller for bestemte anvendelsesformer. Det samme gælder fastsættelsen af en øvre grænse for brug af et tilsætningsstof i visse varer. Sådanne retsforskrifter opfylder et lovligt sundhedspolitisk formål, nemlig at begrænse den ukontrollerede indtagelse af tilsætningsstoffer i levnedsmidler.

- 15 Et forbud mod forhandling af varer indeholdende tilsætningsstoffer i en mængde, der ligger over den tilladte grænse i henhold til lovgivningen i importmedlemsstaten, kan imidlertid, såfremt denne mængde er tilladt i produktionsmedlemsstaten, kun lovligt anvendes på importerede varer, såfremt det sker i overensstemmelse med kravene i traktatens artikel 36, således som denne er fortolket af Domstolen.

- 16 Hertil bemærkes for det første, at i Sandoz-, Motte-, Muller-(vedrørende den tyske lov om det såkaldte »Reinheitsgebot« for øl) og Bellon-dommen, alle nævnt ovenfor, har Domstolen på grundlag af det proportionalitetsprincip, som ligger til grund for sidste punktum i traktatens artikel 36, fastslået, at et forbud mod forhandling af varer, der indeholder tilsætningsstoffer, der er godkendt i produktionsmedlemsstaten, men forbudt i importmedlemsstaten, skal begrænses til det, som reelt er nødvendigt for at sikre beskyttelsen af den offentlige sundhed.

- 17 Domstolen har på samme grundlag endvidere fastslået, at anvendelse af et bestemt tilsætningsstof, der er godkendt i en anden medlemsstat, skal tillades ved import af en vare derfra, når tilsætningsstoffet bedømt ud fra internationale videnskabelige forskningsresultater — navnlig de konklusioner, som Fællesskabets Videnskabelige Komité for Levnedsmidler og Codex Alimentarius-udvalget under FAO og WHO

er nået frem til — og under hensyn til kostvanerne i importmedlemsstaten ikke indebærer nogen fare for den offentlige sundhed og desuden opfylder et reelt behov, navnlig af teknologisk art.

- 18 Det bemærkes for det andet, at som det bl.a. fremgår af de ovennævnte domme i Muller-sagen, sagen Kommissionen mod Tyskland og Bellon-sagen samt af dom af 30. november 1983 (sag 227/82, Van Bennekom, Sml. s. 3883), påhviler det de nationale myndigheder at godtgøre, at deres retsfor skrifter er begrundet i hensynet til beskyttelsen af befolkningens sundhed.
- 19 Hertil har den italienske regering gjort gældende, at det blandede FAO/WHO-ekspertudvalg og Den Videnskabelige Komité for Levnedsmidler har anerkendt, at overdreven brug af svovldioxid er sundhedsskadeligt, navnlig for personer, som drikker meget øl. Regeringen mener derfor, at den politik, der sigter på at begrænse de mængder af svovldioxid, der indtages på anden måde end ad luftvejene, til et minimum, er berettiget af hensyn til beskyttelsen af den offentlige sundhed.
- 20 Den nederlandske regering har anført, at det som udgangspunkt tilkommer den enkelte medlemsstat at vurdere, om hensynet til at beskytte sundheden kan forenes med at tillade brug af et bestemt konserveringsstof i levnedsmidler, når befolkningens kostvaner tages i betragtning. Regeringen har anført, at WHO har fastsat den maksimale tolerable daglige dosis svovldioxid til 40 mg, og at der ved beregningen af, hvilken mængde svovldioxid der indtages af forbrugerne, skal tages hensyn til, at svovldioxid tilsættes mange andre levnedsmidler end øl.
- 21 Kommissionen har anført, at nedlæggelse af et generelt forbud mod import af og handel med varer, der lovligt forhandles i en anden medlemsstat, med den begrundelse, at de indeholder et af stofferne på listen i direktiv 64/54 i en større mængde

DEBUS

end tilladt i henhold til importstatens lovgivning, er for indgribende, når tilsætningen af stoffet er holdt inden for de grænser, som ifølge den internationale viden- skab er tilladelige.

- 22 Hvad særligt angår svovldioxid har Kommissionen gjort gældende, at det på grundlag af de toksikologiske data, der er udarbejdet af FAO og WHO, og den sagkyndiges erklæring, som anklagemyndigheden har fremlagt for Pretura circondariale di Pordenone under sagen mod Michel Debus, er udelukket, at svovldioxi- den i det franske øl, der er blevet beslaglagt, kan have giftvirkning. På grundlag af de toksikologiske data, som FAO og WHO har udarbejdet i fællesskab, har de to organisationer foreslået, at man tillader indtagelse af en daglig dosis på højst 0,35 mg pr. kg legemsvægt, hvilket for en forbruger på 60 kg svarer til en maksimums- mængde på ca. 21 mg om dagen. Efter beregningerne foretaget af den nationale sagkyndige er den dosis, som en italiensk forbruger, der drikker øl med et indhold på 36,8 mg svovldioxid pr. liter, gennemsnitligt på 5,5 mg daglig.
- 23 Det står fast, at de pågældende forskrifter indebærer et generelt, absolut og und- tagelsesfrit forbud mod alt øl, der indeholder mere end 20 mg/l svovldioxid pr. liter.
- 24 Det er ikke godtgjort, at et sådant forbud er nødvendigt til beskyttelse af sundhe- den. Tværtimod fremgår det af Kommissionens oplysninger, som ikke er bestridt, at optagelsen af svovldioxid som følge af indtagelse af øl, der indeholder 36,8 mg pr. liter af det pågældende tilsætningsstof, ikke medfører alvorlig risiko for over- skridelse af den maksimale daglige dosis svovldioxid, som er fastsat af FAO og WHO.
- 25 Et sådant generelt og absolut forbud over for importeret øl er uforholdsmæssigt vidtgående, hvilket tillige fremgår af, at brug af svovldioxid i henhold til samme

medlemsstats lovgivning er tilladt i langt større mængder i andre drikkevarer, særligt i vin, som der er et større forbrug af end øl i den pågældende medlemsstat.

- 26 Den italienske regering har imidlertid gjort gældende, at tilsætningen af svovldioxid på ingen måde er nødvendig for konservering af øl, idet den samme virkning kan opnås ved andre metoder, som f.eks. pasteurisering.
- 27 Denne omstændighed findes ikke at kunne berettige et generelt og absolut forbud som det omtvistede.
- 28 Som det fremgår af ovennævnte dom vedrørende det tyske »Reinheitsgebot für Bier«, kan det nemlig ikke antages, at der ikke består et teknologisk behov for anvendelse af visse tilsætningsstoffer, blot fordi der findes en anden fremstillingsmetode — som anvendes af de nationale producenter — for produktet, idet en sådan fortolkning af begrebet teknologisk behov, der indebærer en begunstigelse af de nationale produktionsmetoder, udgør et middel til skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne.
- 29 Begrebet teknologisk behov skal bedømmes i relation til de anvendte råvarer og under hensyn til den bedømmelse, som er anlagt af myndighederne i den medlemsstat, hvor produktet lovligt fremstilles og forhandles. Endvidere bør der tages hensyn til resultaterne af den internationale videnskabelige forskning, navnlig konklusionerne fra Fællesskabets Videnskabelige Komité for Levnedsmidler og Codex Alimentarius-udvalget under FAO og WHO (jf. ovennævnte dom i sagen om »Reinheitsgebot«).
- 30 Af det anførte følger, at det første spørgsmål, der er forelagt af den nationale ret, skal besvares med, at EØF-traktatens artikel 30 og 36 skal fortolkes således, at de

DEBUS

er til hinder for nationale bestemmelser, der forbyder handel med øl, der er importeret fra en anden medlemsstat, hvor det lovligt forhandles, såfremt det indeholder mere end 20 mg svovldioxid pr. liter.

Andet og tredje spørgsmål

- 31 Med det andet og det tredje spørgsmål ønsker den nationale retsinstans oplyst, om den nationale ret skal undlade at anvende nationale bestemmelser, der er i strid med fællesskabsretten, eller om den skal afvente vedtagelsen af en generel retsakt.
- 32 Ifølge fast retspraksis har den nationale ret, der inden for sit kompetenceområde skal anvende fællesskabsretlige forskrifter, pligt til sikre disse reglers fulde virkning, hvorved den i påkommende tilfælde af egen drift skal undlade at anvende — selv nyere — modstridende bestemmelser i national lovgivning, uden at den behøver at anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af disse bestemmelser ad lovgivningsvejen eller ved noget andet forfatningsmæssigt middel (dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629).
- 33 Den forelæggende rets andet og tredje spørgsmål skal derfor besvares således, at den nationale retsinstans skal undlade at anvende nationale bestemmelser, der er i strid med fællesskabsretten.

Sagens omkostninger

- 34 De udgifter, der er afholdt af Den Italienske Republiks regering, Nederlandenes regering og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Pretura circondariale di Pordenone (sag C-13/91) og Pretura circondariale di Vigevano (sag C-113/91), for ret:

- 1) EØF-traktatens artikel 30 og 36 skal fortolkes således, at de er til hinder for nationale bestemmelser, der forbyder handel med øl, der er importeret fra en anden medlemsstat, hvor det lovligt forhandles, såfremt det indeholder mere end 20 mg svovldioxid pr. liter.
- 2) Den nationale retsinstans skal undlade at anvende nationale bestemmelser, der er i strid med fællesskabsretten.

Joliet

Grévisse

Moitinho de Almeida

Rodríguez Iglesias

Zuleeg

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 4. juni 1992.

J.-G. Giraud
Justitssekretær

R. Joliet
Formand for Femte Afdeling

BRASSERIE DU PÊCHEUR OG FACTORTAME

DOMSTOLENS DOM

5. marts 1996 *

I de forenede sager C-46/93 og C-48/93,

angående de anmodninger, som Bundesgerichtshof (sag C-46/93) og High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court (sag C-48/93), i medfør af EØF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i de for de nævnte retter verserende sager,

Brasserie du pêcheur SA

mod

Forbundsrepublikken Tyskland,

og

The Queen

mod

Secretary of State for Transport,

* Processprog: tysk og engelsk.

ex parte: **Factortame Ltd m.fl.**,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af princippet om statens ansvar for tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilregnes staten,

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G.C. Rodríguez Iglesias (refererende dommer), afdelingsformændene C.N. Kakouris, D.A.O. Edward og G. Hirsch samt dommerne G.F. Mancini, F.A. Schockweiler, J.C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann og J.L. Murray,

generaladvokat: G. Tesauro

justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein og ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Brasserie du pêcheur SA ved advokat H. Büttner, Karlsruhe

— sagsøger 1-36 og 38-84 i sag C-48/93 ved D. Vaughan, QC, og G. Barling, QC, og Barrister D. Anderson for Solicitor S. Swabey

— sagsøger 85-97 i sag C-48/93 ved Barrister N. Green for Solicitor N. Horton

BRASSERIE DU PÊCHEUR OG FACTORTAME

- sagsøger 37 i sag C-48/93 ved N. Forwood, QC, og Barrister P. Duffy for Solicitors Holman Fenwick & Willan

- den tyske regering ved Ministerialrat E. Röder, Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtiget, bistået af advokat J. Sedemund, Köln

- Det Forenede Kongerige ved Assistant Treasury Solicitor J.E. Collins, som befuldmægtiget, bistået af Barristers S. Richards, C. Vajda og R. Thompson

- den danske regering ved juridisk rådgiver, konsulent J. Molde, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget

- den spanske regering ved Director General de Coordinación Jurídica e Institucional Comunitaria A. J. Navarro González og Abogados del Estado R. Silva de Lapuerta og G. Calvo Díaz, Servicio Jurídico del Estado, som befuldmægtigede

- den franske regering ved directeur des affaires juridiques J.-P. Puissochet, Udenrigsministeriet, og sous-directeur à la direction des affaires juridiques C. de Salins, Udenrigsministeriet, som befuldmægtigede

- Irland ved Chief State Solicitor M. A. Buckley, som befuldmægtiget

- den nederlandske regering ved juridisch adviseur A. Bos, Ministeriet for Udenrigsanliggender, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved vicegeneraldirektør C. Timmermans, Kommissionens Juridiske Tjeneste, juridisk konsulent J. Pipkorn og C. Docksey, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 25. oktober 1994 er afgivet mundtlige indlæg af Brasserie du pêcheur SA ved H. Büttner og advokat P. Soler-Couteaux, Strasbourg, sagsøger 1-36 og 38-84 i sag C-48/93 ved D. Vaughan, G. Barling, D. Anderson og S. Swabey, sagsøger 85-97 i sag C-48/93 ved N. Green, sagsøger 37 i sag C-48/93 ved N. Forwood og P. Duffy, den tyske regering ved J. Sedemund, Det Forenede Kongerige ved Attorney General Sir N. Lyell, QC, samt S. Richards, C. Vajda og J.E. Collins, den danske regering ved juridisk rådgiver, kontorchef P. Biering, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, den græske regering ved assisterende juridisk konsulent F. Georgakopoulos, Statens Advokatkontor, som befuldmægtiget, den spanske regering ved R. Silva de Lapuerta og G. Calvo Díaz, den franske regering ved C. de Salins, den nederlandske regering ved adjunct-juridisch adviseur J.W. de Zwaan, Ministeriet for Udenrigsanliggender, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved C. Timmermans, J. Pipkorn og C. Docksey,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 28. november 1995,

afsagt følgende

Dom

Ved kendelser af 28. januar 1993 og 18. november 1992, indgået til Domstolen henholdsvis den 17. februar 1993 og den 18. februar 1993, har Bundesgerichtshof (i sag C-46/93) og High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court

(i sag C-48/93) i medfør af EØF-traktatens artikel 177 forelagt en række præjudicielle spørgsmål om betingelserne for, at en medlemsstat kan ifalde ansvar for tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilregnes staten.

- 2 Spørgsmålene er blevet rejst under to sager, hvoraf den ene er anlagt af selskabet Brasserie du pêcheur (herefter »Brasserie du pêcheur«) mod Forbundsrepublikken Tyskland, den anden af Factortame Ltd m.fl. (herefter »Factortame m.fl.«) mod Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland.

Sag C-46/93

- 3 Brasserie du pêcheur, Schiltigheim (Alsace), har for den forelæggende ret oplyst, at selskabet i slutningen af 1981 måtte indstille sin eksport af øl til Tyskland, fordi det af selskabet fremstillede øl efter de tyske myndigheders opfattelse ikke opfyldte det tyske »Reinheitsgebot« i § 9 og 10 i Biersteuergesetz af 14. marts 1952 (BGBl. I, s. 149), som affattet ved lov af 14. december 1976 (BGBl. I, s. 3341, herefter »BstG«).
- 4 Kommissionen fandt, at disse bestemmelser var i strid med EØF-traktatens artikel 30, hvorfor den anlagde en traktatbrudssag mod Forbundsrepublikken Tyskland, både vedrørende forbuddet mod, at øl lovligt fremstillet i andre medlemsstater efter andre metoder bringes i handelen under betegnelsen »Bier«, og vedrørende forbuddet mod import af øl, der indeholder tilsætningsstoffer. I dommen af 12. marts 1987, sag 178/84, Kommissionen mod Tyskland (Sml. s. 1227), fastslog Domstolen, at det er i strid med traktatens artikel 30 at forbyde, at øl indført fra andre medlemsstater bringes i handelen, medmindre det opfylder de omtvistede betingelser i den tyske lovgivning.

5 Brasserie du pêcheur har nu over for Forbundsrepublikken Tyskland rejst krav om erstatning for de tab, selskabet har lidt som følge af denne indførselsrestriktion i perioden 1981-1987, og har forlangt et beløb på 1 800 000 DM i erstatning, hvilket udgør en del af det faktiske tab.

6 Bundesgerichtshof har i den forbindelse henvist til § 839 i Bürgerliches Gesetzbuch (den tyske borgerlige lovbog, herefter »BGB«) og artikel 34 i Grundgesetz (grundloven, herefter »GG«). § 839, stk. 1, første punktum, i BGB bestemmer følgende: »Krænker en tjenestemand forsætligt eller uagtsomt en ham over for tredjemand påhvilende tjenestepligt, skal han erstatte tredjemanden den deraf opståede skade.« Med hensyn til artikel 34 i GG hedder det heri: »Tilsidesætter en person i forbindelse med udøvelsen af et offentligt hverv, som er betroet ham, sine tjenesteplichter over for tredjemand, påhviler ansvaret i princippet staten eller den offentlige forvaltningsenhed, hvor han gør tjeneste.«

7 Det fremgår af disse bestemmelser i forening, at statens ansvar er betinget af, at tredjemand kan anses for berørt af den pligt, der er tilsidesat, hvilket indebærer, at staten kun ifalder ansvar for tilsidesættelse af pligter, der gælder over for tredjemand. Som Bundesgerichtshof har understreget, varetager den nationale lovgiver i forbindelse med BStG kun opgaver, der berører almenheden uden at være rettet mod bestemte personer eller personkredse, der kan betragtes som »tredjemand« i de nævnte bestemmelsers forstand.

8 På denne baggrund har Bundesgerichtshof forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Gælder det fællesskabsretlige princip om, at medlemsstaterne har pligt til at yde erstatning for skader, der påføres den enkelte borger ved overtrædelser af fællesskabsretten, som kan tilregnes de pågældende stater, også, såfremt overtrædelsen består i, at en formel parlamentslov ikke bliver tilpasset fællesskabs-

BRASSERIE DU PÊCHEUR OG FACTORTAME

rettens trindhøjere normer (i det konkrete tilfælde: manglende tilpasning af § 9 og 10 i den tyske Biersteuergesetz til EØF-traktatens artikel 30)?

- 2) Kan national ret undergive et eventuelt krav på erstatning de samme begrænsninger, som gælder i tilfælde af, at en national lov strider mod trindhøjere nationale bestemmelser, f.eks. i tilfælde af, at en almindelig tysk forbundslov strider mod Forbundsrepublikken Tysklands grundlov?

- 3) Kan national ret betinge et erstatningskrav af, at et statsligt organ, som er ansvarligt for den manglende tilpasning, har handlet culpøst (forsætligt eller uagtsomt)?

- 4) Såfremt spørgsmål 1) besvares bekræftende og spørgsmål 2) benægtende:
 - a) Kan erstatningspligten efter national ret da begrænses til erstatning for skader på bestemte individuelle retsgoder, f.eks. ejendomsretten, eller må der kræves en fuldstændig erstatning af samtlige formuetab, herunder tabt for tjeneste?

 - b) Omfatter erstatningspligten også skader, der allerede var opstået, inden det ved EF-Domstolens dom af 12. marts 1987 (sag 178/84) blev fastslået, at § 10 i den tyske Biersteuergesetz var i strid med trindhøjere fællesskabsret?«

Sag C-48/93

9 Den 16. december 1988 anlagde Factortame m.fl., dvs. en række enkeltpersoner og britiske selskaber samt bestyrelsesmedlemmer og deltagere i disse selskaber, sag ved High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court (herefter »Divisional Court«), med påstand om, at Part II i Merchant Shipping Act 1988 kendtes uforenelig med fællesskabsretten, navnlig EØF-traktatens artikel 52. Loven var trådt i kraft den 1. december 1988, men der var fastsat en overgangsperiode, der udløb den 31. marts 1989. Ifølge loven skulle der etableres et nyt register for britiske fiskerfartøjer, og registreringen af disse, herunder af fartøjer, der allerede var optaget i det gamle register, var fra dette tidspunkt betinget af, at ejerne opfyldte visse krav om nationalitet, fast ophold og bopæl. Fiskerfartøjer, der ikke kunne optages i det nye register, havde ikke ret til at fiske.

10 Som svar på en række spørgsmål forelagt af den nationale ret, fastslog Domstolen i dommen af 25. juli 1991, sag C-221/89, Factortame II (Sml. I, s. 3905), at fællesskabsretten er til hinder for, at fartøjets ejere, bestyrere og de, der forestår driften af fartøjet, skal opfylde krav om nationalitet, fast ophold og bopæl som dem, der er fastsat i den af Det Forenede Kongerige indførte ordning med hensyn til registrering, men at den derimod ikke er til hinder for, at det som betingelse for registrering kræves, at fartøjerne bestyres, og deres drift ledes og kontrolleres fra Det Forenede Kongeriges område.

11 Den 4. august 1989 havde Kommissionen anlagt traktatbrudssag mod Det Forenede Kongerige. Parallelt hermed havde den indgivet en begæring om foreløbige forholdsregler med henblik på at få suspenderet de ovenfor omtalte nationalitetskrav, fordi de var i strid med EØF-traktatens artikel 7, 52 og 221. Ved kendelse af 10. oktober 1989, sag 246/89 R, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (Sml. s. 3125), tog Domstolens præsident begæringen til følge. Det Forenede Kongerige opfyldte kendelsen ved at vedtage bestemmelser, der ændrede den nye registreringsordning med virkning fra den 2. november 1989. Ved dom af 4. oktober 1991, sag C-246/89, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (Sml. I, s. 4585),

bekræftede Domstolen, at de registreringsbetingelser, der var blevet anfægtet under traktatbrudssagen, var i strid med fællesskabsretten.

- 12 I mellemtiden havde Divisional Court den 2. oktober 1991 afsagt en kendelse til opfyldelse af Domstolens dom af 25. juli 1991 og havde samtidig anmodet sagsøgerne om at specificere deres erstatningskrav. Sagsøgerne indgav herefter til retten en detaljeret redegørelse for de forskellige erstatningskrav, som omfattede de udgifter, de havde afholdt, og de tab, de havde lidt, fra den omtvistede lovgivning trådte i kraft den 1. april 1989, til den blev ophævet den 2. november 1989.
- 13 Endelig gav Divisional Court ved kendelse af 18. november 1992 sagsøger 37 i hovedsagen (sag C-48/93), Rawlings (Trawling) Ltd, tilladelse til at udvide sin erstatningspåstand til også at omfatte en påstand om en særlig form for erstatning for forfatningsstridig adfærd («exemplary damages for unconstitutional behaviour«).
- 14 På denne baggrund har Divisional Court forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) I betragtning af alle omstændighederne i sagen, hvor

- a) en medlemsstats lovgivning indeholdt nationalitetskrav og krav om bopæl og fast ophold for ejere og bestyrere af fiskerfartøjer og for selskabsdeltagere og bestyrelsesmedlemmer i selskaber, der ejer og bestyrer fartøjer,

og

- b) betingelserne blev kendt i strid med EØF-traktatens artikel 5, 7, 52 og 221 i Domstolens domme i sagerne C-221/89 og C-246/89,

har de personer, som var ejere eller bestyrere af sådanne fartøjer, eller bestyrelsesmedlemmer og/eller selskabsdeltagere i selskaber, der ejede og bestyrede fartøjer, da i henhold til fællesskabsretten et erstatningskrav mod medlemsstaten for de tab, de har lidt som følge af en eller flere af de nævnte overtrædelser af EØF-traktaten?

- 2) Såfremt spørgsmål 1) besvares bekræftende: Hvilke forhold skal den nationale domstol i givet fald i henhold til fællesskabsretten tage hensyn til ved fastlæggelsen af krav på erstatning og renter heraf vedrørende:

a) Udgifter og/eller tabt fortjeneste og/eller mistede indtægter i perioden, efter at de nævnte betingelser trådte i kraft, hvor det var nødvendigt at oplægge fartøjerne, træffe andre foranstaltninger med henblik på fiskeri og/eller søge at opnå registrering andetsteds.

b) Tab som følge af salg til priser under markedsværdien af fartøjer, parter heri eller andele i selskaber, der ejer fartøjer.

c) Tab som følge af sikkerhedsstillelser, bøder og udgifter til retlig bistand i forbindelse med påståede forseelser forbundet med udelukkelsen af fartøjerne fra det nationale register.

d) Tab som følge af, at de berørte personer ikke kunne eje og forestå driften af yderligere fartøjer.

e) Mistede vederlag for bestyrelse af fartøjer.

f) Udgifter afholdt i forsøg på at begrænse de ovennævnte tab.

g) 'Exemplary damages' som påstået?»

- 15 Hvad nærmere angår de faktiske omstændigheder i hovedsagerne, retsforhandlingernes forløb samt de indlæg, der er indgivet til Domstolen, henvises til retsmøderapporten. Disse omstændigheder omtales derfor kun i det følgende i det omfang, det er nødvendigt for forståelsen af Domstolens argumentation.

Statens ansvar for den nationale lovgivers handlinger og undladelser i strid med fællesskabsretten [spørgsmål 1) såvel i sag C-46/93 som i sag C-48/93]

- 16 Med det første spørgsmål ønsker begge de nationale retsinstanser i det væsentlige oplyst, om princippet om, at medlemsstaterne er forpligtet til at erstatte tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilregnes staterne, finder anvendelse, når den pågældende overtrædelse må tilskrives den nationale lovgiver.
- 17 Indledningsvis bemærkes, at Domstolen allerede i dommen af 19. november 1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl. (Sml. I, s. 5357, præmis 37), har fastslået, at det er et princip i fællesskabsretten, at medlemsstaterne er forpligtet til at erstatte tab, som er forvoldt borgerne som følge af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes medlemsstaterne.

- 18 Ifølge den tyske regering, Irland og den nederlandske regering gælder medlemsstaternes forpligtelse til at erstatte tab, der er forvoldt borgerne, kun i tilfælde af overtrædelse af bestemmelser, der ikke er direkte anvendelige. Domstolen har i dommen i sagen Francovich m.fl. blot villet udfylde et hul i retsbeskyttelsessystemet. For så vidt som borgerne efter national ret har adgang til at gøre deres rettigheder i henhold til umiddelbart anvendelige fællesskabsbestemmelser gældende under et søgsmål, er det på ingen måde nødvendigt desuden at give dem en ret til erstatning, der følger direkte af fællesskabsretten, i tilfælde af overtrædelse af disse bestemmelser.
- 19 Denne argumentation kan ikke tiltrædes.
- 20 Efter Domstolens faste praksis er borgernes adgang til ved de nationale retsinstanser at påberåbe sig traktatens direkte anvendelige bestemmelser alene et udtryk for, hvad der er retssikkerhedsgarantiens mindstemål, og ikke i sig selv tilstrækkelig til at sikre en fuldstændig gennemførelse af traktaten (jf. bl.a. dom af 15.10.1986, sag 168/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2945, præmis 11, af 26.2.1991, sag C-120/88, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 621, præmis 10, og af 26.2.1991, sag C-119/89, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 641, præmis 9). Denne adgang, som skal sikre, at fællesskabsrettens bestemmelser anvendes frem for nationale bestemmelser, kan ikke i alle tilfælde sikre borgeren de rettigheder, fællesskabsretten tillægger ham, og kan navnlig ikke forhindre, at han lider tab som følge af en overtrædelse af fællesskabsretten, som må tilregnes en medlemsstat. Som det fremgår af præmis 33 i Francovich m.fl.-dommen, ville fællesskabsrettens fulde virkning blive svækket, såfremt borgerne var afskåret fra at opnå erstatning for en krænkelse af deres rettigheder som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten.
- 21 Dette er tilfældet, når en borger, som har lidt skade som følge af manglende gennemførelse af et direktiv, og som ikke kan påberåbe sig visse bestemmelser i direktivet direkte for den nationale ret, fordi de ikke er ubetingede og tilstrækkeligt præcise, anlægger erstatningssag mod den pågældende medlemsstat i tilfælde af overtrædelse af traktatens artikel 189, stk. 3. Under sådanne omstændigheder, som

svarer til dem, der forelå i sagen Francovich m.fl., er formålet med erstatningen at opveje de skadelige følger, en medlemsstats manglende gennemførelse af direktivets bestemmelser har for dem, der kan støtte ret på det.

- 22 Dette er også tilfældet, når der er tale om krænkelse af en rettighed, som direkte er tillagt borgerne ved en fællesskabsbestemmelse, som de netop har ret til at påberåbe sig ved de nationale retsinstanser. I så fald er retten til erstatning den nødvendige konsekvens af den direkte virkning, der er tillagt de fællesskabsbestemmelser, hvis overtrædelse er årsag til det forvoldte tab.
- 23 I de foreliggende sager står det fast, at de omhandlede fællesskabsbestemmelser, nemlig traktatens artikel 30 i sag C-46/93 og artikel 52 i sag C-48/93, har direkte virkning i den forstand, at de tillægger borgerne rettigheder, som disse kan gøre gældende direkte ved de nationale retsinstanser. Overtrædelse af sådanne bestemmelser kan give anledning til erstatning.
- 24 Den tyske regering har desuden gjort gældende, at en almindelig ret til erstatning for borgerne kun kan anerkendes ad lovgivningsvejen, og at det ville være uforeneligt med kompetencefordelingen mellem Fællesskabets institutioner og medlemsstaterne og med den ved traktaten indførte ligevægt mellem institutionerne at anerkende en sådan ret via retspraksis.
- 25 I den forbindelse må det understreges, at spørgsmålet om eksistensen og omfanget af en stats ansvar for tab, der skyldes overtrædelse af forpligtelser, der påhviler den i henhold til fællesskabsretten, vedrører fortolkningen af traktaten, der som sådan henhører under Domstolens kompetence.
- 26 I det foreliggende tilfælde — ligesom i den ovenfor nævnte sag Francovich m.fl. — er dette fortolkningsspørgsmål blevet forelagt for Domstolen af nationale retsinstanser i medfør af traktatens artikel 177.

- 27 Da traktaten ikke indeholder bestemmelser, der udtrykkeligt og præcist regulerer følgerne af medlemsstaternes overtrædelser af fællesskabsretten, tilkommer det Domstolen — ved udførelsen af den opgave, traktatens artikel 164 tillægger den, at værne om lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af traktaten — at træffe afgørelse om et sådant spørgsmål i overensstemmelse med almindeligt anerkendte fortolkningsmetoder, bl.a. under hensyntagen til fællesskabsrettens grundlæggende principper og i givet fald til de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer.
- 28 Det er i øvrigt de almindelige retsgrundsætninger, som er fælles for medlemsstaternes retssystemer, der henvises til i traktatens artikel 215, stk. 2, for så vidt angår Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold for skader forvoldt af dets institutioner eller af dets ansatte under udøvelsen af deres hverv.
- 29 Det princip, der således udtrykkeligt er fastslået i traktatens artikel 215 om Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold, er blot et udtryk for den almindeligt kendte retsgrundsætning i medlemsstaternes retsordener, hvorefter en retsstridig handling eller undladelse medfører en forpligtelse til at erstatte det forvoldte tab. Desuden fremgår det af denne bestemmelse, at de offentlige myndigheder har pligt til at erstatte tab forvoldt under udøvelsen af deres hverv.
- 30 I øvrigt skal det bemærkes, at i mange nationale retssystemer har retspraksis været afgørende for udviklingen af reglerne om statens ansvar.
- 31 På denne baggrund har Domstolen allerede i Francovich m.fl.-dommen, præmis 35, udtalt, at der således af selve traktatens system følger et princip om, at staten er erstatningsansvarlig for tab, som er forvoldt borgerne på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten.

- 32 Heraf følger, at princippet gælder i alle tilfælde, hvor en medlemsstat har overtrådt fællesskabsretten, uanset hvilket organ i medlemsstaten der ved sin handling eller undladelse har været årsag til overtrædelsen.
- 33 Når endvidere henses til, at den ensartede anvendelse af fællesskabsretten er et grundlæggende krav i Fællesskabets retsorden (jf. bl.a. dom af 21.2.1991, forenede sager C-143/88 og C-92/89, Zuckerfabrik, Sml. I, s. 415, præmis 26), kan forpligtelsen til at erstatte tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, ikke være afhængig af interne regler om fordelingen af kompetencen mellem de forfatningsretlige organer.
- 34 I den forbindelse skal det — som generaladvokaten har påpeget i punkt 38 i sit forslag til afgørelse — bemærkes, at staten, som ifalder ansvar som følge af overtrædelse af en folkeretlig forpligtelse, også efter folkeretten betragtes som en helhed, hvad enten den overtrædelse, som er årsag til tabet, må tilregnes den lovgivende, den dømmende eller den udøvende magt. Dette må så meget desto mere gælde i Fællesskabets retsorden, eftersom alle statslige instanser, herunder den lovgivende magt, ved udførelsen af deres opgaver er forpligtet til at overholde de normer, der er fastsat i fællesskabsretten, og som umiddelbart kan fastlægge borgernes retsstilling.
- 35 Derfor kan den omstændighed, at den pågældende overtrædelse efter de interne regler må tilregnes den nationale lovgiver, ikke rejse tvivl om de krav, der er uadskilleligt forbundet med beskyttelsen af de borgeres rettigheder, som påberåber sig fællesskabsretten og, i dette tilfælde, om retten til ved de nationale retsinstanser at opnå erstatning for det tab, den nævnte overtrædelse har forårsaget.
- 36 Følgelig må svaret til de nationale retter være, at princippet om, at medlemsstaterne er forpligtet til at erstatte tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilregnes medlemsstaterne, finder anvendelse, når den pågældende overtrædelse må tilskrives den nationale lovgiver.

Betingelserne for statens ansvar som følge af den nationale lovgivers handlinger og undladelser i strid med fællesskabsretten [spørgsmål 2) i sag C-46/93 og spørgsmål 1) i sag C-48/93]

- 37 Med disse spørgsmål anmoder de nationale retsinstanser Domstolen om under hensyn til de faktiske omstændigheder i de foreliggende sager at præcisere, på hvilke betingelser fællesskabsretten sikrer en ret til erstatning for tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilregnes en medlemsstat.
- 38 I den forbindelse må det erindres, at medens princippet om statens ansvar følger af fællesskabsretten, afhænger betingelserne for, at der kan kræves erstatning på dette grundlag, af karakteren af tilsidesættelsen af fællesskabsretten, der har forvoldt tabet (Francovich m.fl.-dommen, præmis 38).
- 39 Ved fastlæggelsen af disse betingelser må der først og fremmest tages hensyn til de særlige principper i fællesskabsretsordenen, der danner grundlag for statens ansvar, nemlig dels fællesskabsrettens fulde virkning og den effektive beskyttelse af de heri anerkendte rettigheder, dels den forpligtelse til samarbejde, der påhviler medlemsstaterne i medfør af traktatens artikel 5 (Francovich m.fl.-dommen, præmis 31-36).
- 40 Desuden må der — som Kommissionen og de forskellige regeringer, der har indgivet indlæg, har understreget — tages hensyn til Domstolens praksis vedrørende Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold.
- 41 På den ene side henviser traktatens artikel 215, stk. 2, for så vidt angår Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold til de almindelige retsgrundsætninger, der er

fælles for medlemsstaternes retssystemer, og som Domstolen også lader sig lede af på andre områder af fællesskabsretten, når der ikke findes skriftlige regler.

- 42 På den anden side må betingelserne for statens ansvar for tab, der er forvoldt borgerne som følge af overtrædelsen af fællesskabsretten ikke — medmindre der er en særlig grund hertil — afvige fra betingelserne for Fællesskabets ansvar under lignende omstændigheder. Beskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til fællesskabsretten kan nemlig ikke variere, alt efter om den myndighed, der har forårsaget skaden, er en national myndighed eller en fællesskabsmyndighed.
- 43 I den ordning, Domstolen har udviklet i henhold til traktatens artikel 215, tages der specielt med hensyn til ansvaret for generelle retsakter navnlig hensyn til kompleksiteten af de forhold, der skal reguleres, vanskelighederne ved at anvende eller fortolke bestemmelserne og især rammerne for det skøn, der kan anlægges af den, der har udstedt den anfægtede retsakt.
- 44 Det er under hensyntagen til den vide skønsbeføjelse, institutionerne har ved gennemførelsen af Fællesskabets politik, at Domstolens praksis vedrørende Fællesskabets ansvar uden for kontrakt er blevet udviklet navnlig for så vidt angår generelle retsakter, som bygger på et økonomisk-politisk valg.
- 45 Den restriktive opfattelse af Fællesskabets ansvar for udøvelsen af dets retsanordnende virksomhed beror på den betragtning, dels at udøvelsen af den lovgivende magt, selv hvor der findes en domstolskontrol med retsakternes lovlighed, ikke må hindres ved udsigten til erstatningskrav, hver gang det i Fællesskabets almene interesse kræves, at der træffes generelle foranstaltninger, som kan skade borgernes interesser, dels at Fællesskabet i en retlig sammenhæng, som er kendetegnet ved, at

der foreligger en vid skønsbeføjelse, der er uomgængelig for iværksættelsen af en fællesskabspolitik, kun kan ifalde ansvar, hvis den pågældende institution åbenbart og groft har overskredet grænserne for udøvelsen af sine beføjelser (dom af 25.5.1978, forenede sager 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 og 40/77, HINL m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 1209, præmis 5 og 6).

- 46 Når dette er sagt, må det konstateres, at den nationale lovgiver — i øvrigt ligesom fællesskabsinstitutionerne — ikke altid har en vid skønsbeføjelse, når der er tale om et område, som reguleres af fællesskabsretten. Denne kan pålægge den nationale lovgiver forpligtelser til at nå et bestemt mål eller til at udvise eller undlade en bestemt adfærd, som — undertiden i høj grad — indskrænker rammerne for dens skøn. Dette er navnlig tilfældet, når medlemsstaten — som under de i dommen i sagen Francovich m.fl. omhandlede omstændigheder — i medfør af traktatens artikel 189 er forpligtet til inden udløbet af en vis frist at træffe alle de foranstaltninger, der er nødvendige for at nå det mål, der er fastsat i et direktiv. I dette tilfælde har den omstændighed, at det er den nationale lovgiver, der skal træffe disse foranstaltninger, ingen betydning for medlemsstatens ansvar for manglende gennemførelse af direktivet.
- 47 Når en medlemsstat handler på et område, hvor den har en vid skønsbeføjelse, der kan sammenlignes med den, fællesskabsinstitutionerne har ved gennemførelsen af Fællesskabets politikker, må betingelserne for, at den kan ifalde ansvar, derimod i princippet være de samme som dem, der gælder for Fællesskabets ansvar i en situation, der kan sammenlignes hermed.
- 48 I hovedsagen, der ligger til grund for sag C-46/93, havde den tyske lovgiver udstedt retsfor skrifter på levnedsmiddelområdet, specielt med hensyn til øl. Da der ikke var sket harmonisering på fællesskabsplan, havde den nationale lovgiver en vid skønsbeføjelse på dette område med hensyn til udstedelse af bestemmelser om kvaliteten af det øl, der blev bragt i handelen.

- 49 Med hensyn til de faktiske omstændigheder i sag C-48/93 havde lovgiver i Det Forenede Kongerige ligeledes en vid skønsbeføjelse. Den omtvistede lovgivning vedrørte nemlig dels registreringen af fartøjer — et område, som henset til fællesskabsrettens udviklingstrin henhører under medlemsstaternes kompetence — dels reguleringen af fiskeriet, en sektor, hvor medlemsstaterne har et vist skøn ved gennemførelsen af den fælles politik.
- 50 Det fremgår således, at den tyske lovgiver og lovgiver i Det Forenede Kongerige i de foreliggende tilfælde stod over for situationer, hvor de skulle træffe et valg, der kan sammenlignes med det, fællesskabsinstitutionerne foretager ved udstedelsen af generelle retsakter i forbindelse med en fællesskabspolitik.
- 51 Under sådanne omstændigheder anerkender fællesskabsretten en ret til erstatning, såfremt tre betingelser er opfyldt, nemlig at den bestemmelse, der er overtrådt, har til formål at tillægge borgerne rettigheder, at overtrædelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og endelig, at der er en direkte årsagsforbindelse mellem statens overtrædelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab.
- 52 Disse betingelser tilgodeser for det første kravet om fællesskabsrettens fulde virkning og den effektive beskyttelse af de heri anerkendte rettigheder.
- 53 For det andet svarer de i det væsentlige til de betingelser, Domstolen har fastsat på grundlag af artikel 215 i sin praksis vedrørende Fællesskabets ansvar for tab, der er forvoldt borgerne ved fællesskabsinstitutionernes ulovlige generelle retsakter.

- 54 Det er åbenbart, at den første betingelse er opfyldt, for så vidt angår traktatens artikel 30, som sag C-46/93 drejer sig om, og traktatens artikel 52, som sag C-48/93 drejer sig om. Selv om der ved artikel 30 pålægges medlemsstaterne et forbud, afføder bestemmelsen nemlig ikke desto mindre rettigheder for borgerne, som de nationale retsinstanser skal beskytte (dom af 22.3.1977, sag 74/76, Ianelli og Volpi, Sml. s. 557, præmis 13). Traktatens artikel 52 tillægger ligeledes efter sin natur borgerne rettigheder (dom af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631, præmis 25).
- 55 Hvad angår den anden betingelse, er det afgørende kriterium for, om en overtrædelse af fællesskabsretten kan anses for tilstrækkelig kvalificeret — både med hensyn til Fællesskabets ansvar i henhold til artikel 215 og medlemsstaternes ansvar for overtrædelser af fællesskabsretten — om en medlemsstat eller en fællesskabsinstitution åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser.
- 56 Som eksempler på de momenter, den kompetente retsinstans i den forbindelse kan tage i betragtning, skal nævnes følgende: hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, hvor vidt et skøn, den tilsidesatte bestemmelse overlader de nationale myndigheder eller fællesskabsmyndighederne, om overtrædelsen er begået eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til undladelsen, vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten.
- 57 En overtrædelse af fællesskabsretten er under alle omstændigheder åbenbart kvalificeret, når den har været ved til trods for, at der er afsagt en dom, der fastslår traktatbruddet, en dom i en præjudiciel sag, eller der foreligger en fast praksis ved Domstolen på det pågældende område, hvoraf det fremgår, at den omtvistede adfærd har karakter af en overtrædelse.

- 58 I de foreliggende tilfælde kan Domstolen ikke sætte sin vurdering i stedet for de nationale retsinstansers, der alene er kompetente til at fastlægge de faktiske omstændigheder i hovedsagerne og til at tage stilling til, hvor kvalificerede de omhandlede overtrædelser af fællesskabsretten er. Domstolen anser det imidlertid for formålstjenligt at henvise til nogle omstændigheder, som de nationale retsinstanser kan tage i betragtning.
- 59 Således må der i sag C-46/93 sondres mellem spørgsmålet om den tyske lovgivers opretholdelse af bestemmelserne i Biersteuergesetz om det såkaldte »Reinheitsgebot« for øl, hvorefter det var forbudt at bringe øl, der var indført fra andre medlemsstater og lovligt fremstillet efter andre regler, i handelen under betegnelsen »Bier«, og spørgsmålet om opretholdelse af de bestemmelser i samme lov, hvorefter det var forbudt at indføre øl, der indeholdt tilsætningsstoffer. Den tyske lovgivnings overtrædelse af traktatens artikel 30 kan, for så vidt angår bestemmelserne vedrørende betegnelsen af det produkt, der bringes i handelen, vanskeligt betragtes som en undskyldelig fejltagelse, eftersom det i lyset af Domstolens tidligere praksis, navnlig dom af 20. februar 1979, den såkaldte »Cassis de Dijon«-dom, sag 120/78, Rewe-Zentral (Sml. s. 649), og af 9. december 1981, sag 193/80, Kommissionen mod Italien (Sml. s. 3019), måtte forekomme åbenbart, at sådanne bestemmelser var uforenelige med traktatens artikel 30. Derimod måtte de oplysninger, den nationale lovgiver sad inde med, i betragtning af retspraksis på området forekomme langt mindre overbevisende, for så vidt angik afgørelsen af spørgsmålet om, hvorvidt dette forbud var i strid med fællesskabsretten, indtil den ovennævnte dom af 12. marts 1987, Kommissionen mod Tyskland, hvorved Domstolen fandt forbuddet mod at anvende tilsætningsstoffer uforeneligt med artikel 30.
- 60 Der kan ligeledes fremsættes en række bemærkninger for så vidt angår de nationale bestemmelser, sag C-48/93 drejer sig om.
- 61 Den beslutning, der blev truffet af lovgiver i Det Forenede Kongerige om at optage bestemmelser i Merchant Shipping Act 1988 om betingelserne for registrering af fiskerfartøjer, må bedømmes forskelligt, alt efter om der er tale om bestemmelser, hvori der fastsættes et nationalitetskrav som betingelse for registrering, og som

udgør en direkte forskelsbehandling, der er i åbenbar modstrid med fællesskabsretten, eller om der er tale om bestemmelser, hvori der fastsættes krav om bopæl og fast ophold for ejerne og bestyrerne af fartøjerne.

- 62 Kravet om, at de sidstnævnte betingelser skulle være opfyldt, synes umiddelbart at være uforeneligt med især traktatens artikel 52, men Det Forenede Kongerige fandt disse betingelser begrundede under henvisning til den fælles fiskeripolitikens mål. Domstolen forkastede denne begrundelse i ovennævnte Factortame II-dom.
- 63 Ved bedømmelsen af, om den overtrædelse af artikel 52, Det Forenede Kongerige således har begået, er tilstrækkelig kvalificeret, vil den nationale retsinstans bl.a. kunne tage hensyn til de retlige uoverensstemmelser, der har sammenhæng med den fælles fiskeripolitikens særegenheder, Kommissionens holdning, som den i rette tid underrettede Det Forenede Kongerige om, og de vurderinger af klarheden i retstilstanden efter fællesskabsretten, de nationale retsinstanser har anlagt i forbindelse med de sager om foreløbige forholdsregler, der er indledt af de borgere, der berøres af anvendelsen af Merchant Shipping Act.
- 64 Endelig kan der også tages hensyn til det af Rawlings (Trawling) Ltd, sagsøger 37 i sag C-48/93, fremsatte anbringende om, at Det Forenede Kongerige ikke øjeblikkelig traf de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af den kendelse i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, der som nævnt ovenfor blev afsagt af Domstolens præsident den 10. oktober 1989, hvilket bevirkede, at det af selskabet lidte tab forøgedes unødvendigt. Dette forhold — som Det Forenede Kongerige ganske vist udtrykkeligt har bestridt under retsmødet — må, hvis det skulle vise sig at være rigtigt, af den nationale retsinstans anses for i sig selv at udgøre en åbenbar og dermed tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af fællesskabsretten.
- 65 Med hensyn til den tredje betingelse tilkommer det de nationale retsinstanser at tage stilling til, om der er en direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelsen af den forpligtelse, der påhviler staten, og de skadelidtes tab.

- 66 De tre ovenfor anførte betingelser er nødvendige for og tilstrækkelige til, at borgerne har en ret til erstatning, uden at det af den grund er udelukket, at staten kan ifalde ansvar efter mindre restriktive betingelser i henhold til national ret.
- 67 Med det forbehold, at borgerne har en ret til erstatning, som følger direkte af fællesskabsretten, når de betingelser, der er anført i ovenstående præmis, er opfyldt, gennemføres statens erstatningsansvar for det forvoldte tab — som det fremgår af Francovich m.fl.-dommen, præmis 41, 42 og 43 — efter nationale erstatningsregler, dog således at betingelserne i medlemsstaternes nationale lovgivning for erstatning af tab ikke må være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og ikke må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning (jf. også dom af 9.11.1983, sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595).
- 68 I så henseende kan de begrænsninger, der findes i de nationale retsordener med hensyn til det offentliges ansvar uden for kontraktforhold som følge af udøvelsen af den lovgivende magt, i praksis være egnede til at gøre det umuligt eller urimeligt vanskeligt for borgerne at gøre brug af den ved fællesskabsretten sikrede ret til erstatning for tab, der skyldes overtrædelse af denne.
- 69 I sag C-46/93 har den nationale retsinstans specielt rejst spørgsmålet om, hvorvidt national ret kan undergive et eventuelt krav på erstatning de samme begrænsninger, som gælder i tilfælde af, at en national lov strider mod trindhøjere nationale bestemmelser, f.eks. den situation, at en almindelig tysk forbundslov strider mod Forbundsrepublikken Tysklands GG.
- 70 Hertil bemærkes, at indførelsen af sådanne begrænsninger ganske vist synes at være i overensstemmelse med kravet om, at der ikke må fastsættes betingelser, der

er mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, men at det også må undersøges, om sådanne begrænsninger i praksis kan gøre det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning.

71 Den betingelse, der efter tysk ret gælder i tilfælde af, at en lov strider mod trindhøjere nationale bestemmelser, og som lader erstatningen være afhængig af, at lovgivers handling eller undladelse vedrører den enkeltes situation, ville i praksis gøre det umuligt eller urimeligt vanskeligt faktisk at erstatte tab, der skyldes overtrædelsen af fællesskabsretten, da de opgaver, der påhviler den nationale lovgiver, i princippet vedrører almenheden og ikke er rettet mod bestemte personer eller personkredse, der kan betragtes enkeltvis.

72 Eftersom en sådan betingelse er til hinder for de nationale retsinstansters forpligtelse til at sikre fællesskabsrettens fulde virkning og en effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder, må den undlades anvendt i tilfælde af en overtrædelse af fællesskabsretten, der må tilregnes den nationale lovgiver.

73 Også den betingelse, der eventuelt kan komme på tale i engelsk ret, og hvorefter der, for at det offentlige kan ifalde ansvar, som udgangspunkt skal føres bevis for, at der foreligger misbrug af beføjelser ved udøvelsen af en offentlig funktion (*misfeasance in public office*), hvilket er utænkeligt, når der er tale om lovgiver, kan i praksis gøre det umuligt at opnå erstatning for tab, der skyldes overtrædelsen af fællesskabsretten, når denne må tilregnes den nationale lovgiver.

74 Svaret til de nationale retsinstanser må derfor være, at når en medlemsstats overtrædelse af fællesskabsretten må tilregnes den nationale lovgiver, der handler på et område, hvor denne har en vid skønsbeføjelse, når der skal træffes valg af normativ karakter, har de borgere, der har lidt skade, ret til erstatning, når den bestemmelse i fællesskabsretten, der er overtrådt, har til formål at tillægge dem rettigheder, når

overtrædelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og når der er en direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og de skadelidtes tab. Med dette forbehold gennemføres statens erstatningsansvar for det tab, der er forvoldt ved overtrædelsen af fællesskabsretten, som må tilregnes staten, efter nationale erstatningsregler, dog således at betingelserne i den nationale lovgivning, der finder anvendelse, ikke må være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og heller ikke må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning.

Spørgsmålet om, hvorvidt erstatningen kan gøres betinget af culpa [spørgsmål 3] i sag C-46/93]

- 75 Med det tredje spørgsmål ønsker Bundesgerichtshof i det væsentlige oplyst, om den nationale retsinstans inden for rammerne af den nationale lovgivning, den anvender, kan gøre erstatningen af tabet betinget af, at der foreligger culpa (forsæt eller uagtsomhed) hos det statslige organ, overtrædelsen må tilregnes.
- 76 For det første bemærkes, at begrebet culpa — som det fremgår af oplysningerne i sagen — ikke har samme indhold i de forskellige retssystemer.
- 77 Dernæst bemærkes — som det fremgår af den redegørelse, der er givet som svar på det foregående spørgsmål — at når en overtrædelse af fællesskabsretten må tilregnes en medlemsstat, der handler på et område, hvor den har en vid skønsebeføjelse, når der skal træffes valg af normativ karakter, er anerkendelsen af en ret til erstatning på grundlag af fællesskabsretten bl.a. undergivet den betingelse, at den pågældende overtrædelse er tilstrækkelig kvalificeret.
- 78 Visse objektive og subjektive momenter, som i et nationalt retssystem kan være knyttet til culpabegrebet, er således relevante for bedømmelsen af, om en overtræ-

delse af fællesskabsretten er kvalificeret eller ej (se de ovenfor i præmis 56 og 57 omtalte momenter).

79 Heraf følger, at forpligtelsen til at erstatte de tab, der er forvoldt borgerne, ikke kan undergives en betingelse, der støttes på et culpabegreb, som går videre end den tilstrækkelig kvalificerede overtrædelse af fællesskabsretten. At fastsætte en sådan yderligere betingelse ville nemlig være ensbetydende med at rejse tvivl om retten til erstatning, som følger af fællesskabsretten.

80 Følgelig må svaret til den nationale retsinstans være, at den ikke inden for rammerne af den nationale lovgivning, den anvender, kan gøre erstatningen af tabet betinget af, at der hos det statslige organ, overtrædelsen må tilregnes, foreligger culpa (forsæt eller uagtsomhed), som går videre end den tilstrækkelig kvalificerede overtrædelse af fællesskabsretten.

Spørgsmålet om erstatningens faktiske omfang [spørgsmål 4 a), i sag C-46/93 og spørgsmål 2) i sag C-48/93]

81 Med disse spørgsmål anmoder de nationale retsinstanser i det væsentlige Domstolen om at fastsætte kriterier, der gør det muligt at fastlægge omfanget af den erstatning, som den medlemsstat, overtrædelsen må tilregnes, skal betale.

82 I den forbindelse må det understreges, at erstatningen for tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, skal stå i passende forhold til det lidte tab, således at der sikres en effektiv beskyttelse af deres rettigheder.

- 83 Da der ikke findes fællesskabsbestemmelser på dette område, tilkommer det den nationale retsorden i hver enkelt medlemsstat at fastsætte kriterier, der gør det muligt at fastlægge erstatningens omfang, dog således at kriterierne ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og at de under ingen omstændigheder må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning.
- 84 Specielt må det præciseres, at den nationale retsinstans ved afgørelsen af, hvilket tab der skal erstattes, kan undersøge, om den skadelidte på passende måde har søgt at undgå skaden eller begrænse dens omfang, og navnlig om skadelidte i rette tid har gjort brug af alle de retsmidler, der stod til hans disposition.
- 85 Ifølge en almindelig retsgrundsætning, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, skal skadelidte nemlig på passende måde søge at begrænse skadens omfang, idet vedkommende ellers selv må bære tabet (dom af 19.5.1992, forenede sager C-104/89 og C-37/90, Mulder m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 3061, præmis 33).
- 86 Bundesgerichtshof har spurgt, om erstatningspligten efter nationale bestemmelser generelt kan begrænses til skader på bestemte særligt beskyttede individuelle retsgoder, såsom ejendomsretten, eller om sagsøgernes tabte fortjeneste også skal dækkes. Den gør opmærksom på, at chancerne for at afsætte produkter fra andre medlemsstater på markedet efter tysk ret ikke opfattes som en del af virksomhedens beskyttede aktiver.
- 87 Hertil bemærkes, at det i tilfælde af overtrædelse af fællesskabsretten ikke kan accepteres, at tabt fortjeneste fuldstændig udelukkes fra de tab, der kan kræves erstattet. Specielt ved tvister af økonomisk eller forretningsmæssig karakter kan en sådan fuldstændig udelukkelse af tabt fortjeneste nemlig gøre det umuligt at erstatte tabet.

- 88 For så vidt angår de forskellige erstatningskrav, der er omhandlet i Divisional Court's andet spørgsmål, fastsættes der ikke særlige kriterier i fællesskabsretten. Det tilkommer den nationale retsinstans at træffe afgørelse vedrørende disse erstatningskrav i overensstemmelse med den nationale lovgivning, den anvender, idet de krav, der er anført ovenfor i præmis 83, dog skal overholdes.
- 89 Specielt med hensyn til tilkendelsen af »exemplary damages« må det præciseres, at denne form for erstatning — som den nationale retsinstans har anført — efter national ret er baseret på, at det fastslås, at vedkommende offentlige myndigheder har handlet uretfærdigt, vilkårligt eller forfatningsstridigt. For så vidt som disse former for adfærd kan udgøre en overtrædelse af fællesskabsretten eller forværre den, kan tilkendelse af »exemplary damages« ikke udelukkes under et søgsmål på grundlag af fællesskabsretten, når en sådan erstatning kan tilkendes under et tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret.
- 90 Svaret til de nationale retsinstanser må derfor være, at den erstatning, medlemsstaterne skal betale for skader, de har forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, skal stå i passende forhold til det lidte tab. Da der ikke findes fællesskabsbestemmelser på dette område, tilkommer det den nationale retsorden i hver enkelt medlemsstat at fastsætte kriterier, der gør det muligt at fastlægge erstatningens omfang, dog således at kriterierne ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og at de under ingen omstændigheder må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning. Nationale bestemmelser, hvorefter den skade, der kan erstattes, generelt begrænses til kun at omfatte skader på bestemte særligt beskyttede individuelle retsgoder, med udelukkelse af borgernes tabte fortjeneste, er ikke i overensstemmelse med fællesskabsretten. Endvidere skal særlige former for erstatning, såsom »exemplary damages« i henhold til engelsk ret, kunne tilkendes under et søgsmål på grundlag af fællesskabsretten, hvis de kan tilkendes under et tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret.

Spørgsmålet om, hvilken periode erstatningen skal omfatte [spørgsmål 4 b), i sag C-46/93]

- 91 Med dette spørgsmål ønsker den nationale retsinstans oplyst, om den skade, der skal erstattes, også omfatter skader, der var lidt, før Domstolen afsagde en dom, hvori det blev fastslået, at der forelå en overtrædelse.
- 92 Som det fremgår af svaret på det andet spørgsmål, følger retten til erstatning af fællesskabsretten, når de ovenfor i præmis 51 anførte betingelser er opfyldt.
- 93 En af betingelserne er, at overtrædelsen af fællesskabsretten er tilstrækkelig kvalificeret. En dom afsagt af Domstolen, hvorved det forinden er fastslået, at der foreligger en overtrædelse, er et moment, der ganske vist har afgørende betydning, men som ikke er nødvendigt for at godtgøre, at denne betingelse er opfyldt (jf. præmis 55, 56 og 57 i nærværende dom).
- 94 At anerkende, at vedkommende medlemsstats erstatningspligt kan begrænses til kun at omfatte skader, der er lidt, efter at Domstolen har afsagt en dom, hvori den pågældende overtrædelse er blevet fastslået, ville således være ensbetydende med at rejse tvivl om den ret til erstatning, der anerkendes af fællesskabsretsordenen.
- 95 Desuden ville det være i strid med princippet om fællesskabsrettens effektive virkning at gøre erstatning af skaden betinget af, at Domstolen forinden har fastslået, at der foreligger en overtrædelse af fællesskabsretten, der må tilregnes en medlemsstat, eftersom enhver ret til erstatning så ville være udelukket, så længe den formodede overtrædelse ikke har været genstand for et søgsmål anlagt af Kommissionen i medfør af traktatens artikel 169 og en fældende dom afsagt af Domstolen. Imidlertid kan rettigheder, der tilkommer borgerne, og som følger af fællesskabsbestemmelser, der har direkte virkning i medlemsstaternes interne retsorden, ikke

afhænge af Kommissionens vurdering af, om det er hensigtsmæssigt at anlægge sag mod en medlemsstat i henhold til traktatens artikel 169, eller af, om Domstolen eventuelt har afsagt en dom, hvori overtrædelsen fastslås (jf. i denne retning dom af 14.12.1982, forenede sager 314/81, 315/81, 316/81 og 83/82, Waterkeyn m.fl., Sml. s. 4337, præmis 16).

- 96 Det forelagte spørgsmål må derfor besvares med, at medlemsstaternes forpligtelse til at erstatte skader, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, der må tilregnes medlemsstaterne, ikke kan begrænses til kun at omfatte skader, der er lidt, efter at Domstolen har afsagt en dom, hvori den pågældende overtrædelse er blevet fastslået.

Begæringen om begrænsning af dommens tidsmæssige virkninger

- 97 Den tyske regering har anmodet Domstolen om at begrænse de tab, Forbundsrepublikken Tyskland eventuelt skal erstatte, til kun at omfatte tab, der er indtrådt efter afsigelsen af dommen i den foreliggende sag, medmindre de skadelidte forinden har anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage. Regeringen finder, at en sådan begrænsning af dommens tidsmæssige virkninger er nødvendig som følge af dens betydelige økonomiske konsekvenser for Forbundsrepublikken.
- 98 For det tilfælde, at den nationale retsinstant måtte føle sig foranlediget til at fastslå, at betingelserne for, at Forbundsrepublikken Tyskland kan ifalde erstatningsansvar, er opfyldt i det foreliggende tilfælde, må det erindres, at statens erstatningsansvar for det forvoldte tab skal gennemføres efter nationale erstatningsregler. I forbindelse med de formelle og materielle betingelser i medlemsstaternes nationale lovgivning for erstatning af tab kan der tages hensyn til de krav, retssikkerhedsprincippet medfører.

- 99 Det bemærkes imidlertid, at disse betingelser ikke må være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og heller ikke må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning (Francovich m.fl.-dommen, præmis 43).
- 100 Når henses hertil finder Domstolen det uforholdsmæssigt at begrænse nærværende doms tidsmæssige virkninger.

Sagens omkostninger

- 101 De udgifter, der er afholdt af den danske, den tyske, den græske, den spanske, den franske og den nederlandske regering, Irland og Det Forenede Kongerige samt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for de nationale retter, tilkommer det disse at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Bundesgerichtshof ved kendelse af 28. januar 1993 og af High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, ved kendelse af 18. november 1992, for ret:

- 1) Princippet om, at medlemsstaterne er forpligtet til at erstatte tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilregnes

medlemsstaterne, finder anvendelse, når den pågældende overtrædelse må tilskrives den nationale lovgiver.

- 2) Når en medlemsstats overtrædelse af fællesskabsretten må tilregnes den nationale lovgiver, der handler på et område, hvor denne har en vid skønsbeføjelse, når der skal træffes valg af normativ karakter, har de borgere, der har lidt skade, ret til erstatning, når den bestemmelse i fællesskabsretten, der er overtrådt, har til formål at tillægge dem rettigheder, når overtrædelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og når der er en direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og de skadelidtes tab. Med dette forbehold gennemføres statens erstatningsansvar for det tab, der er forvoldt ved overtrædelsen af fællesskabsretten, som må tilregnes staten, efter nationale erstatningsregler, dog således at betingelserne i den nationale lovgivning, der finder anvendelse, ikke må være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og heller ikke må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning.
- 3) Den nationale retsinstant kan ikke inden for rammerne af den nationale lovgivning, den anvender, gøre erstatningen af tabet betinget af, at der hos det statslige organ, overtrædelsen må tilregnes, foreligger culpa (forsæt eller uagtsomhed), som går videre end den tilstrækkelig kvalificerede overtrædelse af fællesskabsretten.
- 4) Den erstatning, medlemsstaterne skal betale for skader, de har forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, skal stå i passende forhold til det lidte tab. Da der ikke findes fællesskabsbestemmelser på dette område, tilkommer det den nationale retsorden i hver enkelt medlemsstat at fastsætte kriterier, der gør det muligt at fastlægge erstatningens omfang, dog således at kriterierne ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og at de under ingen omstændigheder må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning. Nationale bestemmelser, hvorefter den skade, der kan erstattes, generelt begrænses til kun at omfatte skader på bestemte særligt beskyttede individuelle retsgoder, med udelukkelse af

borgernes tabte fortjeneste, er ikke i overensstemmelse med fællesskabsretten. Endvidere skal særlige former for erstatning, såsom »exemplary damages« i henhold til engelsk ret, kunne tilkendes under et søgsmål på grundlag af fællesskabsretten, hvis de kan tilkendes under et tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret.

- 5) Medlemsstaternes forpligtelse til at erstatte skader, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, der må tilregnes medlemsstaterne, kan ikke begrænses til kun at omfatte skader, der er lidt, efter at Domstolen har afsagt en dom, hvori den pågældende overtrædelse er blevet fastslået.

Rodríguez Iglesias

Kakouris

Edward

Hirsch

Mancini

Schockweiler

Moitinho de Almeida

Gulmann

Murray

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 5. marts 1996.

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær

Præsident

DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

21. juni 2007*

I de forenede sager C-231/06 — C-233/06,

angående anmodninger om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Cour du travail, Bruxelles (Belgien), ved afgørelser af 10. maj 2006, indgået til Domstolen den 22. maj 2006, i sagerne:

Office national des pensions

mod

Emilienne Jonkman (sag C-231/06),

Hélène Vercheval (sag C-232/06)

og

Noëlle Permesaen (sag C-233/06)

mod

Office national des pensions,

* Processprog: fransk.

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne R. Schintgen, A. Borg Barthet, M. Ilešič (refererende dommer) og E. Levits,

generaladvokat: J. Kokott

justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 1. marts 2007,

efter at der er afgivet indlæg af:

- E. Jonkman, H. Vercheval og N. Permesaen ved avocat J. Heynderickx
- Office national des pensions ved avocats R. Dupont og M. Willemet
- den italienske regering ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato W. Ferrante
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved G. Rozet og M. van Beek, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 29. marts 2007,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT 1979 L 6, s. 24).
- 2 Anmodningerne er blevet indgivet i forbindelse med sager mellem E. Jonkman, H. Vercheval og N. Permesaen og Office national des pensions (herefter »ONP«).

Twisten i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

- 3 E. Jonkman, H. Vercheval og N. Permesaen indgav efter at have arbejdet som stewardesser ved SABENA SA, société anonyme belge de navigation aérienne, ansøgning om alderspension i deres egenskab af den civile luftfarts flyvende personel. De indgav ansøgningerne i løbet af henholdsvis 1992, 1995 og 1996 med henblik på at gøre deres pensionsrettigheder gældende fra henholdsvis den 1. marts 1993, den 1. juli 1996 og den 1. februar 1997.
- 4 ONP tildelte stewardesserne pension. E. Jonkman, H. Vercheval og N. Permesaen påklagede imidlertid ONP's afgørelser til Tribunal du travail, Bruxelles, for

E. Jonkmans vedkommende og til Tribunal du travail, Nivelles, for H. Verchevals og N. Permesaens vedkommende, idet de gjorde gældende, at beregningen af deres pensioner var baseret på diskriminerende bestemmelser, og at de burde modtage en pension, der var beregnet i henhold til samme regler som dem, der var gældende for det mandlige kabinepersonale.

- 5 Nærmere bestemt fremgik det af en sammenligning af de berørtes pensionsberegninger, at den løn, som ONP havde taget hensyn til, for perioden fra den 1. januar 1964 til den 31. december 1980 var væsentligt mindre for stewardesserne end for stewarderne på trods af, at deres grundløn var den samme.

- 6 Dette skyldtes en forskellig behandling af stewardesserne på den ene side og det øvrige kabinepersonale på den anden side i løbet af ovennævnte periode. Ved kongelig anordning af 10. januar 1964 om fastlæggelse af de bidrag, der skal finansiere den lovbestemte ordning for alders- og efterladtepension for den civile luftfarts flyvende personel, samt de nærmere betingelser for udbetalingen heraf (*Moniteur belge* af 17.1.1964, s. 464), der trådte i kraft den 1. januar 1964, blev der således indført en særordning for alderspension til den civile luftfarts flyvende personel, som stewardesserne imidlertid ikke var omfattet af. Stewardesserne var fortsat underlagt den almindelige alderspensionsordning for arbejdstagere, der var kendetegnet ved, at den i forhold til opkrævningen af bidrag og beregningen af pensionen tog hensyn til en forholdsmæssigt mindre del af vederlaget end den, der tjente som beregningsgrundlag under særordningen for den civile luftfarts flyvende personel.

- 7 Begrundelsen for at udelukke stewardesser fra denne særlige alderspensionsordnings anvendelsesområde var, at de på daværende tidspunkt ikke havde mulighed for at fortsætte deres karriere som flyvende personel ud over det fyldte 40. år. De kunne derfor ikke tilbagelægge et fuldstændigt pensionsopsparingsforløb. Af disse grunde besluttede Kongeriget Belgien, at stewardesserne ikke skulle være omfattet af den indførte særordning.

- 8 Problematikken i forbindelse med ansættelsesforløbet ved Sabena SA og stewardessernes pensionsordning har været genstand for flere tvister ved de belgiske domstole, hvoraf nogle er blevet afgjort på grundlag af en dom afsagt af Domstolen i anledning af en præjudiciel forelæggelse (dom af 25.5.1971, sag 80/70, Defrenne, Sml. 1971, s. 109, org.ref.: Rec. s. 445, af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455, og af 15.6.1978, sag 149/77, Defrenne, Sml. s. 1365). Ved kongelig anordning af 27. juni 1980 om ændring af kongelig anordning af 3. november 1969 om særregler vedrørende ret til pension for den civile luftfarts flyvende personel og særlige bestemmelser for anvendelsen af kongelig anordning nr. 50 af 24. oktober 1967 om alders- og efterladtepension til arbejdstagere (*Moniteur belge* af 23.8.1980, s. 9700), der trådte i kraft den 1. januar 1981, blev stewardesserne endelig omfattet af særordningen for den civile luftfarts flyvende personel. Efterfølgende indførte den belgiske lovgiver ved kongelig anordning af 28. marts 1984, der havde samme titel som den foregående (*Moniteur belge* af 3.4.1984, s. 4100), en udligningsordning for stewardesserne for så vidt angik perioden fra den 1. januar 1964 til den 31. december 1980. Da denne kongelige anordning blev ophævet af Belgiens Conseil d'Etat ved dom af 7. september 1987, blev der den 25. juni 1997 vedtaget en ny kongelig anordning, der ligeledes havde den samme titel (*Moniteur belge* af 31.7.1997, s. 19635, herefter »kongelig anordning af 25. juni 1997«), med henblik på at afhjælpe den forskellige behandling mellem stewardesser og stewarder i løbet af perioden fra den 1. januar 1964 til den 31. december 1980.
- 9 I medfør af kongelig anordning af 25. juni 1997 har stewardesser, der har udøvet denne beskæftigelse i perioden fra den 1. januar 1964 til den 31. december 1980, fremover ret til en alderspension, der beregnes i henhold til de samme bestemmelser som dem, der er gældende for stewarder, på betingelse af, at de i form af et engangsbeløb indbetaler udligningsbidrag med tillæg af renter på 10% p.a. Disse udligningsbidrag udgøres i det væsentlige af forskellen mellem de bidrag, der er indbetalt af stewardesserne i løbet af perioden fra den 1. januar 1964 til den 31. december 1980, og de højere bidrag, der er indbetalt af stewarderne i løbet af samme periode.
- 10 E. Jonkman, H. Vercheval og N. Permesaen er af den opfattelse, at den udligningsordning, der er indført ved kongelig anordning af 25. juni 1997, ikke gør det muligt at fjerne enhver forskelsbehandling mellem stewardesserne og stewarderne.

- 11 Ved dom af 17. november 1997 og af 9. januar 1998 afsagt af henholdsvis Tribunal du travail, Bruxelles, og Tribunal du travail, Nivelles, blev der givet medhold i E. Jonkmans og H. Verchevals søgsmål med den begrundelse, at metoden til beregning af deres pensioner var diskriminerende.

- 12 For så vidt angik N. Permesaens søgsmål tog Tribunal du travail, Nivelles, ved dom af 26. december 2003 ONP's argumenter delvist til følge. Tribunal du travail fastslog, at det ikke udgjorde forskelsbehandling at gøre tildelingen af en pension, der var identisk med de mandlige arbejdstageres, betinget af indbetaling af de bidrag, der skulle være indbetalt, hvis den kvindelige arbejdstager havde været omfattet af denne ordning hele hendes beskæftigelsesperiode. Tribunal du travail fandt derimod, at den årlige forrentning på 10% var diskriminerende.

- 13 ONP ankede dommen af 17. november 1997 og af 9. januar 1998 til Cour du travail, Bruxelles. N. Permesaens ankede dommen af 26. december 2003 til samme retsinstans.

- 14 Cour du travail, Bruxelles, fandt, at de praktiske aspekter i forbindelse med den udligningsordning, der blev indført ved kongelig anordning af 25. juni 1997, kan være diskriminerende. Retten påpegede i denne henseende, at engangsbetalingen af et meget stort beløb er en ikke uvæsentlig hindring for en pensionist. Cour du travail henviste ligeledes til det skattemæssige aspekt ved denne tilslutning med tilbagevirkende gyldighed, idet bidragene på daværende tidspunkt var fradragsberettigede for stewarderne, hvilket ikke er tilfældet for stewardesserne. Endelig påpegede retten, at den rentesats, der er pålagt, er højere end den lovbestemte rentesats for morarenter samt bankrenten.

- 15 Cour du travail, Bruxelles, var af den opfattelse, at afgørelsen af tvisterne i hovedsagerne afhang af fortolkningen af direktiv 79/7. Retten har derfor besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal direktiv 79/7 fortolkes således, at det tillader en medlemsstat at vedtage retsfor skrifter, som tilsigter at give en kategori af personer af et bestemt køn, der tidligere har været udsat for forskelsbehandling, mulighed for at drage fordel af en pensionsordning, som finder anvendelse på en kategori af personer af det andet køn, idet førstnævnte kategori af personer med tilbagevirkende gyldighed betaler bidrag (en enkelt betaling af et meget stort beløb), som i henhold til den i denne stat gældende lovgivning er fastsat for den sidstnævnte kategori af personer?

Hvis dette spørgsmål besvares bekræftende, skal direktiv 79/7 da fortolkes således, at en medlemsstat er forpligtet til at tilpasse den lovgivning, der er i strid med denne bestemmelse, så snart en dom fra De Europæiske Fællesskabers Domstol har fastslået, at denne lovkonflikt foreligger, eller i det mindste inden for den forældelsesfrist, som finder anvendelse på opkrævning af bidrag, som udspringer af vedtagelsen af disse retsfor skrifter?

2) Skal direktiv 79/7 fortolkes således, at det tillader en medlemsstat at vedtage retsfor skrifter, som tilsigter at give en kategori af personer af et bestemt køn, der tidligere har været udsat for forskelsbehandling, mulighed for at drage fordel af en pensionsordning, som finder anvendelse på en kategori af personer af det andet køn, idet førstnævnte kategori af personer betaler væsentlige morarenter, som i henhold til den i denne stat gældende lovgivning er fastsat for den sidstnævnte kategori af personer?

Hvis dette spørgsmål besvares bekræftende, skal direktiv 79/7 da fortolkes således, at en medlemsstat er forpligtet til at tilpasse den lovgivning, der er i strid med denne bestemmelse, så snart en dom fra De Europæiske Fællesskabers Domstol har fastslået, at denne lovkonflikt foreligger, eller i det mindste inden for den forældelsesfrist, som finder anvendelse på morarenter, som udspringer af vedtagelsen af disse retsfor skrifter?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

- 16 Det skal indledningsvis bemærkes, at det er ubestridt af parterne i hovedsagen, at den oprindelige udelukkelse af stewardesserne fra anvendelsesområdet for den særlige pensionsordning for den civile luftfarts flyvende personel var diskriminerende.
- 17 Det skal ligeledes indledningsvis bemærkes, at artikel 141, stk. 1 og 2, EF vedrørende princippet om lige løn til mænd og kvinder ikke finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, eftersom denne artikel kun finder anvendelse på erhvervstilknyttede pensionsordninger og ikke på lovbestemte pensionsordninger (dommen af 25.5.1971, Defrenne, præmis 10-13, dom af 6.10.1993, sag C-109/91, Ten Oever, Sml. I, s. 4879, præmis 9, og af 21.7.2005, sag C-207/04, Vergani, Sml. I, s. 7453, præmis 22 og 23).
- 18 Det er derfor med rette, at den forelæggende ret har stillet spørgsmålene vedrørende direktiv 79/7, der finder anvendelse på lovbestemte ordninger på området for social sikring, herunder lovbestemte pensionsordninger (dom af 1.7.1993, sag C-154/92, van Cant, Sml. I, s. 3811, præmis 10 og 11).
- 19 I direktivets artikel 4, stk. 1, forbydes »forskelsbehandling [...] på grundlag af køn [...], især for så vidt angår [...] anvendelsesområdet for ordningerne samt betingelserne for adgang til disse [...], bidragspligt og beregning af bidrag [og] beregningen af ydelserne«. Denne bestemmelse kan påberåbes af borgerne for de nationale domstole med henblik på, at disse undlader at anvende en national bestemmelse, som ikke er i overensstemmelse med artiklen (dom af 13.12.1989, sag C-102/88, Ruzius-Wilbrink, Sml. s. 4311, præmis 19, og af 27.10.1993, sag C-337/91, van Gemert-Derks, Sml. I, s. 5435, præmis 31).

Kravet om indbetaling af udligningsbidrag

- 20 Med den første del af spørgsmålene ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 79/7 er til hinder for, at en medlemsstat, såfremt den vedtager retsfor skrifter, som tilsigter at give personer af et bestemt køn, der tidligere har været udsat for forskelsbehandling, mulighed for at være omfattet af den pensionsordning, som finder anvendelse på personer af det andet køn, gør en sådan tilslutning til ordningen afhængig af, at der i form af et engangsbeløb og med tillæg af renter på 10% p.a. indbetales udligningsbidrag, som udgøres af forskellen mellem de bidrag, der er indbetalt af de personer, som tidligere har været udsat for forskelsbehandling, i løbet af den periode, under hvilken forskelsbehandlingen fandt sted, og de højere bidrag, der er indbetalt af den anden kategori af personer i løbet af samme periode.
- 21 Det fremgår af de indlæg, der er afgivet for Domstolen, at parterne i hovedsagen, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og den italienske regering alle er af den opfattelse, at den hovedbetingelse, som stewardesserne i medfør af kongelig anordning af 25. juni 1997 skal opfylde, for at deres erhvervsmæssige aktivitet i perioden fra den 1. januar 1964 til den 31. december 1980 bliver taget i betragtning på samme måde som stewardernes erhvervsmæssige aktivitet, dvs. indbetalingen af et beløb, der repræsenterer forskellen mellem de bidrag, stewardesserne indbetalte i løbet af den pågældende periode, og de højere bidrag, der blev indbetalt af stewarderne i løbet af samme periode, ikke i sig selv er diskriminerende.
- 22 Dette synspunkt er korrekt. Som Domstolen allerede har fastslået i forbindelse med tvister vedrørende erhvervstilknyttede pensionsordninger, indebærer den omstændighed, at en arbejdstager kan stille krav om at blive omfattet af en sådan ordning med tilbagevirkende kraft, ikke, at arbejdstageren kan undgå at betale bidrag til ordningen for det tidsrum, der er tale om (dom af 28.9.1994, sag C-128/93, Fisscher, Sml. I, s. 4583, præmis 37, af 24.10.1996, sag C-435/93, Dietz, Sml. I, s. 5223, præmis 34, og af 16.5.2000, sag C-78/98, Preston m.fl., Sml. I, s. 3201, præmis 39).

- 23 Såfremt arbejdstageren har været udsat for en forskelsbehandling, skal ligebehandling således tilvejebringes på en måde, der sætter den arbejdstager, som har været udsat for forskelsbehandling, i samme situation som arbejdstagerne af det andet køn. En arbejdstager, der har været udsat for forskelsbehandling, kan følgelig ikke kræve en behandling, herunder rent økonomisk, som er bedre end den, han ville have fået, hvis han efter en korrekt retsanvendelse havde været omfattet af pensionsordningen (Fischer-dommen, præmis 35 og 36, og dommen i sagen Preston m.fl., præmis 38).
- 24 Det skal konstateres, at denne retspraksis finder analog anvendelse på tilfælde, hvor en arbejdstager er omfattet af en lovbestemt pensionsordning. Det følger heraf, at en medlemsstat, såfremt den vedtager retsforskrifter, som tilsigter at give personer af et bestemt køn, der tidligere har været udsat for forskelsbehandling, mulighed for at være omfattet af den pensionsordning, som finder anvendelse på personer af det andet køn, kan vælge at tilvejebringe ligebehandling ved at kræve, at der indbetales et beløb, der repræsenterer forskellen mellem de bidrag, som er indbetalt af de personer, som tidligere har været udsat for forskelsbehandling, i løbet af den periode, under hvilken forskelsbehandlingen fandt sted, og de højere bidrag, der er indbetalt af den anden kategori af personer i løbet af samme periode. Den omstændighed, at der for denne sidstnævnte kategori af personer i mellemtiden er indtrådt forældelse for søgsmål med påstand om betaling af deres bidrag, kan ikke være til hinder for en udligningsordning som den, der er beskrevet ovenfor, dog — som anført af generaladvokaten i punkt 70 i forslaget til afgørelse — på betingelse af, at der fastsættes en lignende forældelsesfrist for de nye medlemmer af ordningen.
- 25 For at forhindre enhver omvendt forskelsbehandling kan udligningsbidragene desuden tillægges renter med henblik på at udligne inflationen. Som generaladvokaten har anført i punkt 38 i forslaget til afgørelse og med det forbehold, der er nævnt i forslagets punkt 39, sikrer et sådant tillæg af renter, at de bidrag, der indbetales af de nye medlemmer, reelt ikke er mindre end dem, der er indbetalt af de arbejdstagere, som har været omfattet af pensionsordningen siden dens indførelse.
- 26 Af de grunde, der er anført af generaladvokaten i punkt 64 og 65 i forslaget til afgørelse, gælder ovenstående bemærkninger kun den situation, hvor udligningen af pensionsrettigheder har virkning fra den dato, fra hvilken pension kan udbetales. En udligning, som tilbydes personer, som allerede er pensioneret, og som kræver, at der

indbetales et beløb, der svarer til forskellen mellem de bidrag, som er indbetalt af disse personer i løbet af den periode, hvor de blev forskelsbehandlet, og de højere bidrag, der er indbetalt af den anden kategori af personer i løbet af samme periode, kan således kun bringe den ulige behandling til ophør, hvis den fører til samme beregning af pensionsrettighederne for hele den periode, hvor hver af de berørte personkategorier oppebærer pension.

- 27 Det følger af ovenstående, at direktiv 79/7 ikke er til hinder for, at en medlemsstat, såfremt den vedtager retsfor skrifter, som tilsigter at give personer af et bestemt køn, som tidligere har været udsat for forskelsbehandling, mulighed for i hele den periode, hvor de oppebærer pension, at være omfattet af den pensionsordning, som finder anvendelse på personer af det andet køn, gør en sådan tilslutning til ordningen afhængig af, at der indbetales udligningsbidrag, som udgøres af forskellen mellem de bidrag, som er indbetalt af de personer, som tidligere har været udsat for forskelsbehandling, i løbet af den periode, under hvilken forskelsbehandlingen fandt sted, og de højere bidrag, der er indbetalt af den anden kategori af personer i løbet af samme periode, med tillæg af renter, der udligner inflationen.

De nærmere regler for indbetaling af udligningsbidrag

- 28 For så vidt som den forelæggende ret ønsker oplyst, om medlemsstaten kan kræve, at indbetalingen af udligningsbidragene skal foretages som en enkelt betaling, og at den skal tillægges renter på 10% p.a., skal det bemærkes, at enhver foranstaltning, der træffes af en medlemsstat for at overholde fællesskabsnormerne, såsom princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, skal være effektiv (jf. i denne retning Fisscher-dommen, præmis 31, dommen i sagen Preston m.fl., præmis 40-42, dom af 20.3.2003, sag C-187/00, Kutz-Bauer, Sml. I, s. 2741, præmis 57, og af 4.7.2006, sag C-212/04, Adeneler m.fl., Sml. I, s. 6057, præmis 95). Følgelig påhvilede det den belgiske lovgiver, da denne vedtog kongelig anordning af 25. juni 1997 for at sætte stewardesserne i samme situation som stewarderne, at fastlægge de nærmere betingelser for udligning på en sådan måde, at den ikke er praktisk umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig.

- 29 Det fremgår imidlertid af de indlæg, der er afgivet for Domstolen, at henset til den lange varighed af perioden med forskelsbehandling, der strakte sig fra den 1. januar 1964 til den 31. december 1980, og til de mange år, der forløb mellem denne periodes afslutning og vedtagelsen af kongelig anordning af 25. juni 1997, hvorved der blev indført en udligning (1981-1997), udgør udligningsbidragene et særligt højt beløb. Som generaladvokaten har anført i punkt 49 i forslaget til afgørelse, vil beløbet endda kunne overstige den årlige pension til de personer, som tilbydes udligning. Som E. Jonkman, H. Vercheval og N. Permesaen har understreget uden at være blevet modsagt på dette punkt af ONP, kan engangsbetalingen af et sådant beløb vise sig at være umulig eller forudsætte, at der optages et lån ved et finansinstitut, som så for sin del vil kræve betaling af renter.
- 30 Det fremgår i øvrigt af kongelig anordning af 25. juni 1997, at der i undtagelsestilfælde, som ikke finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, indrømmes mulighed for at indbetale udligningsbidragene afdragsvis i form af indbetaling af årlige rater.
- 31 Henset til de omstændigheder, der er redegjort for ovenfor, må det lægges til grund, at den forpligtelse, der pålægges de berørte, til at betale udligningsbidragene i form af et engangsbeløb har haft den virkning at gøre udligningen af stewardessernes pensionsrettigheder uforholdsmæssigt vanskelig.
- 32 Med hensyn til rentesatsen på 10% p.a. har parterne i hovedsagerne, Kommissionen og den italienske regering alle erklæret eller medgivet, at denne sats er bemærkelsesværdig høj. Adspurgt herom under retsmødet kunne ONP ikke redegøre nærmere for grunden til, at der i kongelig anordning af 25. juni 1997 var fastsat en rentesats, der oversteg inflationsraten.
- 33 Det er under alle omstændigheder ubestridt, at fastsættelsen af en rentesats, der overstiger, hvad der er nødvendigt for at udligne inflationen, medfører, at de bidrag,

der indbetales af de nye medlemmer, reelt er højere end dem, der er indbetalt af de arbejdstagere, som har været omfattet af pensionsordningen siden dens indførelse. Langt fra at sætte stewardesserne i samme situation som stewarderne bidrager denne rentesats følgelig til, at den ulige behandling af stewardesserne fortsætter.

- 34 Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret, som er den eneste, der har et fuldstændigt kendskab til national ret, at afgøre, i hvilket omfang rentesatsen på 10% p.a. i kongelig anordning af 25. juni 1997 kan anses for udtryk for en procentdel, der tilsigter at udligne inflationen.
- 35 Det fremgår af samtlige disse bemærkninger, at direktiv 79/7 er til hinder for, at en medlemsstat, såfremt den vedtager retsfor skrifter, som tilsigter at give personer af et bestemt køn, som tidligere har været udsat for forskelsbehandling, mulighed for at være omfattet af den pensionsordning, som finder anvendelse på personer af det andet køn, kræver, at indbetalingen af udligningsbidragene tillægges flere renter end dem, der tilsigter at udligne inflationen. Direktivet er ligeledes til hinder for, at det kræves, at denne indbetaling skal foretages i form af et engangsbeløb, når denne betingelse gør den omhandlede udligning praktisk umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig. Dette er navnlig tilfældet, når det beløb, der skal indbetales, overstiger den berørtes årlige pension.

En medlemsstats forpligtelser i henhold til en dom afsagt i anledning af en præjudiciel forelæggelse

- 36 Med den anden del af spørgsmålene, sammenholdt med de faktiske omstændigheder i tvisterne i hovedsagerne, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en medlemsstat er forpligtet til at tilpasse sin lovgivning efter en dom afsagt af Domstolen i anledning af en præjudiciel forelæggelse, hvoraf følger, at denne lovgivning er uforenelig med fællesskabsretten.

- 37 Det bemærkes, at medlemsstaterne i henhold til princippet om loyalt samarbejde, der er fastsat i artikel 10 EF, skal bringe ulovlige følgevirkninger af en tilsidesættelse af fællesskabsretten til ophør (dom af 7.1.2004, sag C-201/02, Wells, Sml. I, s. 723, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis).
- 38 Efter at der er afsagt en dom i anledning af en præjudiciel forelæggelse, hvoraf følger, at en national lovgivning er uforenelig med fællesskabsretten, påhviler det følgelig den pågældende medlemsstats myndigheder at træffe de almindelige eller særlige foranstaltninger, der er egnede til at sikre overholdelsen af fællesskabsretten på deres område (jf. i denne retning Wells-dommen, præmis 64 og 65, og dom af 25.3.2004, sag C-495/00, Azienda Agricola Giorgio, Giovanni og Luciano Visentin m.fl., Sml. I, s. 2993, præmis 39). Idet de bevarer retten til at vælge, hvilke foranstaltninger der skal træffes, skal de pågældende myndigheder navnlig påse, at national ret så hurtigt som muligt bringes i overensstemmelse med fællesskabsretten, og at borgernes rettigheder i henhold til fællesskabsretten gennemføres fuldt ud.
- 39 Som Domstolen flere gange har fastslået i tilfælde, hvor der i strid med fællesskabsretten foreligger forskelsbehandling, kan overholdelsen af ligebehandlingsprincippet, så længe der ikke er vedtaget foranstaltninger, som genindfører ligebehandlingen, desuden kun sikres ved, at personer tilhørende den kategori, som forskelsbehandles, indrømmes de samme rettigheder som de personer, der tilhører den privilegerede kategori. I et sådant tilfælde har den nationale ret pligt til at tilsidesætte enhver national bestemmelse, der er diskriminerende, uden at den behøver at anmode om eller afvente, at bestemmelsen forinden ophæves af lovgiver, og den har pligt til at anvende de samme regler på den gruppe, der forskelsbehandles, som de, der gælder for personerne i den anden kategori (dom af 28.9.1994, sag C-408/92, Avdel Systems, Sml. I, s. 4435, præmis 16 og 17, af 12.12.2002, sag C-442/00, Rodríguez Caballero, Sml. I, s. 11915, præmis 42 og 43, og af 7.9.2006, sag C-81/05, Cordero Alonso, Sml. I, s. 7569, præmis 45 og 46).

- 40 En medlemsstat er i øvrigt forpligtet til at yde erstatning for tab, som er forvoldt borgerne som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten. Er betingelserne for, at der foreligger en sådan forpligtelse, opfyldt, skal den nationale ret træffe afgørelse i overensstemmelse med dette princip (jf. bl.a. dom af 22.4.1997, sag C-66/95, Sutton, Sml. I, s. 2163, præmis 35, og af 30.9.2003, sag C-224/01, Köbler, Sml. I, s. 10239, præmis 51 og 52).
- 41 Henset til ovenstående skal den anden del af de præjudicielle spørgsmål besvares med, at det, efter at der er afsagt en dom i anledning af en præjudiciel forelæggelse, hvoraf følger, at en national lovgivning er uforenelig med fællesskabsretten, 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. Konstateres det, at der i strid med fællesskabsretten foreligger forskelsbehandling, har den nationale ret pligt til, så længe der ikke er vedtaget foranstaltninger, som genindfører ligebehandlingen, at tilsidesætte enhver national bestemmelse, der er diskriminerende, uden at den behøver at anmode om eller afvente, at bestemmelsen forinden ophæves af lovgiver, og den har pligt til at anvende de samme regler på den gruppe, der forskelsbehandles, som de, der gælder for personerne i den anden kategori.

Sagsomkostningerne

- 42 Da sagens behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Første Afdeling) for ret:

- 1) Såfremt en medlemsstat vedtager retsfor skrifter, som tilsigter at give personer af et bestemt køn, der tidligere har været udsat for forskelsbehandling, mulighed for i hele den periode, hvor de oppebærer pension, at være omfattet af den pensionsordning, som finder anvendelse på personer af det andet køn, er Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring
 - ikke til hinder for, at denne medlemsstat gør en sådan tilslutning til ordningen afhængig af, at der indbetales udligningsbidrag, som udgøres af forskellen mellem de bidrag, som er indbetalt af de personer, som tidligere har været udsat for forskelsbehandling, i løbet af den periode, under hvilken forskelsbehandlingen fandt sted, og de højere bidrag, der er indbetalt af den anden kategori af personer i løbet af samme periode, med tillæg af renter, der udligner inflationen
 - derimod til hinder for, at denne medlemsstat kræver, at nævnte indbetaling af udligningsbidrag tillægges flere renter end dem, der tilsigter at udligne inflationen
 - ligeledes til hinder for, at det kræves, at denne indbetaling skal foretages i form af et engangsbeløb, når denne betingelse gør den omhandlede udligning praktisk umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig; dette er navnlig tilfældet, når det beløb, der skal indbetales, overstiger den berørtes årlige pension.

- 2) Efter at der er afsagt en dom i anledning af en præjudiciel forelæggelse, hvoraf følger, at en national lovgivning er uforenelig med fællesskabsretten, påhviler det 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.

Konstateres det, at der i strid med fællesskabsretten foreligger forskelsbehandling, har den nationale ret pligt til, så længe der ikke er vedtaget foranstaltninger, som genindfører ligebehandlingen, at tilsidesætte enhver national bestemmelse, der er diskriminerende, uden at den behøver at anmode om eller afvente, at bestemmelsen forinden ophæves af lovgiver, og den har pligt til at anvende de samme regler på den gruppe, der forskelsbehandles, som de, der gælder for personerne i den anden kategori.

Underskrifter

DOM AF 28.6.2001 — SAG C-118/00

DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

28. juni 2001 *

I sag C-118/00,

angående en anmodning, som Cour du travail de Mons (Belgien) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Gervais Larsy

mod

Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti),

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 95a i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, som ændret og ajourført ved Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2. juni 1983 (EFT L 230, s. 6), som ændret ved Rådets forordning (EØF) nr. 1248/92 af 30. april 1992 (EFT L 136, s. 7), og betingelserne for medlemsstaternes ansvar for det tab, der er forvoldt borgerne som følge af tilsidesættelser af fællesskabsretten,

* Processprog: fransk.

LARSY

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Wathelet, og dommerne P. Jann (refererende dommer) og L. Sevón,

generaladvokat: P. Léger

justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Gervais Larsy

— Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti) ved L. Paeme, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved P. Hillenkamp og H. Michard, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 11. januar 2001 er afgivet mundtlige indlæg af Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti) ved L. Renaud som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved H. Michard,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 15. marts 2001,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved dom af 20. marts 2000, indgået til Domstolen den 29. marts 2000, har Cour de travail de Mons, i medfør af artikel 234 EF forelagt to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 95a i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, som ændret og ajourført ved Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2. juni 1983 (EFT L 230, s. 6), som ændret ved Rådets forordning (EØF) nr. 1248/92 af 30. april 1992 (EFT L 136, s. 7, herefter »forordning nr. 1408/71«), og betingelserne for medlemsstaternes ansvar for det tab, der er forvoldt borgerne som følge af tilsidesættelser af fællesskabsretten.

LARSY

2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag mellem Gervais Larsy og Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (herefter »Inasti«) vedrørende en påstand om erstatning og renter.

Relevante retsregler

3 Det bestemmes i artikel 95a i forordning nr. 1408/71:

»1. Forordning (EØF) nr. 1248/92 giver ikke ret til ydelser for noget tidsrum, der ligger forud for den 1. juni 1992.

2. Enhver forsikrings- eller bopælsperiode, der er tilbagelagt efter en medlemsstats lovgivning forud for den 1. juni 1992, skal medregnes ved afgørelsen af ret til ydelser efter bestemmelserne i forordning nr. (EØF) 1248/92.

3. Med forbehold af bestemmelserne i stk. 1 kan rettigheder tilkendes i medfør af forordning (EØF) nr. 1248/92, også selv om de vedrører en begivenhed, der er indtrådt før den 1. juni 1992.

4. Rettigheder, der tilkommer personer, som har fået tillagt pension før den 1. juni 1992, kan på begæring tages op til revision under hensyntagen til bestemmelserne i forordning (EØF) nr. 1248/92.

5. Såfremt den i stk. 4 omhandlede begæring indgives inden for en frist på to år efter den 1. juni 1992, erhverves rettigheder i medfør af forordning (EØF) nr. 1248/92 med virkning fra nævnte dato, uden at nogen medlemsstats lovbestemmelser om bortfald eller forældelse af rettigheder kan gøres gældende over for de pågældende.

6. Såfremt den i stk. 4 omhandlede begæring indgives efter udløbet af fristen på to år efter den 1. juni 1992, erhverves de rettigheder, der ikke er bortfaldet eller forældet, fra datoen for begæringens indgivelse, med forbehold af gunstigere bestemmelser i en medlemsstats lovgivning.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 4 Appellanten i hovedsagen, Gervais Larsy, er belgisk statsborger og bor i Belgien i nærheden af den franske grænse. Han har udøvet selvstændig virksomhed som planteskolegartner i Belgien og i Frankrig.
- 5 Den 24. oktober 1985 indgav Gervais Larsy en ansøgning til Inasti om alderspension som selvstændig erhvervsdrivende.
- 6 Ved afgørelse af 3. juli 1986 tilkendte Inasti ham med virkning fra den 1. november 1986 en alderspension, der var beregnet på grundlag af en erhvervsmæssig beskæftigelse fra den 1. januar 1941 til den 31. december 1985 og gav ret til fuld pension på 45/45.

LARSY

7 Da Gervais Larsy ligeledes fra den 1. januar 1964 til den 31. december 1997 havde betalt socialsikringsbidrag til de kompetente franske institutioner, tilkendte de ham en alderspension fra den 1. marts 1987.

8 Af denne grund traf Inasti den 21. december 1988, under henvisning til princippet om én erhvervsmæssig karriere, der er fastsat i artikel 19 i kongelig anordning nr. 72 af 10. november 1967 (*Moniteur belge* af 14.11.1967, s. 11840), en ny afgørelse, hvorved Gervais Larsy's ret til alderspension blev reduceret til 31/45 med virkning fra den 1. marts 1987.

9 Den 16. januar 1989 anlagde Gervais Larsy sag ved Tribunal de travail de Tournai (Belgien) til prøvelse af denne afgørelse, idet han gjorde gældende, at det oprindelige beløb i alderspension, som han var berettiget til, skulle opretholdes, uanset at han var blevet tilkendt en fransk alderspension.

10 Den 24. april 1990 frifandt retten Inasti. Da dommen ikke er blevet forkyndt, er den ikke blevet endelig.

11 Efterfølgende anlagde broderen til Gervais Larsy, Marius Larsy, der befandt sig i en lignende faktisk og retlig situation som sin broder, sag ved Tribunal de travail de Tournai.

12 Under sagen besluttede denne ret at stille Domstolen præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af artikel 12 og 46 i forordning nr. 1408/71, som vedrører forbud mod kumulation af ydelser og fastsættelsen heraf, der foretages af de kompetente institutioner i medlemsstaterne.

- 13 I dom af 2. august 1993 (sag C-31/92, Larsy, Sml. I, s. 4543) kendte Domstolen for ret, at artikel 12, stk. 2, og artikel 46 i forordning nr. 1408/71 ikke er til hinder for, at der ved fastsættelsen af en pension alene i henhold til national lovgivning anvendes en national antikumulationsregel. Disse bestemmelser er derimod til hinder for at anvende en sådan regel ved fastsættelsen af en pension i medfør af bestemmelserne i artikel 46. Artikel 46, stk. 3, i samme forordning skal fortolkes således, at den deri indeholdte antikumulationsregel ikke finder anvendelse i det omfang, hvor en person har arbejdet i samme periode i to medlemsstater og i denne periode har været forpligtet til at betale bidrag til aldersdomsforsikring i disse medlemsstater.
- 14 Henset til den af Domstolen foretagne fortolkning af forordning nr. 1408/71 gav Tribunal de travail de Tournai Marius Larsy medhold og fastslog, at han skulle tilkendes en alderspension for selvstændige erhvervsdrivende på grundlag af 45/45, uden at pensionen forholdsmæssigt skulle nedsættes med den alderspension, som var givet af de kompetente franske institutioner.
- 15 Som svar på Gervais Larsy's anmodning om, at Inasti berigtigede hans situation og gav ham de samme betingelser som broderen, bad Inasti ham under henvisning til artikel 95a, stk. 5, i forordning nr. 1408/71 om at indgive en ny pensionsansøgning, så der kunne tages fornyet stilling til hans pensionsrettigheder.
- 16 Inasti traf, efter denne begæring af 3. juni 1994, den 26. april 1995 en ny afgørelse, hvorved Gervais Larsy med virkning fra den 1. juli 1994 tilkendtes fuld alderspension.
- 17 Efter at have kontaktet Kommissionen appellerede Gervais Larsy ved skrivelse af 8. august 1997 Tribunal de travail de Tournai's dom af 24. april 1990 til Cour de travail de Mons.

LARSY

- 18 For denne ret anerkendte Inasti, at Gervais Larsy's pensionsrettigheder skulle genberegnes på grundlag af 45/45 med virkning fra den 1. marts 1987, og at den administrative afgørelse af 21. december 1988 skulle ændres i denne henseende. Imidlertid fandt Inasti ikke, at institutionen havde udvist forsømmelighed, hvorfor den ikke kunne pålægges at betale erstatning og renter.
- 19 Ved dom af 10. februar 1999 gav Cour du travail de Mons Gervais Larsy medhold i dennes appel, for så vidt angik hans ret til alderspension for selvstændige erhvervsdrivende beregnet på grundlag af 45/45 fra den 1. marts 1987.
- 20 For så vidt som Gervais Larsy også havde nedlagt påstand om godtgørelse på 1 BEF for ikke-økonomisk skade og 100 000 BEF i erstatning for yderligere økonomisk skade samt renter heraf, udtalte Cour du travail de Mons, at forholdet ikke var tilstrækkeligt belyst, og stillede parterne et spørgsmål, der bl.a. drejede sig om, hvorvidt Inasti burde anses for at have udvist forsømmelighed ved at træffe afgørelsen af 26. april 1995, hvorved Gervais Larsy fik tilkendt fuld pension, men tidspunktet for ikrafttrædelsen af afgørelsen blev fastsat til den 1. juli 1994, på trods af, at den oprindelige ansøgning var blevet indgivet i 1985, og at Inasti havde nedsat de omtvistede pensionsrettigheder fra den 1. marts 1987. Cour du travail de Mons henviste ligeledes til det, som det offentliges repræsentant havde anført i sit indlæg af 13. januar 1999. Repræsentanten havde fundet, at den ovennævnte Larsy-dom ikke var retskraftig, men snarere moralsk bindende, og at Inasti havde taget hensyn til denne moralsk bindende virkning, idet den delvis havde revideret sin afgørelse for så vidt angik den tidsmæssige anvendelse af afgørelsen af 21. december 1988. Endvidere havde det offentliges repræsentant præciseret, at begrænsningen af de tidsmæssige virkninger af afgørelsen af 26. april 1995 syntes at følge af fællesskabslovgivningen, nemlig artikel 95a, stk. 5, i forordning nr. 1408/71.
- 21 Inasti anførte som svar på det spørgsmål, som Cour du travail de Mons havde stillet institutionen, at den ikke havde begået en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten, eftersom den gældende lovgivning ikke gav

Inasti mulighed for selv at træffe en ny afgørelse med virkning fra den 1. marts 1987. Da begæringen om revision af afgørelsen blev indgivet efter udløbet af den frist, der er fastsat i artikel 95a, stk. 5, i forordning nr. 1408/71, kunne revisionen først få virkning fra den 1. juli 1994. Inasti har i øvrigt anført, at Gervais Larsy først den 8. december 1997 appellerede dommen af 24. april 1990, og at det er denne forsinkelse, der er årsag til den skade, for hvilken han søger erstatning.

- 22 Gervais Larsy har gjort gældende, at Inasti ikke har taget hensyn til den moralsk bindende virkning af Larsy-dommen, og at Cour du travail de Mons' dom af 10. februar 1999 er et bevis på, at tilsidesættelsen af fællesskabsretten stadig finder sted efter Domstolens afsigelse af denne dom.
- 23 Under disse omstændigheder har Cour du travail de Mons besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende to præjudicielle spørgsmål:
- »1) Skal artikel 95a, stk. 5, i forordning (EØF) nr. 1408/71 fortolkes således, at bestemmelsen skal anvendes på den situation, hvor en forsikret selvstændig erhvervsdrivende har anlagt sag til prøvelse af en forvaltningsafgørelse fra den kompetente sociale sikringsinstitution for selvstændige erhvervsdrivende i en medlemsstat i EU, hvori en antikumulationsregel i forordning (EØF) nr. 1408/71 [artikel 12 og 46] er blevet anvendt, og afgørelsen er blevet stadfæstet af den nationale ret i den pågældende medlemsstat ved en dom, som ikke er blevet forkyndt indbyrdes mellem parterne [og således stadig kan appelleres], selv om det i en dom fra [Domstolen], afsagt efter den ovennævnte dom i en lignende sag om fortolkning af forordningens artikel 12 og 46, er blevet fastslået, at en fællesskabsretlig antikumulationsregel ikke skal anvendes i denne situation — idet den nationale institution for social sikring af selvstændige erhvervsdrivende anvendte artikel 95a, stk. 5, på denne forsikredes situation efter dommen fra EF-Domstolen i forbindelse med, at den pågældende forsikredes rettigheder blev taget op til fornyet behandling, og idet artikel 95a, stk. 5, begrænser retsvirkningerne af

LARSY

principperne i ovennævnte dom fra EF-Domstolen, eftersom anvendelsen af denne artikel 95a, stk. 5, kræver, at der under en retssag indgives en ny ansøgning fra den forsikrede vedrørende hans rettigheder, og at der derefter træffes en ny beslutning herom?

- 2) Udgør det forhold, at denne sociale sikringsinstitution for selvstændige erhvervsdrivende i en medlemsstat i EU har anvendt artikel 95a, stk. 5, i forordning (EØF) nr. 1408/71 i den ovenfor i det første spørgsmål beskrevne situation, under de omstændigheder, hvorunder bestemmelsen er blevet anvendt, en kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten i den i [Domstolens] praksis forudsatte betydning, *selv om* institutionen allerede har tilsidesat forordning (EØF) nr. 1408/71 (art. 12 og 46), som det er blevet fastslået i [Domstolens] dom af 2. august 1993 i en lignende sag, og den sociale sikringsinstitution har anerkendt det under sagen, og nærværende ret har truffet afgørelse i overensstemmelse hermed i dom af 10. februar 1999, og selv om ressortministeriet for den nationale sociale sikringsinstitution efter brevveksling mellem Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og medlemsstaten har anmodet institutionen om at berigtige situationen for den vandrende arbejdstager, og denne institution har efterkommet anmodningen ved anvendelse af ovennævnte artikel 95a, stk. 5?«

Det første spørgsmål

24 Indledningsvis bemærkes, at dette spørgsmål efter ordlyden udelukkende vedrører fortolkningen af artikel 95a, stk. 5, i forordning nr. 1408/71, der dækker den situation, hvor en begæring om, at pensionsrettigheder tages op til revision, indgives inden for en frist på to år efter den 1. juni 1992.

25 Af de grunde, som er anført af generaladvokaten i punkt 36-39 i forslaget til afgørelse, kan det imidlertid fastslås, at den forelæggende ret har behov for at

vide, om Inasti har tilsidesat fællesskabsretten og som følge heraf er ifaldet et ansvar ved, på grundlag af artikel 95a, stk. 4, 5 og 6, i forordning nr. 1408/71, at begrænse de tidsmæssige virkninger af en afgørelse om revision af pensionsrettigheder for en selvstændig erhvervsdrivende som Gervais Larsy.

- 26 Herefter må det første spørgsmål forstås således, at det nærmere bestemt ønskes oplyst, om artikel 95a, stk. 4, 5 og 6, i forordning nr. 1408/71 finder anvendelse på en begæring om revision af en alderspension, hvis størrelse er blevet begrænset i medfør af en antikumulationsregel i en medlemsstat med den begrundelse, at pensionsmodtageren ligeledes modtager en sådan pension fra den kompetente institution i en anden medlemsstat.
- 27 I denne forbindelse bemærkes, at artikel 95a i forordning nr. 1408/71 blev indføjet heri ved forordning nr. 1248/92 som en overgangsbestemmelse for anvendelsen af sidstnævnte forordning.
- 28 Heraf følger, at for at retten til revision i henhold til artikel 95a skal kunne anvendes på en bestemt situation, skal begæringen herom indgives i henhold til de nye bestemmelser, der er indført ved forordning nr. 1248/92.
- 29 Domstolen har allerede fastslået, at formålet med artikel 95a, stk. 4, er at gøre det muligt for den sikrede at begære revision af ydelser, der er tillagt under anvendelse af forordningen, før ændringerne blev foretaget, når reglerne i forordning nr. 1248/92 må antages at være mere fordelagtige for ham, og at opretholde de tillagte ydelser ifølge bestemmelserne i forordningen, før denne blev ændret, i en situation, hvor ydelserne viser sig at være mere fordelagtige end ydelserne efter forordning nr. 1248/92 (dom af 25.9.1997, sag C-307/96, Baldone, Sml. I, s. 5123, præmis 15).

LARSY

30 Denne fortolkning underbygges af ordlyden af artikel 95a, stk. 4, i forordning nr. 1408/71, hvori det bestemmes, at de pågældendes rettigheder på begæring kan tages op til revision »under hensyntagen til bestemmelserne i forordning (EØF) nr. 1248/92«.

31 I hovedsagen er det imidlertid ubestridt, at Gervais Larsy på grundlag af artikel 12 og 46 i forordning nr. 1408/71 med sin begæring havde til hensigt at opnå at få tildelt en alderspension beregnet på grundlag af 45/45, herunder for den periode, hvori han har modtaget en anden pension i en anden medlemsstat. Det fremgår ikke af sagen, at han skulle have påberåbt sig en bestemmelse i forordning nr. 1248/92, der ville være mere fordelagtig for ham.

32 Det første spørgsmål skal herefter besvares med, at artikel 95a, stk. 4, 5 og 6, i forordning nr. 1408/71 ikke finder anvendelse på en begæring om revision af en alderspension, hvis størrelse er blevet begrænset i medfør af en antikumulationsregel i en medlemsstat med den begrundelse, at pensionsmodtageren ligeledes modtager en sådan pension fra den kompetente institution i en anden medlemsstat, når begæringen om revision er støttet på andre bestemmelser end bestemmelserne i forordning nr. 1248/92.

Det andet spørgsmål

33 Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om det forhold, at den kompetente institution i en medlemsstat anvender artikel 95a, stk. 4, 5 og 6, i forordning nr. 1408/71 på en begæring om revision af en alderspension og derved, til skade for den pågældende, begrænser revisionens tilbagevirkende kraft, udgør en kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten, dels når de nævnte bestemmelser ikke finder anvendelse på den pågældende begæring, dels når det af en dom, afsagt af Domstolen inden den kompetente institutions afgørelse, fremgår, at institutionen har anvendt en antikumulations-

regel i den pågældende medlemsstat forkert, uden at det af samme dom kan udledes, at revisionens tilbagevirkende kraft kunne begrænses.

- 34 Indledningsvis bemærkes, at ansvaret for skade, der er forvoldt borgerne ved tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes en national offentlig myndighed, udgør et princip, der er uadskilleligt forbundet med EF-traktatens opbygning, og som afføder forpligtelser for medlemsstaterne (dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357, præmis 35, af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 31, af 26.3.1996, sag C-392/93, British Telecommunications, Sml. I, s. 1631, præmis 38, af 23.5.1996, sag C-5/94, Hedley Lomas, Sml. I, s. 2553, præmis 24, af 8.10.1996, forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, Dillenkofer m.fl., Sml. I, s. 4845, præmis 20, af 2.4.1998, sag C-127/95, Norbrook Laboratories, Sml. I, s. 1531, præmis 106, og af 4.7.2000, sag C-424/97, Haim, Sml. I, s. 5123, præmis 26).
- 35 Det påhviler enhver medlemsstat at sikre, at borgerne opnår erstatning for den skade, de tilføjes ved manglende overholdelse af fællesskabsretten, uanset hvilken offentlig myndighed der er skyld i denne tilsidesættelse, og uanset hvem der i princippet er forpligtet til at betale erstatningen i henhold til den pågældende medlemsstats ret (dom af 1.6.1999, sag C-302/97, Konle, Sml. I, s. 3099, præmis 62, og Haim-dommen, præmis 27).
- 36 Hvad angår betingelserne for, at en medlemsstat kan tilpligtes at erstatte det tab, der er forvoldt borgere på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der kan tilregnes medlemsstaten, fremgår det af Domstolens praksis, at der gælder tre betingelser herfor, nemlig at den bestemmelse, der er tilsidesat, har til formål at tillægge borgerne rettigheder, at tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og at der er en direkte årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen af den forpligtelse, som påhviler staten, og de skadelidtes tab (Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, præmis 51, Dillenkofer-dommen, præmis 21 og 23, Norbrook

Laboratories-dommen, præmis 107, og Haim-dommen, præmis 36; jf. ligeledes dom af 18.1.2001, sag C-150/99, Stockholm Lindöpark, Sml. I, s. 493, præmis 37).

37 I hovedsagen fremgår det klart af forelæggelsesdommen og af ordlyden af det stillede spørgsmål, at dette er begrænset til den anden betingelse, der er opstillet i den retspraksis, der er nævnt i den foregående præmis.

38 I denne forbindelse bemærkes, at en tilsidesættelse af fællesskabsretten er tilstrækkelig kvalificeret, såfremt en medlemsstat under udøvelsen af sin kompetence til at udstede generelle retsakter åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine beføjelser (jf. Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, præmis 55, British Telecommunications-dommen, præmis 42, og Dillenkofer-dommen, præmis 25), dels, at selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, kan være tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse, såfremt medlemsstaten på det tidspunkt, da den begik overtrædelsen, kun havde et stærkt begrænset eller intet skøn (jf. Hedley Lomas-dommen, præmis 28, Norbrook Laboratories-dommen, præmis 109, og Haim-dommen, præmis 38).

39 Ved afgørelsen af, om selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, udgør en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse, skal der tages hensyn til alle de momenter i den konkrete sag, der er blevet forelagt den nationale ret. Disse momenter er bl.a.: hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, om overtrædelsen er begået, eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvir-

kende til vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten (Haim-dommen, præmis 42 og 43).

- 40 Selv om det i princippet tilkommer de nationale retsinstanser at undersøge, om betingelserne for medlemsstaternes ansvar som følge af overtrædelsen af fællesskabsretten er opfyldt, må det med hensyn til hovedsagen fastslås, at Domstolen råder over alle de momenter, der er nødvendige for at kunne vurdere, om de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag må anses for en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten.
- 41 I denne forbindelse må det fastslås, at den nationale institution under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede ikke stod over for et valg af generelle retsakter.
- 42 Inasti's tilsidesættelse af fællesskabsretten vedrører dels artikel 12 og 46 i forordning nr. 1408/71, hvorefter Gervais Larsy havde ret til en alderspension beregnet på grundlag af 45/45, herunder for den periode, hvori han havde modtaget en sådan pension fra den kompetente institution i en anden medlemsstat, dels artikel 95 i samme forordning, hvorefter modtagerens rettigheder ikke — i modsætning til Inasti's fortolkning af denne bestemmelse — kan begrænses tidsmæssigt.
- 43 Hvad angår artikel 12 og 46 i forordning nr. 1408/71 fastslog Domstolen i Larsydommens præmis 19 og 22, at kumulation af pensioner til fordel for en person, som i én og samme periode har arbejdet i to medlemsstater, og i samme periode har været forpligtet til at betale alderspensionsbidrag i de to medlemsstater, ikke

LARSY

kan betragtes som uberettiget. Dommen vedrører faktiske og retlige omstændigheder, der er fuldt ud sammenlignelige med de i hovedsagen omhandlede forhold.

- 44 Det bemærkes i denne forbindelse, at en overtrædelse af fællesskabsretten er åbenbart kvalificeret, når den har været ved til trods for, at der er afsagt en dom af Domstolen i en præjudiciel sag, hvoraf det fremgår, at den omtvistede adfærd har karakter af en overtrædelse (Brasserie du pêcheur og Factortame-dommen, præmis 57).
- 45 Den kompetente institution har, idet den ikke har imødekommet Gervais Larsy's begæring om, at hans alderspension blev beregnet på grundlag af 45/45, således som institutionen havde gjort i forhold til Gervais Larsy's broder, ikke draget alle konsekvenser af en dom afsagt af Domstolen, der — ved fortolkningen af de relevante bestemmelser i forordning nr. 1408/71, som fandt anvendelse på parterne på samme måde — gav et klart svar på de problemer, som den pågældende institution stod over for.
- 46 For så vidt angår Inasti's urigtige anvendelse af artikel 95a i forordning nr. 1408/71 skal der ligeledes tages hensyn til, hvor klar og præcis bestemmelsen er.
- 47 Det bemærkes i denne forbindelse, at der efter ordlyden af og formålet med bestemmelsen ikke burde have været tvivl om svaret på det første spørgsmål, hvorefter artikel 95a i forordning nr. 1408/71 ikke finder anvendelse på omstændighederne i hovedsagen.
- 48 Som anført af Kommissionen i dens indlæg og af generaladvokaten i punkt 87 i forslaget til afgørelse, er artikel 95a, stk. 4, 5 og 6, i forordning nr. 1408/71 affattet i stort set samme vendinger som artikel 94, stk. 5, 6 og 7, i samme

forordning. Domstolen har — længe før Inasti traf sin afgørelse på grundlag af nævnte artikel 95a — fastslået, at overgangsbestemmelserne efter forordning nr. 1408/71, herunder artikel 94, stk. 5, bygger på det princip, at ydelser efter den tidligere affattelse af forordning nr. 1408/71 ikke skal kunne nedsættes. Formålet med bestemmelsen er således at give den pågældende ret til — i egen interesse — at søge de ydelser, som er tillagt ham efter ordningen ifølge den tidligere affattelse af forordning nr. 1408/71, optaget til ny afgørelse (dom af 4.5.1988, sag 83/87, Viva, Sml. s. 2521, præmis 10).

- 49 Det kan herefter fastslås, at anvendelsen af artikel 95a i forordning nr. 1408/71 på en situation som den i hovedsagen omhandlede, der har medført en tidsmæssig begrænsning af virkningerne af artikel 12 og 46 i denne forordning, udgør en kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten.
- 50 Denne tilsidesættelse kan ikke forsvares med, at Inasti, som institutionen har gjort gældende, anvendte artikel 95a i forordning nr. 1408/71 på Gervais Larsy's situation som følge af, at bestemmelsen, i medfør af nationale processuelle bestemmelser, var den eneste, der åbnede mulighed for at revidere hans pensionsrettigheder med delvis tilbagevirkende kraft.
- 51 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at Domstolen har fastslået, at enhver bestemmelse i en national retsorden eller enhver lovgivningsmæssig, administrativ eller retslig praksis, som har til følge, at fællesskabsrettens virkninger begrænses ved, at den dommer, der er kompetent til at anvende fællesskabsretten, frakendes mulighed for, når han anvender denne, at foretage, hvad der kræves for at udelukke nationale lovgivningsbestemmelser, der måtte udgøre en hindring for fællesskabsreglernes fulde virkning, derfor er uforenelig med de krav, der følger af selve fællesskabsrettens natur, endog selv om den pågældende hindring kun er midlertidig (dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 22, og af 19.6.1990, sag C-213/89, Factortame m.fl., Sml. I, s. 2433, præmis 20).

LARSY

52 Dette princip om fællesskabsrettens forrang medfører, ikke kun for domstolene, men for alle instanser i medlemsstaterne, en forpligtelse til at sikre, at fællesskabsretlige bestemmelser gennemføres fuldt ud (jf. i denne retning dom af 13.7.1972, sag 48/71, Kommissionen mod Italien, Sml. 1972, s. 135, org. ref.: Rec. s. 529, præmis 7, og af 19.1.1993, sag C-101/91, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 191, præmis 24).

53 Inasti burde derfor, for så vidt som de nationale processuelle bestemmelser var til hinder for en effektiv beskyttelse af de rettigheder, Gervais Larsy har i kraft af fællesskabsrettens direkte virkning, have undladt at bringe dem i anvendelse over for ham.

54 I øvrigt svækkes Inasti's argumentation, hvorefter den bindende karakter af Tribunal de travail de Tournai's dom af 24. april 1990 forhindrede institutionen i at revidere Gervais Larsy's rettigheder med tilbagevirkende kraft, af institutionens behandling af Gervais Larsy's begæring, idet den ved afgørelse af 26. april 1995 foretog en revision af Gervais Larsy's pensionsrettigheder med virkning fra den 1. juli 1994.

55 Det fremgår af ovenstående, at det andet spørgsmål skal besvares med, at det forhold, at den kompetente institution i en medlemsstat anvender artikel 95a, stk. 4, 5 og 6, i forordning nr. 1408/71 på en begæring om revision af en alderspension og derved, til skade for den pågældende, begrænser revisionens tilbagevirkende kraft, udgør en kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten, dels når de nævnte bestemmelser ikke finder anvendelse på den pågældende begæring, dels når det af en dom, afsagt af Domstolen inden den kompetente institutions afgørelse, fremgår, at institutionen har anvendt en antikumulationsregel i den pågældende medlemsstat forkert, uden at det af samme dom kan udledes, at revisionens tilbagevirkende kraft kunne begrænses.

Sagens omkostninger

- 56 De udgifter, der er afholdt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Cour du travail de Mons ved dom af 20. marts 2000, for ret:

- 1) Artikel 95a, stk. 4, 5 og 6, Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden

LARSY

for Fællesskabet, som ændret og ajourført ved Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2. juni 1983, som ændret ved Rådets forordning (EØF) nr. 1248/92 af 30. april 1992, finder ikke anvendelse på en begæring om revision af en alderspension, hvis størrelse er blevet begrænset i medfør af en antikumulationsregel i en medlemsstat med den begrundelse, at pensionsmodtageren ligeledes modtager en sådan pension fra den kompetente institution i en anden medlemsstat, når begæringen om revision er støttet på andre bestemmelser end bestemmelserne i forordning nr. 1248/92.

- 2) Det forhold, at den kompetente institution i en medlemsstat anvender artikel 95a, stk. 4, 5 og 6, i forordning nr. 1408/71 på en begæring om revision af alderspension og derved, til skade for den pågældende, begrænser revisionens tilbagevirkende kraft, udgør en kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten, dels når de nævnte bestemmelser ikke finder anvendelse på den pågældende begæring, dels når det af en dom, afsagt af Domstolen inden den kompetente institutions afgørelse, fremgår, at institutionen har anvendt en antikumulationsregel i den pågældende medlemsstat forkert, uden at det af samme dom kan udledes, at revisionens tilbagevirkende kraft kunne begrænses.

Wathelet

Jann

Sevón

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. juni 2001.

R. Grass

M. Wathelet

Justitssekretær

Formand for Første Afdeling

DOMSTOLENS DOM**22. oktober 1998 ***

I de forenede sager C-10/97 — C-22/97,

angående anmodninger, som Pretura circondariale di Roma (Italien) i medfør af EF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i de for nævnte ret verserende sager,

Ministero delle Finanze

mod

IN. CO. GE.'90 Srl (sag C-10/97),

Idelgard Srl (sag C-11/97),

Iris'90 Srl (sag C-12/97),

Camed Srl (sag C-13/97),

Pomezia Progetti Appalti Srl (PPA) (sag C-14/97),

* Processprog: italiensk.

IN. CO. GE.'90 M.FL.

Edilcam Srl (sag C-15/97),

A. Cecchini & C. Srl (sag C-16/97),

EMO Srl (sag C-17/97),

Emoda Srl (sag C-18/97),

Sappesi Srl (sag C-19/97),

Ing. Luigi Martini Srl (sag C-20/97),

Giacomo Srl (sag C-21/97),

Mafar Srl (sag C-22/97),

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende virkningerne i national ret af en national afgiftsordnings ulovlighed efter fællesskabsretten,

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G. C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene P. J. G. Kapteyn, J.-P. Puissochet (refererende dommer), G. Hirsch og P. Jann samt dommerne G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann, J. L. Murray, D. A. O. Edward, H. Ragnemalm, L. Sevón, M. Wathelet, R. Schintgen og K. M. Ioannou,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

- den italienske regering ved afdelingschef, professor Umberto Leanza, Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, bistået af statens advokat, Francesca Quadri

- den franske regering ved kontorchef Kareen Rispal-Bellanger og ekspeditionssekretær Gautier Mignot, begge Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtigede

- Det Forenede Kongeriges regering først ved Lindsay Nicoll, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtiget, bistået af barrister Rhodri Thompson, og dernæst ved Stephanie Ridley, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtiget, bistået af Rhodri Thompson

- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Enrico Traversa, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der er afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 19. marts 1998 af IN. CO. GE.'90 Srl, Idelgard Srl, Iris'90 Srl og Sappesi Srl ved advokat Gianni Manca, Rom, af den italienske regering ved statens advokat, Ivo M. Braguglia, af den franske regering ved Gautier Mignot, af Det Forenede Kongeriges regering ved Rhodri Thompson og af Kommissionen ved Enrico Traversa,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 14. maj 1998,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved tretten kendelser af 17. december 1996, indgået til Domstolen den 16. januar 1997, har Pretura circondariale di Roma i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende virkningerne i national ret af en national afgiftsordnings ulovlighed efter fællesskabsretten.
- 2 Spørgsmålet er blevet rejst under sager mellem det italienske finansministerium og IN. CO. GE.'90 samt tolv andre anpartsselskaber (herefter »IN. CO. GE.'90 m.fl.«), der vedrører de nærmere regler for tilbagebetaling af et gebyr (»tassa di concessione governativa«, herefter »gebyret«), der er betalt for registrering af selskaberne i selskabsregistret.
- 3 Gebyret blev indført ved dekret nr. 641 af 26. oktober 1972 fra republikkens præsident (GURI nr. 292 af 11.11.1972, supplement nr. 3, herefter »dekret nr. 641/72«). Gebyret, der skal betales ved registrering af selskabers stiftelsesdokument i registret, er blevet ændret flere gange, både med hensyn til beløbsstørrelse og til, hvor hyppigt det opkræves.
- 4 Gebyret blev således først væsentligt forhøjet ved lovdekret nr. 853 af 19. december 1984 (GURI nr. 347 af 19.12.1984), omdannet til lov ved lov nr. 17 af 17. februar 1985 (GURI nr. 41a af 17.2.1985), hvorved det bestemtes, at gebyret for fremtiden ikke blot skulle erlægges ved registreringen af et selskabs stiftelsesdokument i

registret, men at det også skulle betales den 30. juni hvert år derefter. Dernæst blev gebyret størrelse ændret igen i 1988 og 1989. I 1989 blev det fastsat til 12 mio. ITL for aktieselskaber og kommanditaktieselskaber, 3,5 mio. ITL for anpartsselskaber og 500 000 ITL for andre selskaber.

- 5 Ved dom af 20. april 1993, forenede sager C-71/91 og C-178/91, Ponente Carni og Cispadana Costruzioni (Sml. I, s. 1915), fastslog Domstolen vedrørende gebyret, at artikel 10 i Rådets direktiv 69/335/EØF af 17. juli 1969 om kapitaltilførselsafgifter (EFT 1969 II, s. 405) skal fortolkes således, at den — medmindre andet følger af undtagelsesbestemmelserne i artikel 12 — er til hinder for opkrævning af et årligt gebyr for registrering af kapitalselskaber, uanset om afgiftsprovenuet medgår til finansiering af den forvaltningsgren, der forestår førelsen af det register, som selskaberne registreres i. Domstolen fastslog endvidere, at artikel 12 i direktiv 69/335 skal fortolkes således, at afgifter, der har karakter af vederlag, jf. nævnte artikels stk. 1, litra e), kan være beløb, der opkræves som modydelse for lovpåbudte dispositioner i almenhedens interesse, som f.eks. registrering af kapitalselskaber. Beløbenes størrelse, der kan variere efter selskabsformen, skal beregnes på grundlag af de med dispositionen forbundne omkostninger, der skønsmæssigt vil kunne fastsættes til et bestemt beløb.

- 6 Efter afsigelsen af denne dom blev gebyret ved lovdekret nr. 331 af 30. august 1993 (GURI nr. 203 af 30.8.1993), omdannet til lov ved lov nr. 427 af 29. oktober 1993 (GURI nr. 255 af 29.10.1993), nedsat til 500 000 ITL for alle selskaber, ligesom det ikke længere blev opkrævet hvert år.

- 7 IN. CO. GE.'90 m.fl. anlagde i henhold til artikel 633 ff. i codice di procedura civile (lov om borgerlig retspleje) sag ved Pretura circondariale di Roma med påstand om, at Finansministeriet pålagdes at tilbagebetale de beløb, som selskaberne havde betalt i gebyr i årene forud, og disse påstande blev taget til følge.

- 8 Finansministeriet har imidlertid gjort indsigelse mod de af Pretura di Roma udstedte betalingspålæg og har herved anført to grunde, for det første, at nævnte ret mangler kompetence i afgiftssager, og for det andet, at sagsøgernes krav på tilbagebetaling af gebyret er forældet, idet krav om tilbagebetaling efter artikel 13 i dekret nr. 641/72 kun kan fremsættes for beløb, der er indbetalt i de tre år forud for sagsøgernes indgivelse af klage.
- 9 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at disse grunde skal lægges til grund eller forkastes under ét, idet de begge hænger sammen med, om tvisten i hovedsagen har karakter af en afgiftssag eller en almindelig borgerlig sag. Er der tale om en afgiftssag, mangler Pretura kompetence til at behandle sagen og kan derfor heller ikke tage stilling til forældelsesindsigelsen. Er sagen omvendt ikke en afgiftssag, men en sag efter den borgerlige rets regler om tilbagesøgning af beløb, der er erlagt med urette, har den forelæggende ret ikke blot kompetence til at behandle sagen, men desuden finder reglen om treårig forældelse i artikel 13 i dekret nr. 641/72 ikke anvendelse.
- 10 Pretura di Roma har i den forbindelse også nævnt, at Italiens Corte Suprema di cassazione (forenede afdelinger) i dom nr. 3458 af 23. februar 1996 nåede til det resultat, at tilbagebetaling af gebyret var omfattet af artikel 13, idet denne finder anvendelse på alle afgifter, der er betalt med urette, uanset grunden til den skete betaling.
- 11 Den forelæggende ret deler ikke denne opfattelse. Den har herved henvist til, at de nationale domstole efter Domstolens praksis skal undlade at anvende selv nyere modstridende bestemmelser i national lovgivning uden at være nødt til at anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af disse bestemmelser ad lovgivningsvejen eller ved noget andet forfatningsmæssigt middel (dom af 4.6.1992, forenede sager C-13/91 og C-113/91, Debus, Sml. I, s. 3617). Det forhold, at den italienske lov om indførelse af gebyret i sin helhed er uanvendelig i det foreliggende tilfælde, medfører nødvendigvis, at retsforholdet mellem Finansministeriet og de sagsøgende selskaber vedrørende betalingen af de omtvistede beløb ikke længere har fiskal karakter. Beløbene blev opkrævet som en afgift, men denne afgift og dermed ethvert afgiftskrav for staten bestod ikke, og tilbagebetaling af dem henhører

derfor under de almindelige regler for tilbagesøgning af beløb, der er betalt med urette, med hensyn til hvilke codice civile's regler om tiårig forældelse finder anvendelse.

- 12 Pretura di Roma har på baggrund heraf udsat sagen og anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»Følger det af uoverensstemmelsen mellem artikel 10 i Rådets direktiv 69/335/EØF af 17. juli 1969, således som denne bestemmelse er blevet fortolket i Domstolens dom af 20. april 1993 (i de forenede sager C-71/91 og C-178/91), og artikel 3, stk. 18 og 19, i lovdekret nr. 853 af 19. december 1984, som konverteret til lov nr. 17 af 17. februar 1985, at de nævnte bestemmelser i artikel 3, stk. 18 og 19, efter de kriterier for samordning af national ret og fællesskabsret, som Domstolen selv har udformet, absolut ikke må anvendes — og har denne uoverensstemmelse navnlig til følge, at den nationale domstol ikke kan tage hensyn til de nævnte nationale regler, heller ikke når det gælder bestemmelsen af det retsforhold, inden for hvis rammer en borger i en medlemsstat over for de italienske afgiftsmyndigheder fremsætter krav om tilbagebetaling af beløb, der er betalt i strid med nævnte artikel 10 i direktiv 69/335/EØF?«

Domstolens kompetence

- 13 Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, at Domstolen mangler kompetence til at besvare spørgsmålet fra Pretura di Roma, for så vidt som dette vedrører fortolkningen af italiensk ret, men ikke fællesskabsretten. Det tilkommer nemlig hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens direkte virkninger afføder for de retsundergivne (domme af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, og sag 45/76, Comet, Sml. s. 2043).

- 14 Det bemærkes herved, at efter Domstolens faste praksis er medlemsstaterne faktisk forpligtet til i den nationale retsorden at fastlægge, hvilke domstole der er kompetente i tvister, der vedrører borgernes af fællesskabsretten følgende rettigheder, idet det herved er forudsat, at medlemsstaterne er forpligtet til konkret at sikre, at disse rettigheder effektivt beskyttes. Når det er tilfældet, tilkommer det ikke Domstolen at medvirke ved afgørelsen af de kompetencespørgsmål, som den nærmere afgrænsning af visse på fællesskabsretten hvilende retspositioner nationalretligt kan give anledning til (dom af 9.7.1985, sag 179/84, Bozzetti, Sml. s. 2301, præmis 17, af 18.1.1996, sag C-446/93, SEIM, Sml. I, s. 73, præmis 32, og af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, præmis 40).
- 15 Domstolen kan dog forsyne den nationale ret med de fortolkningsdata vedrørende fællesskabsretten, der kan bidrage til en løsning af det kompetencespørgsmål, den er stillet overfor (Bozzetti-dommen, a.st., præmis 18, og SEIM-dommen, a.st., præmis 33). Den kan herved eventuelt udlede de fællesskabsretlige elementer af ordlyden af det stillede spørgsmål og af de oplysninger, der er fremlagt af den nationale ret (jf. bl.a. dom af 4.12.1980, sag 54/80, Wilner, Sml. s. 3673, præmis 4).
- 16 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Pretura di Roma er i tvivl om, hvilke virkninger det har i national ret, at en national afgiftsordning er ulovlig efter fællesskabsretten. Den forelæggende ret er overbevist om, at de for den verserende tvister ikke har fiskal karakter, men efter italiensk ret henhører under de almindelige regler for tilbagesøgning af fejlagtigt erlagte beløb, hvorved den nationale ret går ud fra, at en sådan modstrid med fællesskabsretten medfører, at de pågældende nationale bestemmelser i det hele ikke skal anvendes, og at den omhandlede afgiftsordning mister enhver retlig betydning og således overhovedet ikke kan have fiskal karakter.
- 17 Heraf følger, at Domstolen er kompetent til at tage stilling til det præjudicielle spørgsmål.

Det præjudicielle spørgsmål

- 18 Kommissionen har anført, at Domstolen i dom af 9. marts 1978, sag 106/77, Simmenthal (Sml. s. 629), har fastslået, at de bestemmelser i traktaten og retsakter fra institutionerne, der har direkte gyldighed i forhold til medlemsstaternes nationale retssystem, ikke blot bevirker, at enhver modstridende bestemmelse i den eksisterende nationale lovgivning uden videre bliver uanvendelig, men også at nye nationale love ikke gyldigt kan udstedes i det omfang, de måtte være uforenelige med fællesskabsreglerne. Den udleder heraf, at en medlemsstat i det hele mangler kompetence til at vedtage afgiftsbestemmelser, der er i strid med fællesskabsretten, og at sådanne bestemmelser og den heraf følgende afgiftspligt skal antages ikke at foreligge.
- 19 Denne fortolkning kan ikke anerkendes.
- 20 Det bemærkes, at Domstolen i nævnte Simmenthal-dom bl.a. blev spurgt om, hvilken betydning det har for en fællesskabsretlig bestemmelses direkte virkning, at den bliver uforenelig med en senere bestemmelse i en medlemsstats lovgivning. Domstolen havde imidlertid allerede i sin tidligere praksis (jf. bl.a. dom af 5.7.1964, sag 6/64, Costa, Sml. 1954-1964, s. 531, org. ref.: Rec. s. 1141) fremhævet, at en medlemsstat ikke kan gøre en national — ældre eller yngre — bestemmelse gældende over for en hermed stridende fællesskabsretlig bestemmelse. Domstolen nåede således i nævnte Simmenthal-dom til det resultat, at enhver national ret inden for sin kompetence har pligt til at anvende fællesskabsretten fuldt ud og til at beskytte de rettigheder, som fællesskabsretten tillægger private, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, hvad enten denne er vedtaget før eller efter fællesskabsreglen (Simmenthal-dommen, a.st., præmis 21

og 24). Denne praksis er blevet bekræftet gentagne gange (jf. navnlig Debusdommen, a.st., præmis 32; dom af 2.8.1993, sag C-158/91, Levy, Sml. I, s. 4287, præmis 9, og af 5.3.1998, sag C-347/96, Solred, Sml. I, s. 937, præmis 30).

- 21 Modsat det af Kommissionen anførte, kan det ikke af Simmenthal-dommen udledes, at uoverensstemmelsen mellem fællesskabsretten og en senere vedtaget national retsregel medfører, at sidstnævnte regel må anses for ikke at foreligge. Når en sådan uoverensstemmelse foreligger, skal den nationale ret derimod undlade at anvende den nationale bestemmelse, men forpligtelsen hertil begrænser ikke de kompetente nationale retters beføjelse til blandt den nationale retsordens forskellige retsmidler at vælge dem, som er egnet til at beskytte de individuelle rettigheder, som følger af fællesskabsretten (jf. dom af 4.4.1968, sag 34/67, Lück, Sml. 1964-1968, s. 515, org. ref.: Rec. s. 359).
- 22 Tilbage står at afgøre, om undladelsen af, som en følge af en af Domstolen afsagt dom, at anvende en national lovgivning, hvorved der indføres en afgift, der er i strid med fællesskabsretten, indebærer, at denne afgift med tilbagevirkende gyldighed mister sin fiskale karakter, således at også det retsforhold mellem de nationale afgiftsmyndigheder og de afgiftspligtige selskaber, som udspringer af afgiftens opkrævning, mister sin fiskale karakter.
- 23 Efter fast retspraksis belyser og præciserer den fortolkning, som Domstolen giver en fællesskabsretlig regel under udøvelse af sin kompetence i henhold til traktatens artikel 177, i nødvendigt omfang betydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den skal forstås og anvendes, henholdsvis burde have været forstået og anvendt fra sin ikrafttræden. Det følger heraf, at den således fortolkede regel kan og skal anvendes af retten endog i forbindelse med retsforhold, der er stiftet og består, før der afsiges dom vedrørende fortolkningsanmodningen, såfremt betingelserne for at forelægge en tvist om anvendelsen af den nævnte regel i øvrigt er opfyldt (dom af 27.3.1980, sag 61/79, Denkavit italiana, Sml. s. 1205, præmis 16, og af 2.12.1997, sag C-188/95, Fantask m.fl., Sml. I, s. 6783, præmis 37).

- 24 Efter samme retspraksis er en ret til at opnå tilbagebetaling af beløb opkrævet i strid med fællesskabsretten en virkning af og et supplement til de rettigheder, der er tillagt borgerne ved fællesskabsbestemmelserne, således som disse er fortolket af Domstolen. Medlemsstaten er således som udgangspunkt forpligtet til at tilbagebetale afgifter opkrævet i strid med fællesskabsretten (Fantask m.fl.-dommen, a.st., præmis 38).
- 25 Når der ikke er udstedt fællesskabsbestemmelser på området, kan denne tilbagesøgning imidlertid kun ske under iagttagelse af de materielle og formelle bestemmelser, der findes i de forskellige nationale lovgivninger, men disse kan ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret og må i intet tilfælde i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges ved fællesskabsretten (jf. bl.a. dom af 14.2.1995, sag C-312/93, Peterbroeck, Sml. I, s. 4599, præmis 12, og dom af 8.2.1996, sag C-212/94, FMC m.fl., Sml. I, s. 389, præmis 71).
- 26 De nationale domstoles pligt til at sikre, at en national afgift, der er opkrævet i strid med fællesskabsretten, tilbagebetales, skal således opfyldes efter den nationale lovgivning, idet det må påses, at de to i Domstolens praksis fastsatte betingelser er opfyldt. Fastlæggelsen af reglerne om tilbagesøgning og den definition, der i denne forbindelse må foretages af arten af retsforholdet mellem en medlemsstats afgiftsmyndigheder og selskaber i denne stat, når en sådan afgift opkræves, henhører derfor under national ret.
- 27 Det bemærkes i øvrigt, at efter Domstolens faste praksis, er fællesskabsretten således ikke til hinder for, at en medlemsstats lovgivning ud over en almindelig forældelsesfrist, der gælder for søgsmål med påstand om tilbagesøgning af beløb erlagt i urigtig formening om skyld mellem private, indeholder særlige og mindre gunstige regler med hensyn til indgivelse af klager og anlæggelse af søgsmål med henblik på anfægtelse af gebyrer og andre former for afgifter (domme af 15.9.1998, sag C-231/96, Edis, Sml. I, s. 4951, præmis 37, og sag C-260/96, Spac, Sml. I, s. 4997, præmis 21).

- 28 Imidlertid mister den adgang, Domstolen hermed har anerkendt, til også at anvende sådanne særlige regler på krav om tilbagebetaling af skatter og afgifter, der er kendt fællesskabsretsstridige, enhver virkning, såfremt, som Kommissionen hævder det, uoverensstemmelsen mellem en national afgiftsordning og fællesskabsretten nødvendigvis medfører, at denne ordning ikke længere defineres som afgiftsordning, og at retsforholdet mellem de nationale afgiftsmyndigheder og de afgiftspligtige personer som følge af opkrævningen af den omhandlede afgift mister sin fiskale karakter.
- 29 Det forelagte spørgsmål skal derfor besvares således, at en national ret, som er forpligtet til at undlade at anvende en national lovgivning, hvorved der er indført en afgift, der er i strid med fællesskabsretten, principielt skal imødekomme krav om tilbagebetaling af denne afgift. Tilbagesøgningen skal ske på grundlag af den nationale rets bestemmelser, idet disse dog ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret og under ingen omstændigheder i praksis må gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges ved fællesskabsretten. En eventuel ændret definition af retsforholdet mellem en medlemsstats afgiftsmyndigheder og selskaber i den pågældende stat som følge af opkrævelsen af en national afgift, der senere er kendt fællesskabsretsstridig, henhører således under national ret.

Sagens omkostninger

- 30 De udgifter, der er afholdt af den italienske og den franske regering, af Det Forenede Kongeriges regering og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende det spørgsmål, der er forelagt af Pretura circondariale di Roma ved kendelser af 17. december 1996, for ret:

En national ret, som er forpligtet til at undlade at anvende en national lovgivning, hvorved der er indført en afgift, der er i strid med fællesskabsretten, skal principielt imødekomme krav om tilbagebetaling af denne afgift. Tilbagesøgningen skal ske på grundlag af den nationale rets bestemmelser, idet disse dog ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret og under ingen omstændigheder i praksis må gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges ved fællesskabsretten. En eventuel ændret definition af retsforholdet mellem en medlemsstats afgiftsmyndigheder og selskaber i den pågældende stat som følge af opkrævelsen af en national afgift, der senere er kendt fællesskabsretsstridig, henhører således under national ret.

Rodríguez Iglesias

Kapteyn

Puissochet

Hirsch

Jann

Mancini

Moitinho de Almeida

Gulmann

Murray

Edward

Ragnemalm

Sevón

Wathelet

Schintgen

Ioannou

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 22. oktober 1998.

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær

Præsident

I - 6336



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

8. april 2014*¹

»Elektronisk kommunikation — direktiv 2006/24/EF — offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller elektroniske kommunikationsnet — lagring af data genereret eller behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af sådanne tjenester — gyldighed — artikel 7, 8 og 11 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder«

I de forenede sager C-293/12 og C-594/12,

angående anmodninger om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af High Court (Irland) og Verfassungsgerichtshof (Østrig) ved afgørelser af henholdsvis den 27. januar og den 28. november 2012, indgået til Domstolen den 11. juni og den 19. december 2012, i sagerne:

Digital Rights Ireland Ltd (sag C-293/12)

mod

Minister for Communications, Marine and Natural Resources

Minister for Justice, Equality and Law Reform

Commissioner of the Garda Síochána

Irland

The Attorney General,

procesdeltager:

Irish Human Rights Commission,

og

Kärntner Landesregierung (sag C-594/12)

Michael Seitlinger

Christof Tschohl m.fl.,

har

* Processprog: engelsk og tysk.

¹ — Der er foretaget en teknisk rettelser af denne teksts hoved og i angivelsen af visse parter efter den oprindelige offentliggørelse.

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, vicepræsidenten, K. Lenaerts, afdelingsformændene A. Tizzano, R. Silva de Lapuerta, T. von Danwitz (refererende dommer), E. Juhász, A. Borg Barthet, C.G. Fernlund og J.L. da Cruz Vilaça samt dommerne A. Rosas, G. Arestis, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, C. Toader og C. Vajda,

generaladvokat: P. Cruz Villalón

justitssekretær: fuldmægtig K. Malacek,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 9. juli 2013,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Digital Rights Ireland Ltd ved F. Callanan, SC, og F. Crehan, BL, begge for solicitor S. McGarr
 - Michael Seitlinger ved Rechtsanwalt G. Otto
 - Christof Tschohl m.fl. ved Rechtsanwalt E. Scheucher
 - Irish Human Rights Commission ved P. Dillon Malone, BL, for solicitor S. Lucey
 - Irland ved E. Creedon og D. McGuinness, som befuldmægtigede, bistået af E. Regan, SC, og D. Fennelly, JC
 - den østrigske regering ved G. Hesse og G. Kunnert, som befuldmægtigede
 - den spanske regering ved N. Díaz Abad, som befuldmægtiget
 - den franske regering ved G. de Bergues, D. Colas og B. Beaupère-Manokha, som befuldmægtigede
 - den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato A. De Stefano
 - den polske regering ved B. Majczyna og M. Szpunar, som befuldmægtigede
 - den portugisiske regering ved L. Inez Fernandes og C. Vieira Guerra, som befuldmægtigede
 - Det Forenede Kongeriges regering ved L. Christie, som befuldmægtiget, bistået af barrister S. Lee
 - Europa-Parlamentet ved U. Rösslein, A. Caiola og K. Zejdová, som befuldmægtigede
 - Rådet for Den Europæiske Union ved J. Monteiro, E. Sitbon og I. Šulce, som befuldmægtigede
 - Europa-Kommissionen ved D. Maidani, B. Martenczuk og M. Wilderspin, som befuldmægtigede,
- og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 12. december 2013, afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører gyldigheden af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15. marts 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 L 105, s. 54).
- 2 Den af High Court indgivne anmodning (sag C-293/12) vedrører en tvist mellem Digital Rights Ireland Ltd (herefter »Digital Rights«) og Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána, Irland og Attorney General om lovligheden af lovgivningsmæssige og administrative foranstaltninger, der angår lagring af data vedrørende elektronisk kommunikation.
- 3 Den af Verfassungsgerichtshof indgivne anmodning (sag C-594/12) vedrører en række forfatningsretlige søgsmål, som er indbragt for denne ret af Kärntner Landesregierung (delstatsregeringen i Kärnten) samt af Michael Seitlinger, Christof Tschohl og 11 128 andre sagsøgere vedrørende spørgsmålet, om den lov, der gennemfører direktiv 2006/24 i national østrigsk ret, er forenelig med Bundesverfassungsgesetz (den østrigske forfatning).

Retsforskrifter

Direktiv 95/46/EF

- 4 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT L 281, s. 31) har i henhold til dets artikel 1, stk. 1, til formål at sikre beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, især retten til privatlivets fred, i forbindelse med behandling af personoplysninger.
- 5 Med hensyn til sikkerheden af behandlingen af sådanne oplysninger bestemmer det nævnte direktivs artikel 17, stk. 1:

»Medlemsstaterne fastsætter bestemmelser om, at den registeransvarlige skal iværksætte de fornødne tekniske og organisatoriske foranstaltninger til at beskytte personoplysninger mod hændelig eller ulovlig tilintetgørelse, mod hændeligt tab, mod forringelse, ubeføjet udbredelse eller ikke-autoriseret adgang, navnlig hvis behandlingen omfatter fremsendelser af oplysninger i et net, samt mod enhver anden form for ulovlig behandling.

Disse foranstaltninger skal under hensyn til det aktuelle tekniske niveau og de omkostninger, som er forbundet med deres iværksættelse, tilvejebringe et tilstrækkeligt sikkerhedsniveau i forhold til de risici, som behandlingen indebærer, og arten af de oplysninger, som skal beskyttes.«

Direktiv 2002/58/EF

- 6 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) (EFT L 201, s. 37), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009 (EUT L 337, s. 11, herefter »direktiv 2002/58«), har i henhold til dets artikel 1, stk. 1, til formål at harmonisere medlemsstaternes bestemmelser, som er nødvendige 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, og for at sikre fri

omsætning af sådanne oplysninger og af elektronisk kommunikationsudstyr og elektroniske kommunikationstjenester i Den Europæiske Union. I henhold til samme artikels stk. 2 specificerer og supplerer dette direktivs bestemmelser direktiv 95/46 med henblik på at nå de førnævnte i stk. 1 omhandlede mål.

- 7 Med hensyn til sikkerhed i forbindelse med behandlingen af dataene bestemmer artikel 4 i direktiv 2002/58:

»1. Udbyderen af en offentligt tilgængelig kommunikationstjeneste skal træffe passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger for at beskytte sine tjenester, for netsikkerhedens vedkommende om nødvendigt sammen med udbyderen af det offentlige kommunikationsnet. Under hensyn til teknologiens stadi og omkostningerne i forbindelse med gennemførelsen skal disse foranstaltninger garantere et sikkerhedsniveau, der står i forhold til risikoen.

1a. Uden at det berører direktiv 95/46/EF, skal de i stk. 1 omhandlede foranstaltninger som minimum:

- sikre, at kun autoriserede personer får adgang til personoplysningerne til lovlige formål
- beskytte lagrede eller sendte personoplysninger mod hændelig eller ulovlig tilintetgørelse, hændeligt tab eller ændring og ubeføjet eller ulovlig lagring, behandling, adgang eller videregivelse og
- gennemføre en sikkerhedspolitik for behandling af personoplysninger.

De relevante nationale myndigheder skal kunne kontrollere foranstaltninger truffet af udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester og udstede henstillinger om bedste praksis vedrørende det sikkerhedsniveau, som disse foranstaltninger bør føre til.

2. Hvor der er særlig risiko for brud på netsikkerheden, skal udbyderen af en offentligt tilgængelig kommunikationstjeneste informere abonnenterne herom samt, hvis risikoen ligger uden for de foranstaltninger, der skal træffes af udbyderen, om, hvorledes sådanne brud i givet fald kan forebygges, herunder angive de omkostninger, der sandsynligvis vil være forbundet hermed.«

- 8 For så vidt angår kommunikationshemmelighed og fortrolighed af trafikdata bestemmer det nævnte direktivs artikel 5, stk. 1 og 3:

»1. Medlemsstaterne sikrer kommunikationshemmeligheden ved brug af offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, både for så vidt angår selve kommunikationen og de dermed forbundne trafikdata, via nationale forskrifter. De forbyder især aflytning, registrering, lagring og andre måder, hvorpå samtaler kan opfanges eller overvåges af andre end brugerne, uden at de pågældende brugere har indvilget heri, bortset fra tilfælde, hvor det er tilladt ifølge lovgivningen, jf. artikel 15, stk. 1. Dette stykke er ikke til hinder for teknisk lagring, som er nødvendig for overføring af en kommunikation, forudsat at princippet om kommunikationshemmelighed ikke berøres heraf.

[...]

3. Medlemsstaterne sikrer, at lagring af oplysninger eller opnåelse af adgang til oplysninger, der allerede er lagret i en abonnents eller brugers terminaludstyr, kun er tilladt på betingelse af, at abonnenten eller brugeren har givet sit samtykke hertil efter i overensstemmelse med direktiv 95/46/EF at have modtaget klare og fyldestgørende oplysninger, bl.a. om formålet med behandlingen. Dette er ikke til hinder for teknisk lagring eller adgang til oplysninger, hvis det alene sker med det formål at overføre kommunikation via et elektronisk kommunikationsnet eller er absolut påkrævet for at sætte udbyderen af en informationssamfundstjeneste, som abonnenten eller brugeren udtrykkelig har anmodet om, i stand til at levere denne tjeneste.«

9 Det hedder i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2002/58:

»Trafikdata vedrørende abonnenter og brugere, som behandles og lagres af udbyderen af et offentligt kommunikationsnet eller en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste, skal slettes eller gøres anonyme, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, jf. dog stk. 2, 3 og 5 samt artikel 15, stk. 1.«

10 Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 bestemmer:

»Medlemsstaterne 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/EF. 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.«

Direktiv 2006/24

11 Efter at have iværksat en høring med deltagelse af repræsentanter for de retshåndhævende myndigheder, den elektroniske kommunikationssektor og eksperter i databeskyttelse fremlagde Kommissionen den 21. september 2005 en konsekvensanalyse af de politiske alternativer vedrørende regler om lagring af trafikdata (herefter »konsekvensanalysen«). Denne analyse dannede grundlag for udarbejdelsen af forslaget til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om lagring af data behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentlige elektroniske kommunikationstjenester og om ændring af direktiv 2002/58/EF (KOM(2005) 438 endelig, herefter »direktivforslaget«), der blev forelagt samme dag, og som førte til vedtagelsen af direktiv 2006/24 på grundlag af artikel 95 EF.

12 Fjerde betragtning til direktiv 2006/24 har følgende ordlyd:

»I artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58/EF fastsættes de betingelser, i henhold til hvilke medlemsstaterne kan indskrænke rækkevidden af de rettigheder og forpligtelser, der omhandles i nævnte direktivs artikel 5, artikel 6, artikel 8, stk. 1, 2, 3 og 4, og artikel 9. En sådan indskrænkning skal være nødvendig, passende og forholdsmæssig i et demokratisk samfund af hensyn til den offentlige ro og orden, f.eks. 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.«

13 Ifølge første punktum i femte betragtning til direktiv 2006/24 »[har] [m]ange medlemsstater [...] vedtaget lovgivning om tjenesteudbyderes lagring af data med henblik på forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af strafbare handlinger«.

14 Syvende til ellefte betragtning til det 2006/24 har følgende ordlyd:

»(7) I sine konklusioner af 19. december 2002 fremhæver Rådet (retlige og indre anliggender), at den betydelige vækst i de muligheder, der ligger i elektronisk kommunikation, har medført, at data vedrørende anvendelsen af elektronisk kommunikation udgør et særdeles vigtigt og brugbart redskab i forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af kriminalitet og strafbare handlinger, især organiseret kriminalitet.

- (8) I erklæringen om bekæmpelse af terrorisme, der blev vedtaget af Det Europæiske Råd den 25. marts 2004, blev Rådet pålagt at behandle foranstaltninger vedrørende opstilling af regler for tjenesteudbyderes lagring af kommunikationsdata.
- (9) Ifølge artikel 8 i konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (den europæiske menneskerettighedskonvention) [undertegnet i Rom den 4. november 1950, herefter »EMRK«] har enhver ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance. Offentlige myndigheder må kun gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, hvis det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til bl.a. den nationale sikkerhed og den offentlige tryghed for at forebygge uro eller forbrydelse eller for at beskytte andres rettigheder og friheder. Da lagring af data har vist sig at være et sådant nødvendigt og effektivt efterforskningsredskab for retshåndhævelsen i flere medlemsstater, herunder navnlig i alvorlige sager som organiseret kriminalitet og terrorisme, er det nødvendigt at sikre, at de lagrede data er tilgængelige i forbindelse med håndhævelsen af loven i en vis periode på de vilkår, der er fastsat i dette direktiv. [...]
- (10) Den 13. juli 2005 bekræftede Rådet på ny i sin erklæring om fordømmelse af terroristangrebene i London, at det er nødvendigt snarest muligt at vedtage fælles foranstaltninger vedrørende lagring af telekommunikationsdata.
- (11) Det er i undersøgelser blevet påvist, og medlemsstaterne har praktisk erfaring for, at trafikdata og lokaliseringsdata har stor betydning i efterforskning, afsløring og retsforfølgning af strafbare handlinger, og det er derfor nødvendigt på europæisk plan at sikre, at data, som genereres eller behandles af udbydere af elektronisk kommunikation, når de tilbyder offentlige elektroniske kommunikationstjenester eller offentlige kommunikationsnet, lagres i en vis periode på de i dette direktiv fastsatte betingelser.«
- 15 16., 21. og 22. betragtning til direktivet præciserer:
- »(16) De forpligtelser, der i medfør af artikel 6 i direktiv 95/46/EF påhviler tjenesteudbyderne med hensyn til foranstaltninger til at sikre datakvaliteten samt deres forpligtelser i medfør af artikel 16 og 17 i nævnte direktiv med hensyn til foranstaltninger til at sikre fortrolighed og behandlingssikkerhed, finder fuldt ud anvendelse på data, der lagres i overensstemmelse med nærværende direktiv.
- (21) Målene for dette direktiv, nemlig at harmonisere udbydernes pligt til at lagre visse data og sikre, at disse data gøres tilgængelige i forbindelse med efterforskning, afsløring og retsforfølgning af alvorlige forbrydelser som defineret af de enkelte medlemsstater i deres nationale lovgivning, kan ikke i tilstrækkelig grad opfyldes af medlemsstaterne og kan derfor på grund af direktivets omfang og virkninger bedre gennemføres på fællesskabsplan. Fællesskabet kan derfor træffe foranstaltninger i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet, jf. traktatens artikel 5. I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, jf. nævnte artikel, går dette direktiv ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå disse mål.
- (22) I dette direktiv overholdes de grundlæggende rettigheder og de principper, som bl.a. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder anerkender. Dette direktiv tilstræber sammen med direktiv 2002/58/EF navnlig at sikre, at de grundlæggende rettigheder overholdes i fuldt omfang, herunder at privatlivets fred og borgernes ret til kommunikation respekteres, samt at der sørges for beskyttelse af personoplysninger jf. artikel 7 og 8 i chartret.«

- 16 Direktiv 2006/24 fastsætter en pligt for udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet til at lagre visse data, der genereres eller behandles af dem. I denne henseende bestemmer dette direktivs artikel 1-9, 11 og 13:

»Artikel 1

Formål og anvendelsesområde

1. Formålet med dette direktiv er at harmonisere medlemsstaternes bestemmelser om de pligter, der er pålagt udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet, 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.

2. Dette direktiv finder anvendelse på trafikdata og lokaliseringsdata vedrørende både juridiske og fysiske personer og på lignende data, der er nødvendige for at identificere abonnenten eller den registrerede bruger. Direktivet finder ikke anvendelse på indholdet af elektroniske kommunikationer, herunder oplysninger, der er indhentet over et elektronisk kommunikationsnet.

Artikel 2

Definitioner

1. I dette direktiv anvendes definitionerne i direktiv 95/46/EF, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) [...] og i direktiv 2002/58/EF.

2. I dette direktiv forstås ved:

- (a) »data«: trafikdata, lokaliseringsdata og lignende data, der er nødvendige for at identificere abonnenten eller brugeren
- (b) »bruger«: enhver juridisk eller fysisk person, der anvender en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste til privat eller forretningsmæssig brug uden nødvendigvis at have abonneret på tjenesten
- (c) »telefon-tjeneste«: opkald (herunder taleopkald, voice mail, konferenceopkald eller dataopkald), supplerende tjenester (herunder viderestilling og omstilling) samt besked- og multimedietjenester (herunder SMS-, EMS- og MMS-tjenester)
- (d) »brugeridentitet«: en entydig identifikator, der tildeles en person, når vedkommende tegner abonnement eller lader sig registrere som bruger af en internetadgang eller internetkommunikationstjeneste
- (e) »celle-ID«: identiteten på den celle, hvorfra et mobiltelefonopkald kommer, eller hvor det afsluttes
- (f) »forgæves opkaldsforsøg«: telefonopkald, hvor der opnås forbindelse, men som ikke besvares, eller hvor netværkssystemet har grebet ind.

Artikel 3

Pligt til at lagre data

1. Uanset artikel 5, 6 og 9 i direktiv 2002/58/EF vedtager medlemsstaterne foranstaltninger til at sikre, at de i artikel 5 i nærværende direktiv nævnte data, som genereres eller behandles af udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet inden for deres jurisdiktion, når de leverer de pågældende kommunikationstjenester, lagres i overensstemmelse med bestemmelserne i nærværende direktiv.

2. Den i stk. 1 nævnte forpligtelse til lagring inkluderer den lagring af data, der er angivet i artikel 5, i forbindelse med forgæves opkaldsforsøg, hvor de pågældende data genereres eller behandles og lagres (for så vidt angår telefonidata) eller logges (for så vidt angår internetdata) af udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet inden for den pågældende medlemsstats jurisdiktion, når de leverer de pågældende kommunikationstjenester. Der stilles ikke i dette direktiv krav om lagring af data vedrørende opkald, hvor der ikke opnås forbindelse.

Artikel 4

Adgang til data

Medlemsstaterne træffer foranstaltninger til at sikre, at data, der lagres i overensstemmelse med dette direktiv, kun udleveres til de kompetente nationale myndigheder i særlige sager og i overensstemmelse med national lovgivning. Hver medlemsstat fastsætter i sin nationale lovgivning den procedure, der skal følges, og de betingelser, der skal være opfyldt for at få adgang til lagrede data i overensstemmelse med kravet om nødvendighed og proportionalitet, under hensyn til de relevante bestemmelser i EU-retten og folkeretten, herunder navnlig [EMRK], således som den er fortolket af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Artikel 5

Kategorier af data, der skal lagres

1. Medlemsstaterne sikrer, at følgende kategorier af data lagres i medfør af nærværende direktiv:

- (a) data, der er nødvendige for at spore og identificere kilden til en kommunikation:
 - 1) for så vidt angår fastnettelefoni og mobiltelefoni:
 - i) A-nummeret
 - ii) navn og adresse på abonnenten eller den registrerede bruger
 - 2) for så vidt angår internetadgang og e-mail og telefoni via internettet:
 - i) tildelt brugeridentitet
 - ii) den brugeridentitet og det telefonnummer, som er tildelt kommunikationer, der indgår i et offentligt telefonnet
 - iii) navn og adresse på den abonnent eller registrerede bruger, til hvem en internetprotokol-adresse (IP-adresse), en brugeridentitet eller et telefonnummer var tildelt på kommunikationstidspunktet
- b) data, der er nødvendige for at fastslå en kommunikations bestemmelsessted:
 - 1) for så vidt angår fastnettelefoni og mobiltelefoni:
 - i) det eller de valgte numre (B-nummeret/-numrene) og, hvis der er tale om supplerende tjenester såsom viderestilling og omstilling, det eller de numre, som opkaldet ledes videre til
 - ii) navn og adresse på abonnent(en)(erne) eller de(n) registrerede bruger(e)

- 2) for så vidt angår e-mail og telefoni via internettet:
 - i) brugeridentitet eller telefonnummer på den modtager, som et internettelefonopkald er rettet til
 - ii) navn og adresse på abonnent(en)(erne) eller de(n) registrerede bruger(e) og brugeridentitet på den modtager, som kommunikation er rettet til
- c) data, der er nødvendige for at fastslå en kommunikations dato, klokkeslæt og varighed:
 - 1) for så vidt angår fastnettelefoni og mobiltelefoni: dato og klokkeslæt for kommunikationens begyndelses- og sluttidspunkt
 - 2) for så vidt angår internetadgang og e-mail og telefoni via internettet:
 - i) dato og klokkeslæt for ind- og udlogning af internetadgangstjenester baseret på en bestemt tidszone og den dynamiske eller statiske IP-adresse, som udbyderen af internetadgangstjenesten har tildelt en kommunikation, samt brugeridentitet på abonnenten eller den registrerede bruger
 - ii) dato og klokkeslæt for ind- og udlogning af e-mailtjeneste og telefonitjenester på internettet baseret på en bestemt tidszone
- d) data, der er nødvendige for at identificere kommunikationens type:
 - 1) for så vidt angår fastnettelefoni og mobiltelefoni: den anvendte telefontjeneste
 - 2) for så vidt angår e-mail og telefoni via internettet: den anvendte internettjeneste
- e) data, der er nødvendige for at identificere brugernes kommunikationsudstyr eller det, der fremstår som værende deres udstyr:
 - 1) for så vidt angår fastnettelefoni: A-nummeret og B-nummeret
 - 2) for så vidt angår mobiltelefoni:
 - i) A-nummeret og B-nummeret
 - ii) A-abonnentens IMSI-nummer (international mobilabonnents identitet)
 - iii) A-abonnentens IMEI-nummer (internationalt mobiludstyrs identitet)
 - iv) B-abonnentens IMSI-nummer
 - v) B-abonnentens IMEI-nummer
 - vi) ved forudbetalte anonyme tjenester dato og tidspunkt for første aktivering af tjenesten og den lokaliseringskode (celle-ID), hvorfra aktiveringen blev foretaget
 - 3) for så vidt angår internetadgang og e-mail og telefoni via internettet:
 - i) A-nummeret med henblik på dial-up-adgang
 - ii) den digitale abonnentlinje (DSL) eller andet endepunkt for kommunikationens ophavsmand
- f) data, der er nødvendige for at foretage en lokalisering af mobilt udstyr:
 - 1) lokaliseringskoden (celle-ID) ved kommunikationens begyndelse
 - 2) data, der med henvisning til deres celle-ID viser cellernes geografiske lokalisering i den periode, hvori der lagres kommunikationsdata.

2. Data, der afslører indholdet af kommunikationen, kan ikke lagres i medfør af dette direktiv.

Artikel 6

Lagringsperioder

Medlemsstaterne sørger for, at de i artikel 5 omhandlede kategorier af data lagres i mindst seks måneder og højst to år fra datoen for kommunikationen.

Artikel 7

Databeskyttelse og datasikkerhed

Med forbehold af bestemmelser vedtaget i medfør af direktiv 95/46/EF og direktiv 2002/58/EF skal hver medlemsstat sikre, at udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet som et minimum respekterer følgende datasikkerhedsprincipper for data, der lagres i overensstemmelse med nærværende direktiv:

- a) de lagrede data skal være af samme kvalitet og være omfattet af den samme sikkerhed og beskyttelse som de data, der findes på nettet
- b) dataene skal være omfattet af de fornødne tekniske og organisatoriske foranstaltninger, så de er beskyttet mod hændelig eller ulovlig tilintetgørelse eller hændeligt tab, mod forringelse, ubeføjet eller ulovlig lagring, behandling, adgang eller udbredelse
- c) dataene skal være omfattet af de fornødne tekniske og organisatoriske foranstaltninger, så det sikres, at kun særligt autoriserede personer får adgang til dataene,

og

- d) dataene skal tilintetgøres ved udløbet af lagringstiden, bortset fra data, der har været givet adgang til, og som er blevet gemt.

Artikel 8

Krav til lagringen af data

Medlemsstaterne sørger for, at de i artikel 5 nævnte data lagres i overensstemmelse med dette direktiv på en sådan måde, at de lagrede data og alle andre nødvendige oplysninger vedrørende disse data kan fremsendes uden unødigt forsinkelse til de kompetente myndigheder på disses anmodning.

Artikel 9

Tilsynsmyndighed

1. Hver medlemsstat udpeger en eller flere offentlige myndigheder, der har til opgave på dens område at påse overholdelsen af de bestemmelser om de lagrede datas sikkerhed, som medlemsstaten vedtager i medfør af artikel 7. Disse myndigheder kan være de samme myndigheder som dem, der er nævnt i artikel 28 i direktiv 95/46/EF.

2. De i stk. 1 nævnte myndigheder handler i fuld uafhængighed i forbindelse med udførelsen af det i samme stykke omhandlede tilsyn.

[...]

Artikel 11

Ændring af direktiv 2002/58/EF

I artikel 15 i direktiv 2002/58/EF indsættes følgende stykke:

»1a. Stk. 1 finder ikke anvendelse på data, der udtrykkelig kræves lagret i henhold til [direktiv 2006/24] til de formål, der er omhandlet i nævnte direktivs artikel 1, stk. 1.«

[...]

Artikel 13

Retsmidler, ansvar og sanktioner

»1. Hver medlemsstat træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de nationale foranstaltninger til gennemførelse af kapitel III i direktiv 95/46/EF om retsmidler, ansvar og sanktioner er iværksat i fuldt omfang for så vidt angår behandling af data i henhold til nærværende direktiv.

2. Hver medlemsstat træffer navnlig de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at forsætlig adgang til eller overførsel af data lagret i overensstemmelse med dette direktiv, som ikke er tilladt i henhold til national lovgivning vedtaget i medfør af dette direktiv, pålægges sanktioner, herunder administrative eller strafferetlige sanktioner, der er effektive, forholdsmæssige og har afskrækkende virkning.«

Twisterne i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål*Sag C-293/12*

- 17 Digital Rights anlagde den 11. august 2006 sag ved High Court, og selskabet anførte herved, at det er ejer af en mobiltelefon, som blev registreret den 3. juni 2006, og som det har anvendt siden denne dato. Digital Rights anfægter lovligheden af nationale lovgivningsmæssige og administrative foranstaltninger, der angår lagring af data vedrørende elektronisk kommunikation, og har bl.a. nedlagt påstand for den forelæggende ret om, at det fastslås, at såvel direktiv 2006/24 som Part 7 i Criminal Justice (Terrorist Offences) Act 2005 (straffelov af 2005 (terrorhandlinger)), hvorefter telekommunikationsudbydere skal lagre trafik- og lokaliseringsdata vedrørende telekommunikation i et tidsrum, der er fastsat i loven, med henblik på forebyggelse, afsløring, efterforskning eller forfølgning af kriminalitet og beskyttelse af statens sikkerhed, er ugyldige.
- 18 High Court finder, at den ikke kan afgøre de spørgsmål vedrørende national ret, som er indbragt for den, uden en bedømmelse af gyldigheden af direktiv 2006/24, og har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Er begrænsningen af sagsøgerens rettigheder hvad angår dennes brug af mobiltelefoni, der fremgår af kravene i artikel 3, 4 og 6 i direktiv 2006/24, uforenelig med artikel 5, stk. 4, TEU, for så vidt som den er uforholdsmæssig og unødvendig eller uhensigtsmæssig i forhold til at opfylde de lovlige mål om at:
- a) sikre, at der er adgang til visse data i forbindelse med efterforskning, afsløring og retsforfølgning af grov kriminalitet
- og/eller
- b) sikre den rette funktion af Den Europæiske Unions indre marked?
- 2) Navnlig spørges, om
- a) direktiv 2006/24 er foreneligt med borgeres ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, således som fastsat i artikel 21 TEUF
 - b) direktiv 2006/24 er foreneligt med retten til privatliv, der er fastsat i chartrets artikel 7 og EMRK's artikel 8
 - c) direktiv 2006/24 er foreneligt med retten til beskyttelse af personlige oplysninger, således som fastsat i chartrets artikel 8

- d) direktiv 2006/24 er foreneligt med ytringsfriheden, således som fastsat i chartrets artikel 11 og EMRK's artikel 10
 - e) direktiv 2006/24 er foreneligt med retten til god forvaltning, således som fastsat i chartrets artikel 41.
- 3) I hvilket omfang kræver traktaterne – navnlig princippet om loyalt samarbejde, der er opstillet i artikel 4, stk. 3, [TEU] – at en national ret skal undersøge og bedømme, om de nationale foranstaltninger til gennemførelse af direktiv 2006/24 er forenelige med den beskyttelse, der ydes med [chartret], herunder dettes artikel 7 (jf. EMRK's artikel 8)?«

Sag C-594/12

- 19 Til grund for anmodningen om præjudiciel afgørelse i sag C-594/12 ligger en række sager anlagt ved Verfassungsgerichtshof af Kärntner Landesregierung samt af Michael Seitlinger, Christof Tschohl og 11 128 andre sagsøgere, der har nedlagt påstand om annullation af § 102a i Telekommunikationsgesetz 2003 (lov af 2003 om telekommunikation), som blev indsat i denne lov ved Bundesgesetz, mit dem das Telekommunikationsgesetz 2003 – TKG 2003 geändert wird (forbundslov om ændring af lov om telekommunikation, BGBl I, nr. 27/2011) med henblik på at gennemføre direktiv 2006/24 i østrigsk ret. Disse parter er bl.a. af den opfattelse, at den nævnte § 102a tilsidesætter borgernes grundlæggende ret til beskyttelse af deres data.
- 20 Verfassungsgerichtshof finder det bl.a. tvivlsomt, om direktiv 2006/24 er foreneligt med chartret, for så vidt som det i henhold til direktivet er tilladt at lagre et stort antal datatyper vedrørende et ubegrænset antal personer over længere tid. Datalagringen omfatter næsten udelukkende personer, hvis adfærd på ingen måde begrunder, at der lagres data, der vedrører dem. Disse personer udsættes for en forhøjet risiko for, at myndighederne undersøger deres data, gør sig bekendt med indholdet heraf, får oplysninger om deres privatliv og anvender disse data til forskelligartede formål, henset til bl.a. det uafgrænsede antal personer, der har adgang til dataene i en periode på mindst seks måneder. Ifølge den forelæggende ret er det dels tvivlsomt, om dette direktiv er egnet til at nå de mål, det forfølger, dels om indgrebet i de berørte grundlæggende rettigheder er forholdsmæssigt.
- 21 Under disse omstændigheder har Verfassungsgerichtshof besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Gyldigheden af retsakter udstedt af Unionens institutioner:

Er artikel 3-9 i direktiv 2006/24 forenelige med [chartrets] artikel 7, 8 og 11 [...]?

2) Fortolkning af traktaterne:

- a) Skal der, set i lyset af forklaringerne til chartrets artikel 8, der i henhold til chartrets artikel 52, stk. 7, er udarbejdet som en vejledning ved fortolkningen af [dette], og som Verfassungsgerichtshof skal inddrage behørigt, tages samme hensyn til direktiv 95/46 og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 45/2001 af 18. december 2000 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i fællesskabsinstitutionerne og -organerne og om fri udveksling af sådanne oplysninger [(EFT L 8, s. 1)] som til betingelserne i chartrets artikel 8, stk. 2, og artikel 52, stk. 1, ved bedømmelsen af gyldigheden af indgreb?
- b) Hvilket forhold er der mellem »EU-retten« som nævnt i chartrets artikel 52, stk. 3, sidste punktum, og de databeskyttelsesretlige direktiver?
- c) Skal der, henset til, at direktiv 95/46/EF og forordning [...] nr. 45/2001 indeholder betingelser og begrænsninger for udøvelse af den grundlæggende ret til databeskyttelse i henhold til chartret, ved fortolkning af [dettes] artikel 8 tages hensyn til ændringer, der følger af senere sekundærret?

- d) Følger det af princippet om overholdelse af det højeste beskyttelsesniveau, som opstilles i chartrets artikel 53, når der henses til chartrets artikel 52, stk. 4, at grænserne for tilladte sekundærretlige indskrænkninger skal drages snævrere?
- e) Kan der, henset til chartrets artikel 52, stk. 3, præambelens femte afsnit og forklaringerne til [dets] artikel 7, hvorefter de rettigheder, der sikres i artikel 7, svarer til dem, der er sikret ved EMRK's artikel 8, udledes synspunkter af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis vedrørende EMRK's artikel 8, som påvirker fortolkningen af chartrets artikel 8?»
- 22 Ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 11. juni 2013 blev sagerne C-293/12 og C-594/12 forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

Om de præjudicielle spørgsmål

Det andet spørgsmål, litra b)-d), i sag C-293/12 og det første spørgsmål i sag C-594/12

- 23 Med det andet spørgsmål, litra b)-d), i sag C-293/12 og det første spørgsmål i sag C-594/12, som behandles samlet, anmoder de forelæggende retter nærmere bestemt Domstolen om at bedømme gyldigheden af direktiv 2006/24 i lyset af chartrets artikel 7, 8 og 11.

Relevansen af chartrets artikel 7, 8 og 11 i relation til spørgsmålet om gyldigheden af direktiv 2006/24

- 24 Det fremgår af artikel 1 i direktiv 2006/24 og af 4., 5., 7.-11., 21. og 22. betragtning hertil, at hovedformålet med dette direktiv er at harmonisere medlemsstaternes bestemmelser om de pligter, der er pålagt udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet, for så vidt angår lagring af visse data, der genereres eller behandles af disse udbydere, med henblik på at sikre, at der er adgang til disse data i forbindelse med forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af grov kriminalitet, såsom organiseret kriminalitet og terrorisme, under overholdelse af de rettigheder, som er fastslået i chartrets artikel 7 og 8.
- 25 Den pligt, der i henhold til artikel 3 i direktiv 2006/24 er pålagt udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet til at lagre de data, som er opregnet i direktivets artikel 5, med henblik på i påkommende tilfælde at gøre dem tilgængelige for de kompetente nationale myndigheder, rejser en række spørgsmål vedrørende beskyttelsen af såvel privatliv som kommunikation, som er fastslået i chartrets artikel 7, beskyttelsen af personoplysninger i henhold til chartrets artikel 8 samt respekten for ytringsfriheden, som er sikret ved chartrets artikel 11.
- 26 I denne henseende bemærkes, at de data, som udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet i henhold til artikel 3 og 5 i direktiv 2006/24 skal lagre, bl.a. er data, der er nødvendige for at spore og identificere kilden til en kommunikation og dens bestemmelsessted, fastslå en kommunikations dato, klokkeslæt, varighed og type, identificere brugernes kommunikationsudstyr og foretage en lokalisering af mobilt udstyr, dvs. data, der bl.a. omfatter navn og adresse på abonnenten eller den registrerede bruger, telefonnummer på den, der foretager opkaldet, og det kaldte nummer samt for internettjenester en IP-adresse. Disse data gør det bl.a. muligt at få kendskab til, med hvilken person og ved hjælp af hvilket kommunikationsmiddel en abonnent eller registreret bruger har kommunikeret, samt at tidsfæste kommunikationen og identificere det sted, hvorfra den har fundet sted. Desuden gør de det muligt at være bekendt med hyppigheden af abonnentens eller den registrerede brugers kommunikation med bestemte personer i en given periode.

- 27 Disse data vil tilsammen kunne gøre det muligt at drage meget præcise slutninger vedrørende privatlivet for de personer, hvis data er blevet lagret, såsom vaner i dagligdagen, midlertidige eller varige opholdssteder, daglige eller andre rejser, hvilke aktiviteter der udøves, disse personers sociale relationer og de sociale miljøer, de frekventerer.
- 28 Selv om direktiv 2006/24, som det fremgår af dets artikel 1, stk. 2, og artikel 5, stk. 2, ikke tillader lagring af indholdet af elektroniske kommunikationer, herunder oplysninger, der er indhentet over et elektronisk kommunikationsnet, er det på denne baggrund ikke udelukket, at den omhandlede lagring af data kan have indvirkning på abonnenters og registrerede brugeres brug af de kommunikationsmidler, som er omfattet af dette direktiv, og dermed på disse personers udøvelse af deres ytringsfrihed, som er sikret ved chartrets artikel 11.
- 29 Lagring af data med henblik på, at de kompetente nationale myndigheder eventuelt kan få adgang hertil, som omhandlet i direktiv 2006/24, vedrører direkte og specifikt privatlivet og dermed de rettigheder, som er sikret ved chartrets artikel 7. Herudover er en sådan lagring af data tillige omfattet af chartrets artikel 8, idet den udgør behandling af personoplysninger i denne artikels forstand og derfor nødvendigvis skal opfylde de krav vedrørende beskyttelse af sådanne oplysninger, der følger af denne artikel (dom Volker und Markus Schecke og Eifert, C-92/09 og C-93/09, EU:C:2010:662, præmis 47).
- 30 Selv om de præjudicielle forelæggelser i de foreliggende sager navnlig rejser det principielle spørgsmål om, hvorvidt abonnenters og registrerede brugeres data under hensyn til chartrets artikel 7 kan lagres, vedrører de også spørgsmålet, om direktiv 2006/24 opfylder de krav til beskyttelse af personoplysninger, som følger af chartrets artikel 8.
- 31 På baggrund af de ovenstående betragtninger skal der med henblik på at besvare det andet spørgsmål, litra b)-d), i sag C-293/12 og det første spørgsmål i sag C-594/12 foretages en bedømmelse af gyldigheden af direktivet under hensyn til chartrets artikel 7 og 8.

Spørgsmålet, om der foreligger et indgreb i de rettigheder, som er fastslået i chartrets artikel 7 og 8

- 32 Som generaladvokaten har påpeget i navnlig punkt 39 og 40 i forslaget til afgørelse, indebærer direktiv 2006/24, idet det foreskriver lagring af de i direktivets artikel 5, stk. 1, opregnede data, og idet det tillader, at de kompetente nationale myndigheder får adgang til disse data, en fravigelse af den ordning, som er indført ved direktiv 95/46 og 2002/58 med henblik på at beskytte retten til respekt for privatlivet, for så vidt angår behandling af personoplysninger inden for den elektroniske kommunikationssektor, idet de sidstnævnte direktiver foreskriver kommunikationshemmelighed og fortrolighed af trafikdata samt pligt til at slette disse data eller anonymisere dem, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, medmindre – og kun så længe – de er nødvendige for faktureringen.
- 33 Ved afgørelsen af, om der foreligger et indgreb i den grundlæggende ret til respekt for privatlivet, er det uden betydning, om de videregivne oplysninger er følsomme oplysninger, eller om indgrebet har medført eventuelle ubehageligheder for de berørte (jf. i denne retning dom Österreichischer Rundfunk m.fl., C-465/00, C-138/01 og C-139/01, EU:C:2003:294, præmis 75).
- 34 Heraf følger, at den pligt, der i henhold til artikel 3 og 6 i direktiv 2006/24 er pålagt udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet til i et nærmere bestemt tidsrum at lagre data vedrørende en persons privatliv og kommunikation som dem, der er omhandlet i dette direktivs artikel 5, i sig selv udgør et indgreb i de rettigheder, som er sikret ved chartrets artikel 7.

- 35 Desuden udgør de kompetente nationale myndigheders adgang til disse data et yderligere indgreb i denne grundlæggende ret (jf. for så vidt angår EMRK's artikel 8 Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols domme, Leander mod Sverige, 26.3.1987, serie A, nr. 116, § 48, og Rotaru mod Rumænien (Storkammeret), nr. 28341/95, § 46, ECHR 2000-V, samt Weber og Saravia mod Tyskland (afgørelse), nr. 54934/00, § 79, ECHR 2006-XI). Artikel 4 og 8 i direktiv 2006/24, der fastsætter regler om de kompetente nationale myndigheders adgang til dataene, indebærer derfor også et indgreb i de rettigheder, som er sikret ved chartrets artikel 7.
- 36 Direktiv 2006/24 indebærer ligeledes et indgreb i den grundlæggende ret til beskyttelse af personoplysninger, som er sikret ved chartrets artikel 8, eftersom det foreskriver en behandling af personoplysninger.
- 37 Det må fastslås, at det indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er fastslået i chartrets artikel 7 og 8, som direktiv 2006/24 indebærer, således som generaladvokaten også har anført i navnlig punkt 77 og 80 i forslaget til afgørelse, er meget vidtrækkende og må anses for at være af særligt alvorlig karakter. Den omstændighed, at lagringen af data og den efterfølgende anvendelse af dem finder sted, uden at abonnenten eller den registrerede bruger oplyses herom, er desuden, som generaladvokaten har anført i punkt 52 og 72 i forslaget til afgørelse, egnet til at skabe en følelse hos de berørte personer af, at deres privatliv er genstand for konstant overvågning.

Spørgsmålet, om indgrebet i de rettigheder, som er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, er begrundet

- 38 I henhold til chartrets artikel 52, stk. 1, skal enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved chartret, være fastlagt i lovgivningen og respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold, og der kan under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.
- 39 Hvad angår det væsentligste indhold af den grundlæggende ret til respekt for privatlivet og de øvrige rettigheder, som er fastslået i chartrets artikel 7, må det fastslås, at selv om den lagring af data, som foreskrives i direktiv 2006/24, udgør et særlig alvorligt indgreb i disse rettigheder, er det ikke af en sådan art, at det indebærer en krænkelse af det væsentligste indhold af disse rettigheder, eftersom direktivet, således som det fremgår af dets artikel 1, stk. 2, ikke giver adgang til at gøre sig bekendt med selve indholdet af de elektroniske kommunikationer.
- 40 Denne lagring af data vil heller ikke kunne indebære en krænkelse af det væsentligste indhold af den grundlæggende ret til beskyttelse af personoplysninger, som er fastslået i chartrets artikel 8, eftersom artikel 7 i direktiv 2006/24 indeholder en regel om databeskyttelse og datasikkerhed, hvorefter udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet med forbehold af bestemmelser vedtaget i medfør af direktiv 95/46 og 2002/52 skal respektere visse principper for databeskyttelse og datasikkerhed, i overensstemmelse med hvilke medlemsstaterne sikrer, at der iværksættes de fornødne tekniske og organisatoriske foranstaltninger mod hændelig eller ulovlig tilintetgørelse eller hændeligt tab eller forringelse af data.
- 41 Med hensyn til spørgsmålet, om det nævnte indgreb forfølger et mål af almen interesse, bemærkes, at selv om direktiv 2006/24 er tiltænkt at harmonisere medlemsstaternes bestemmelser om de pligter, der er pålagt de nævnte udbydere for så vidt angår lagring af visse data, der genereres eller behandles af dem, er det materielle mål med dette direktiv, således som det fremgår af dets artikel 1, stk. 1, 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. Det materielle mål med dette direktiv er derfor at bidrage til bekæmpelsen af grov kriminalitet og dermed i sidste ende til den offentlige sikkerhed.

- 42 Det fremgår af Domstolens praksis, at bekæmpelsen af international terrorisme med henblik på opretholdelse af international fred og sikkerhed udgør et mål for EU af almen interesse (jf. i denne retning domme Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, C-402/05 P og C-415/05 P, EU:C:2008:461, præmis 363, og Al-Aqsa mod Rådet, C-539/10 P og C-550/10 P, EU:C:2012:711, præmis 130). Det samme gælder for bekæmpelsen af grov kriminalitet med henblik på at sikre den offentlige sikkerhed (jf. i denne retning dom Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, præmis 46 og 47). I øvrigt bemærkes i denne henseende, at chartrets artikel 6 fastslår, at enhver har ret til ikke alene frihed, men også sikkerhed.
- 43 I denne henseende fremgår det af syvende betragtning til direktiv 2006/24, at Rådet (retlige og indre anliggender) på grund af den betydelige vækst i de muligheder, der ligger i elektronisk kommunikation, i sine konklusioner af 19. december 2002 påpegede, at data vedrørende anvendelsen af elektronisk kommunikation udgør et særdeles vigtigt og brugbart redskab til forebyggelse af strafbare handlinger og bekæmpelse af kriminalitet, især organiseret kriminalitet.
- 44 Det må derfor fastslås, at lagring af data med henblik på, at de kompetente nationale myndigheder eventuelt kan få adgang hertil, som omhandlet i direktiv 2006/24, faktisk forfølger et mål af almen interesse.
- 45 Under disse omstændigheder skal det efterprøves, om det indgreb, som er fastslået, er forholdsmæssigt.
- 46 I denne henseende skal der henvises til, at proportionalitetsprincippet ifølge Domstolens faste praksis indebærer et krav om, at EU-institutionernes retsakter skal være egnede til at gennemføre de lovlige mål, som forfølges med den omhandlede lovgivning, og ikke går videre, end hvad der er nødvendigt og passende for gennemførelsen af disse mål (jf. i denne retning domme Afton Chemical, C-343/09, EU:C:2010:419, præmis 45, Volker und Markus Schecke og Eifert, EU:C:2010:662, præmis 74, Nelson m.fl., C-581/10 og C-629/10, EU:C:2012:657, præmis 71, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 50, og Schaible, C-101/12, EU:C:2013:661, præmis 29).
- 47 Hvad angår domstolskontrollen med overholdelsen af disse betingelser, når der er tale om indgreb i grundlæggende rettigheder, vil rækkevidden af EU-lovgivers skønsbeføjelse kunne være begrænset under hensyn til en række faktorer, herunder navnlig det omhandlede område, karakteren af den omhandlede rettighed, som er sikret ved chartret, karakteren og alvoren af indgrebet samt formålet hermed (jf. analogt for så vidt angår EMRK's artikel 8 Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom, S og Marper mod Det Forenede Kongerige (Storkammeret), nr. 30562/04 og 30566/04, § 102, ECHR 2008-V).
- 48 I det foreliggende tilfælde er EU-lovgivers skønsbeføjelse, henset til dels den betydelige rolle, som beskyttelsen af personoplysninger spiller i forhold til den grundlæggende ret til respekt for privatlivet, dels rækkevidden og alvoren af det indgreb i denne ret, som direktiv 2006/24 indebærer, begrænset, hvorfor der skal foretages en streng efterprøvelse.
- 49 Hvad angår spørgsmålet, om lagring af data er egnet til at gennemføre det mål, som forfølges med direktiv 2006/24, må det fastslås, at de data, som skal lagres i henhold til dette direktiv, henset til den stadig større betydning af elektroniske kommunikationsmidler, giver de kompetente nationale myndigheder på det strafferetlige område yderligere muligheder for at opklare grov kriminalitet og derfor i denne henseende udgør et brugbart redskab i efterforskningen af straffesager. Lagring af sådanne data kan dermed anses for at være egnet til at gennemføre det mål, som forfølges med det nævnte direktiv.
- 50 Det kan ikke føre til et andet resultat, at der, som anført af bl.a. Christof Tschohl og Michael Seitlinger samt af den portugisiske regering i de skriftlige bemærkninger, som de har indgivet til Domstolen, eksisterer adskillige former for elektronisk kommunikation, som ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2006/24, eller som muliggør anonym kommunikation. Dette vil

ganske vist kunne begrænse datalagringsens egnethed til at opnå det mål, som forfølges, men vil dog ikke, som generaladvokaten har anført i punkt 137 i forslaget til afgørelse, kunne gøre denne lagring uegnet.

- 51 Hvad angår spørgsmålet, om den datalagring, som er foreskrevet i direktiv 2006/24, er nødvendig, skal det fastslås, at bekæmpelse af grov kriminalitet, og navnlig organiseret kriminalitet og terrorisme, ganske vist er af afgørende betydning for at sikre den offentlige sikkerhed, og at effektiviteten heraf i vidt omfang kan være afhængig af anvendelse af moderne efterforskningsteknikker. Et sådant mål af almen interesse kan imidlertid, hvor grundlæggende det end er, ikke i sig selv begrunde, at en foranstaltning med henblik på datalagring som den, der er indført med direktiv 2006/24, anses for nødvendig af hensyn til bekæmpelsen af grov kriminalitet.
- 52 Hvad angår retten til respekt for privatlivet kræver hensynet til beskyttelsen af denne grundlæggende ret ifølge Domstolens faste praksis under alle omstændigheder, at undtagelserne fra og begrænsningerne af beskyttelsen af personoplysninger skal holdes inden for det strengt nødvendige (dom IPI, C-473/12, EU:C:2013:715, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).
- 53 I denne henseende skal der erindres om, at beskyttelsen af personoplysninger i medfør af den udtrykkelige pligt, som er fastsat i chartrets artikel 8, stk. 1, har en særlig betydning for retten til respekt for privatlivet, som er fastslået i chartrets artikel 7.
- 54 Den pågældende EU-lovgivning skal således fastsætte klare og præcise regler, som regulerer rækkevidden og anvendelsen af den omhandlede foranstaltning og opstiller en række mindstekrav, således at de personer, hvis data er blevet lagret, råder over tilstrækkelige garantier, der gør det muligt effektivt at beskytte deres personlige oplysninger mod risikoen for misbrug og mod ulovlig adgang til og anvendelse af disse oplysninger (jf. analogt for så vidt angår EMRK's artikel 8 Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols domme, Liberty m.fl. mod Det Forenede Kongerige, 1.7.2008, nr. 58243/00, §§ 62 og 63, Rotaru mod Rumænien, §§ 57-59, samt S og Marper mod Det Forenede Kongerige, § 99).
- 55 Behovet for at råde over sådanne garantier er så meget desto større, når personoplysningerne, som foreskrevet i direktiv 2006/24, undergives automatisk databehandling, og der eksisterer en betydelig risiko for ulovlig adgang til disse data (jf. analogt for så vidt angår EMRK's artikel 8 Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols domme, S og Marper mod Det Forenede Kongerige, § 103, samt M.K. mod Frankrig, 18.4.2013, nr. 19522/09, § 35).
- 56 Hvad angår spørgsmålet, om det indgreb, som direktiv 2006/24 indebærer, er begrænset til det strengt nødvendige, bemærkes, at dette direktiv i henhold til dets artikel 3, sammenholdt med dets artikel 5, stk. 1, foreskriver lagring af alle trafikdata vedrørende fastnettelefoni, mobiltelefoni, internetadgang samt e-mail og telefoni via internettet. Det omfatter således alle elektroniske kommunikationsmidler, hvis anvendelse er meget udbredt og af stadigt stigende betydning i den enkeltes dagligdag. Desuden omfatter dette direktiv i henhold til dets artikel 3 alle abonnenter og registrerede brugere. Det indebærer dermed et indgreb i de grundlæggende rettigheder for praktisk talt hele den europæiske befolkning.
- 57 I denne henseende skal det for det første fastslås, 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.
- 58 Direktiv 2006/24 omfatter således dels generelt alle personer, der gør brug af elektroniske kommunikationstjenester, uden at de personer, hvis data lagres, dog – end ikke indirekte – befinder sig i en situation, der vil kunne give anledning til strafferetlig forfølgning. Direktivet finder dermed anvendelse selv på personer, for hvis vedkommende der ikke findes noget som helst indicium for, at

deres adfærd kan have – selv en indirekte eller fjern – forbindelse til grov kriminalitet. Endvidere indeholder det ikke nogen undtagelsesbestemmelse, således at det finder anvendelse selv på personer, hvis kommunikation i henhold til nationale retsregler er omfattet af tavshedspligt.

- 59 Dels kræver det nævnte direktiv, skønt det har til formål at bidrage til bekæmpelsen af grov kriminalitet, ikke nogen sammenhæng mellem de data, som foreskrives lagret, og en trussel mod den offentlige sikkerhed, og det er navnlig ikke begrænset til en lagring, som er rettet mod data vedrørende et bestemt tidsrum og/eller et bestemt geografisk område og/eller en given personkreds, der på den ene eller anden måde vil kunne være indblandet i grov kriminalitet, eller mod personer, der af andre grunde gennem lagring af deres data ville kunne bidrage til forebyggelse, afsløring og retsforfølgning af grov kriminalitet.
- 60 Ud over dette generelle fravær af grænser fastsætter direktiv 2006/24 for det andet ikke 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.
- 61 Hvad angår de kompetente nationale myndigheders adgang til dataene og den efterfølgende anvendelse heraf indeholder direktiv 2006/24 desuden ingen materielle og processuelle betingelser herfor. Dette direktivs artikel 4, som regulerer disse myndigheders adgang til de lagrede data, foreskriver ikke udtrykkeligt, at denne adgang og den efterfølgende anvendelse af de omhandlede data skal være strengt begrænset til forebyggelse og afsløring af præcist afgrænsede strafbare handlinger eller strafferetlig forfølgning vedrørende sådanne, men begrænser sig til at foreskrive, at hver medlemsstat fastsætter den procedure, der skal følges, og de betingelser, der skal være opfyldt for at få adgang til lagrede data, i overensstemmelse med kravet om nødvendighed og proportionalitet.
- 62 Direktiv 2006/24 fastsætter navnlig ikke noget objektivt kriterium, der gør det muligt at begrænse antallet af personer, der er bemyndigede til at få adgang til og efterfølgende anvende lagrede data til det strengt nødvendige, henset til det mål, som forfølges. Særligt er de kompetente nationale myndigheders adgang til lagrede data ikke undergivet en forudgående kontrol, der udøves af enten en retsinstans eller en uafhængig administrativ enhed, hvis afgørelse tjener til at begrænse adgangen til og anvendelsen af data til det strengt nødvendige med henblik på at nå det mål, som forfølges, og træffes på grundlag af en begrundet anmodning, som fremsættes af disse myndigheder inden for rammerne af procedurer med henblik på forebyggelse, afsløring eller strafferetlig forfølgning. Der er heller ikke foreskrevet en præcis forpligtelse for medlemsstaterne til at fastsætte sådanne begrænsninger.
- 63 Med hensyn til varigheden af datalagringen foreskriver direktiv 2006/24 i artikel 6 for det tredje, at dataene skal lagres i et tidsrum af mindst seks måneder, uden at der på nogen måde foretages en sondring mellem de kategorier af data, som er fastsat i dette direktivs artikel 5, efter deres relevans for det mål, som forfølges, eller afhængigt af, hvilke personer der er berørt.
- 64 Lagringen er endvidere af en varighed på mellem mindst seks og højst 24 måneder, uden at det er præciseret, at fastsættelsen af lagringsperioden skal være baseret på objektive kriterier for at sikre, at den begrænses til det strengt nødvendige.
- 65 Det fremgår af det ovenstående, at direktiv 2006/24 ikke fastsætter klare og præcise regler, der regulerer rækkevidden af indgrebet i de grundlæggende rettigheder, som er fastslået i chartrets artikel 7 og 8. Det må derfor fastslås, at dette direktiv indebærer et indgreb i disse grundlæggende

rettigheder, som er meget vidtrækkende og af særligt alvorlig karakter i EU's retsorden, uden at dette indgreb er præcist afgrænset af bestemmelser, der gør det muligt at sikre, at det faktisk er begrænset til det strengt nødvendige.

- 66 Hvad angår reglerne om datasikkerhed og -beskyttelse for så vidt angår data, der lagres af udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet, må det herudover fastslås, at direktiv 2006/24 ikke fastsætter tilstrækkelige garantier, således som foreskrevet i chartrets artikel 8, der gør det muligt at sikre en effektiv beskyttelse af lagrede data mod risikoen for misbrug og mod enhver ulovlig adgang til og anvendelse af disse oplysninger. For det første fastsætter artikel 7 i direktiv 2006/24 således ikke regler, som er specifikke og tilpasset til den meget store mængde data, hvis lagring er foreskrevet i dette direktiv, til disse datas følsomme karakter samt til risikoen for ulovlig adgang til dataene, og som navnlig ville skulle udgøre en klar og streng regulering af beskyttelsen og sikkerheden af de omhandlede data med henblik på at sikre deres integritet og fortrolighed. Der er desuden heller ikke fastsat en præcis forpligtelse for medlemsstaterne til at fastsætte sådanne regler.
- 67 Artikel 7 i direktiv 2006/24, sammenholdt med artikel 4, stk. 1, i direktiv 2002/58 og artikel 17, stk. 1, andet afsnit i direktiv 95/46, sikrer ikke, at de nævnte udbydere anvender et særlig højt beskyttelses- og sikkerhedsniveau ved hjælp af tekniske og organisatoriske foranstaltninger, men tillader bl.a. disse udbydere at tage økonomiske hensyn i betragtning ved fastsættelsen af det sikkerhedsniveau, de anvender, for så vidt angår udgifterne til iværksættelse af sikkerhedsforanstaltningerne. Navnlig sikrer direktiv 2006/24 ikke en irreversibel destruktion af dataene ved udløbet af lagringsperioden.
- 68 For det andet skal det tilføjes, at det nævnte direktiv ikke foreskriver, at de omhandlede data lagres på EU's område, hvorfor det ikke kan antages, at det fuldt ud er sikret, at overholdelsen af de krav vedrørende beskyttelse og sikkerhed, som er omhandlet i de to foregående præmisser, kontrolleres af en uafhængig myndighed, således som det udtrykkeligt kræves i chartrets artikel 8, stk. 3. En sådan kontrol, som gennemføres på grundlag af EU-retten, er imidlertid et væsentligt led i beskyttelsen af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger (jf. i denne retning dom Kommissionen mod Østrig, C-614/10, EU:C:2012:631, præmis 37).
- 69 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det fastslås, 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.
- 70 Under disse omstændigheder er der ikke anledning til at behandle spørgsmålet om gyldigheden af direktiv 2006/24 i relation til chartrets artikel 11.
- 71 Det andet spørgsmål, litra b)-d), i sag C-293/12 og det første spørgsmål i sag C-594/12 skal derfor besvares med, at direktiv 2006/24 er ugyldigt.

Det første spørgsmål og det andet spørgsmål, litra a) og e), samt det tredje spørgsmål i sag C-293/12 og det andet spørgsmål i sag C-594/12

- 72 Det fremgår af det i den foregående præmis fastslåede, at der ikke er anledning til at besvare det første spørgsmål, det andet spørgsmål, litra a) og e), samt det tredje spørgsmål i sag C-293/12 og det andet spørgsmål i sag C-594/12.



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

21. december 2016*

»Præjudiciel forelæggelse — elektronisk kommunikation — behandling af personoplysninger — fortrolighed i forbindelse med elektronisk kommunikation — beskyttelse — direktiv 2002/58/EF — artikel 5, 6 og 9 samt artikel 15, stk. 1 — Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder — artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1 — national lovgivning — udbydere af elektroniske kommunikationstjenester — pligt vedrørende generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata — nationale myndigheder — adgang til data — ingen forudgående kontrol foretaget af en domstol eller af en uafhængig administrativ myndighed — forenelighed med EU-retten«

I de forenede sager C-203/15 og C-698/15,

angående anmodninger om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Kammarrätten i Stockholm (appeldomstolen for forvaltningsretlige sager i Stockholm, Sverige) og Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager), Det Forenede Kongerige) ved afgørelse af henholdsvis 29. april 2015 og 9. december 2015, indgæet til Domstolen den 4. maj 2015 og den 28. december 2015, i sagerne:

Tele2 Sverige AB (sag C-203/15)

mod

Post- och telestyrelsen,

og

Secretary of State for the Home Department (sag C-698/15)

mod

Tom Watson,

Peter Brice,

Geoffrey Lewis,

procesdeltagere:

Open Rights Group,

Privacy International,

* * Processprog: svensk og engelsk.

The Law Society of England and Wales,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, K. Lenaerts, vicepræsidenten, A. Tizzano, afdelingsformændene R. Silva de Lapuerta, T. von Danwitz (refererende dommer), J.L. da Cruz Vilaça, E. Juhász og M. Vilaras samt dommerne A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, S. Rodin, F. Biltgen og C. Lycourgos,

generaladvokat: H. Saugmandsgaard Øe

justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

henset til afgørelse truffet af Domstolens præsident den 1. februar 2016 om at undergive sag C-698/15 den fremskyndede procedure efter artikel 105, stk. 1, i Domstolens procesreglement,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 12. april 2016,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Tele2 Sverige AB ved advokater M. Johansson og N. Torgerzon, samt ved E. Lagerlöf og S. Backman
- Tom Watson ved solicitors J. Welch og E. Norton, advocate I. Steele, barrister B. Jaffey og D. Rose, QC
- Peter Brice og Geoffrey Lewis ved barristers A. Suterwalla og R. de Mello, R. Drabble, QC, og solicitor S. Luke
- Open Rights Group og Privacy International ved solicitor D. Carey samt barristers R. Mehta og J. Simor
- The Law Society of England and Wales ved barrister T. Hickman og ved N. Turner
- den svenske regering ved A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren og L. Swedenborg, som befuldmægtigede
- Det Forenede Kongeriges regering ved S. Brandon, L. Christie og V. Kaye, som befuldmægtigede, bistået af D. Beard, G. Facenna og J. Eadie, QC, samt af barrister S. Ford
- den belgiske regering ved J.-C. Halleux, S. Vanrie og C. Pochet, som befuldmægtigede
- den tjekkiske regering ved M. Smolek og J. Vláčíl, som befuldmægtigede
- den danske regering ved C. Thorning og M. Wolff, som befuldmægtigede,
- den tyske regering ved T. Henze, M. Hellmann og J. Kemper, som befuldmægtigede, bistået af Rechtsanwälte M. Kottmann og U. Karpenstein
- den estiske regering, ved K. Kraavi-Käerdi, som befuldmægtiget
- Irland ved E. Creedon, L. Williams og A. Joyce, som befuldmægtigede, bistået af D. Fennelly, BL

- den spanske regering ved A. Rubio González, som befuldmægtiget
- den franske regering ved G. de Bergues, D. Colas, F.-X. Bréchet og C. David, som befuldmægtigede
- den cypriotiske regering ved K. Kleanthous, som befuldmægtiget
- den ungarske regering ved M. Fehér og G. Koós, som befuldmægtigede
- den nederlandske regering ved M. Bulterman, M. Gijzen og J. Langer, som befuldmægtigede
- den polske regering ved B. Majczyna, som befuldmægtiget
- den finske regering ved J. Heliskoski, som befuldmægtiget
- Europa-Kommissionen ved H. Krämer, K. Simonsson, H. Kranenborg, D. Nardi, P. Costa de Oliveira og J. Vondung, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 19. juli 2016,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af 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) (EFT 2002, L 201, s. 37), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009 (EUT 2009, L 337, s. 11) (herefter »direktiv 2002/58«), sammenholdt med artikel 7 og 8 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).
- 2 Anmodningerne er blevet indgivet i forbindelse med to tvister mellem for så vidt angår den første anmodning Tele2 Sverige AB og Post- og telestyrelsen (den svenske myndighed for post- og teletilsyn, herefter »PTS«) vedrørende den omstændighed, at sidstnævnte har bedt Tele2 Sverige om at lagre sine abonnenters og registrerede brugeres trafikdata og lokaliseringsdata (sag C-203/15), og for så vidt angår den anden anmodning Tom Watson, Peter Brice og Geoffrey Lewis på den ene side og Secretary of State for the Home Department (indenrigsministeren, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland) på den anden side vedrørende spørgsmålet, om section 1 i Data Retention and Investigatory Powers Act 2014 (lov af 2014 om datalagring og efterforskningsbeføjelser, herefter »DRIPA«) (sag C-698/15) er forenelig med EU-retten.

Retsforskrifter*EU-retten*

Direktiv 2002/58

3 2., 6., 7., 11., 21., 22., 26. og 30. betragtning til direktiv 2002/58 har følgende ordlyd:

»(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 chartrets artikel 7 og 8.

[...]

(6) Internettet vender op og ned på de traditionelle markedsstrukturer, idet det udgør en fælles, global infrastruktur for fremføring af en lang række elektroniske kommunikationstjenester. Offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester via internettet giver brugerne nye muligheder, men medfører også nye risikomomenter for deres personoplysninger og privatliv.

(7) Med hensyn til offentlige kommunikationsnet bør der træffes særlige foranstaltninger af lovgivningsmæssig, administrativ og teknisk art for at beskytte fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og juridiske personers legitime interesser, navnlig mod den voksende risiko, der er forbundet med automatiseret opbevaring og behandling af oplysninger om abonnenter og brugere.

[...]

(11) Ligesom [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT 1995, L 281, s. 31)] 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 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 som fortolket i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols 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 den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.

[...]

(21) For at beskytte kommunikationshemmeligheden bør der træffes foranstaltninger til at hindre uautoriseret adgang til kommunikation – herunder både selve indholdet og data vedrørende kommunikationen – der finder sted via offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester. Den nationale lovgivning i visse medlemsstater forbyder kun uautoriseret adgang til kommunikation, når det sker med forsæt.

(22) Det er ikke tanken, at forbuddet mod, at der af andre end brugerne eller uden disses samtykke lagres oplysninger og de dertil hørende trafikdata, skal omfatte enhver automatisk, mellemliggende og kortvarig lagring af denne information, når blot lagringen udelukkende sker med henblik på gennemførelse af transmissionen i de elektroniske kommunikationsnet, og oplysningerne ikke lagres længere end det tidsrum, der er nødvendigt for transmissionen og af hensyn til trafikstyringen, forudsat at sikkerhedsbeskyttelsen af oplysningerne i lagringsperioden fortsat er garanteret. [...]

[...]

(26) Abonnementoplysninger, som behandles i elektroniske kommunikationsnet ved etablering af en kommunikationsforbindelse og fremføring af information, indeholder oplysninger om fysiske personers privatliv og vedrører retten til respekt for deres korrespondance eller vedrører juridiske personers legitime interesser. Sådanne data må kun lagres i det omfang, det er nødvendigt for tjenestens gennemførelse med henblik på debitering og afregning for samtrafik, og kun i et begrænset tidsrum. [Yderligere behandling af sådanne data må] kun ske, hvis abonnenten har givet sit samtykke hertil på grundlag af en nøjagtig og fuldstændig orientering fra udbyderen af de offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester om arten af den yderligere behandling, han agter at foretage, og om abonnentens ret til at nægte eller tilbagekalde sit samtykke til denne behandling. [...]

[...]

(30) Systemer til levering af elektroniske kommunikationsnet og kommunikationstjenester bør konstrueres, så de begrænser mængden af nødvendige personoplysninger til et absolut minimum. [...]

4 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[e] 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, og for at sikre fri omsætning af sådanne oplysninger og af elektronisk kommunikationsudstyr og elektroniske kommunikationstjenester i Fællesskabet.

2. Med henblik på at nå de i stk. 1 omhandlede mål specificerer og supplerer dette direktivs bestemmelser direktiv 95/46[...]. Nærværende bestemmelser beskytter desuden legitime interesser hos abonnenter, der er juridiske personer.

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.«

5 Artikel 2 i direktiv 2002/58 med overskriften »Definitioner« fastsætter:

»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) [(EFT 2002, L 108, s. 33].

Følgende definitioner anvendes også:

[...]

- 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
- 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

[...]«

- 6 Artikel 3 i direktiv 2002/58 med overskriften »Omfattede tjenester« bestemmer:

»Dette direktiv finder anvendelse på behandling af persondata i forbindelse med, at offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester stilles til rådighed via offentlige kommunikationsnet i Fællesskabet, herunder offentlige kommunikationsnet med dataindsamlings- og identifikationsudstyr.«

- 7 Direktivets artikel 4 med overskriften »Sikkerhed i forbindelse med behandlingen« fastsætter:

»1. Udbyderen af en offentligt tilgængelig kommunikationstjeneste skal træffe passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger for at beskytte sine tjenester, for netsikkerhedens vedkommende om nødvendigt sammen med udbyderen af det offentlige kommunikationsnet. Under hensyn til teknologiens stade og omkostningerne i forbindelse med gennemførelsen skal disse foranstaltninger garantere et sikkerhedsniveau, der står i forhold til risikoen.

1a. Uden at det berører direktiv 95/46[...], skal de i stk. 1 omhandlede foranstaltninger som minimum:

- sikre, at kun autoriserede personer får adgang til personoplysningerne til lovlige formål
- beskytte lagrede eller sendte personoplysninger mod hændelig eller ulovlig tilintetgørelse, hændeligt tab eller ændring og ubeføjet eller ulovlig lagring, behandling, adgang eller videregivelse, og
- gennemføre en sikkerhedspolitik for behandling af personoplysninger.

[...]«

- 8 Artikel 5 i direktiv 2002/58 med overskriften »Kommunikationshemmelighed« har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne sikrer kommunikationshemmeligheden ved brug af offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, både for så vidt angår selve kommunikationen og de dermed forbundne trafikdata, via nationale forskrifter. De forbyder især aflytning, registrering, lagring og andre måder, hvorpå samtaler kan opfanges eller overvåges af andre end brugerne, uden at de pågældende brugere har indvilget heri, bortset fra tilfælde, hvor det er tilladt

ifølge lovgivningen, jf. artikel 15, stk. 1. Dette stykke er ikke til hinder for teknisk lagring, som er nødvendig for overføring af en kommunikation, forudsat at princippet om kommunikationshemmelighed ikke berøres heraf.

[...]

3. Medlemsstaterne sikrer, at lagring af oplysninger eller opnåelse af adgang til oplysninger, der allerede er lagret i en abonnents eller brugers terminaludstyr, kun er tilladt på betingelse af, at abonnenten eller brugeren har givet sit samtykke hertil efter i overensstemmelse med direktiv 95/46[...] at have modtaget klare og fyldestgørende oplysninger, bl.a. om formålet med behandlingen. Dette er ikke til hinder for teknisk lagring eller adgang til oplysninger, hvis det alene sker med det formål at overføre kommunikation via et elektronisk kommunikationsnet eller er absolut påkrævet for at sætte udbyderen af en informationssamfundstjeneste, som abonnenten eller brugeren udtrykkelig har anmodet om, i stand til at levere denne tjeneste.«

9 Artikel 6 i direktiv 2002/58 med overskriften »Trafikdata« bestemmer:

»1. Trafikdata vedrørende abonnenter og brugere, som behandles og lagres af udbyderen af et offentligt kommunikationsnet eller en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste, skal slettes eller gøres anonyme, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, jf. dog stk. 2, 3 og 5, samt artikel 15, stk. 1.

2. Med henblik på debitering af abonnenten og afregning for samtrafik er det tilladt at behandle trafikdata. En sådan behandling er tilladt indtil udløbet af den lovbestemte forældelsesfrist for sådanne gældsforpligtelser eller fristen for anfægtelse af sådanne afregninger.

3. Med henblik på markedsføring af elektroniske kommunikationstjenester eller levering af værdiforøgende tjenester er det tilladt udbyderen af en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste at behandle de i stk. 1 omtalte oplysninger i det omfang og tidsrum, som sådanne tjenester eller markedsføringen kræver, hvis den abonnent eller bruger, som oplysningerne vedrører, forudgående har givet sit samtykke hertil. Brugeren eller abonnenten skal på et hvilket som helst tidspunkt have mulighed for at trække sit samtykke til behandling af trafikdata tilbage.

[...]

5. Behandling af trafikdata i henhold til stk. 1, 2, 3 og 4 må kun foretages af personer, som handler efter bemyndigelse fra udbydere af de offentligt tilgængelige kommunikationsnet og -tjenester, og som er beskæftiget med debitering eller trafikstyring, kundeforespørgsler, afsløring af svig, markedsføring af elektroniske kommunikationstjenester eller levering af en tillægstjeneste, og skal begrænses til det for sådanne aktiviteter nødvendige.«

10 Direktivets artikel 9 med overskriften »Lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata« fastsætter følgende i stk. 1:

»Hvis lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, vedrørende brugere af eller abonnenter på de offentlige kommunikationsnet eller offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, kan behandles, må disse data kun behandles, når de er gjort anonyme, eller når brugeren eller abonnenten har givet sit samtykke hertil, og da kun i det omfang og i det tidsrum, som er nødvendigt for levering af en tillægstjeneste. Tjenesteudbyderen skal, inden brugernes eller abonnenternes samtykke indhentes, underrette dem om, hvilken type lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, der behandles, hvorfor og hvor længe de behandles, og om de videregives til en tredjemand med henblik på levering af tillægstjenesten. [...]«

- 11 Direktivets artikel 15 med overskriften »Anvendelsesområdet for visse bestemmelser i direktiv [95/46]« har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne 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.

[...]

1b. Udbydere skal på grundlag af nationale bestemmelser vedtaget i henhold til stk. 1 fastlægge interne procedurer for behandlingen af anmodninger om adgang til brugeres personlige oplysninger. De skal efter anmodning forelægge den kompetente nationale myndighed oplysninger om disse procedurer, antallet af modtagne anmodninger, den anvendte retlige begrundelse og deres reaktion.

2. Bestemmelserne i direktiv 95/46[...], kapitel III, »retsmidler, ansvar og sanktioner«, finder anvendelse på nationale bestemmelser, der vedtages til nærværende direktivs gennemførelse, og på individuelle rettigheder afledt af nærværende direktiv.

[...]«

Direktiv 95/46

- 12 Artikel 22 i direktiv 95/46, som er indeholdt i direktivets kapitel III, er sålydende:

»Uden at foregribe muligheden for at iværksætte administrativ klage, herunder for den tilsynsmyndighed, der er nævnt i artikel 28, inden forelæggelse for retsinstanser, fastsætter medlemsstaterne bestemmelser om, at enhver har ret til for en domstol at indbringe en klage over krænkelse af de rettigheder, der garanteres i henhold til de nationale love, der gælder for den pågældende behandling.«

Direktiv 2006/24/EF

- 13 Artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15. marts 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), der har overskriften »Formål og anvendelsesområde«, fastsatte følgende i stk. 2:

»Dette direktiv finder anvendelse på trafikdata og lokaliseringsdata vedrørende både juridiske og fysiske personer og på lignende data, der er nødvendige for at identificere abonnenten eller den registrerede bruger. Direktivet finder ikke anvendelse på indholdet af elektroniske kommunikationer, herunder oplysninger der er indhentet over et elektronisk kommunikationsnet.«

14 Direktivets artikel 3 med overskriften »Pligt til at lagre data« bestemmer:

»1. Uanset artikel 5, 6 og 9 i direktiv 2002/58[...] vedtager medlemsstaterne foranstaltninger til at sikre, at de i artikel 5 i nærværende direktiv nævnte data, som genereres eller behandles af udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet inden for deres jurisdiktion, når de leverer de pågældende kommunikationstjenester, lagres i overensstemmelse med bestemmelserne i nærværende direktiv.

2. Den i stk. 1 nævnte forpligtelse til lagring inkluderer den lagring af data, der er angivet i artikel 5, i forbindelse med forgæves opkaldsforsøg, hvor de pågældende data genereres eller behandles og lagres (for så vidt angår telefonidata) eller logges (for så vidt angår internetdata) af udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller af et offentligt kommunikationsnet inden for den pågældende medlemsstats jurisdiktion, når de leverer de pågældende kommunikationstjenester. Der stilles ikke i dette direktiv krav om lagring af data vedrørende opkald, hvor der ikke opnås forbindelse.«

Svensk ret

15 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen i sag C-203/15, at den svenske lovgiver med henblik på at gennemføre direktiv 2006/24 i national ret har ændret lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (lov (2003:389) om elektronisk kommunikation, herefter »LEK«) og förordningen (2003:396) om elektronisk kommunikation (forordning (2003:396) om elektronisk kommunikation). Begge disse tekster indeholder i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, bestemmelser vedrørende lagring af data om elektronisk kommunikation og vedrørende de nationale myndigheders adgang til disse data.

16 Adgangen til de nævnte data er desuden reguleret ved lagen (2012:278) om inhämtning av uppgifter om elektronisk kommunikation i de brottsbekämpande myndigheternas underrättelseverksamhet (lov (2012:278) om indhentning af data vedrørende elektronisk kommunikation i de retshåndhævende myndigheders efterretningsvirksomhed, herefter »lov 2012:278«) og i rättegångsbalken (retsplejeloven, herefter »RB«).

Om forpligtelsen til lagring af data om elektronisk kommunikation

17 Det fremgår af den forelæggende rets oplysninger i sag C-203/15, at bestemmelserne i LEK's kapitel 6, § 16a, sammenholdt med denne lovs kapitel 2, § 1, fastsætter en pligt for udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester til at lagre de data, som skulle lagres i henhold til direktiv 2006/24. Der er tale om de data vedrørende abonnementer og enhver elektronisk kommunikation, som er nødvendige for at finde og identificere kommunikationskilden, kommunikationens bestemmelsessted, datoen og tidspunktet for og varigheden og arten af kommunikationen, hvilket kommunikationsudstyr der er blevet anvendt, samt lokaliseringen af mobilt kommunikationsudstyr, der er anvendt ved kommunikationens start og slut. Denne datalagringspligt vedrører data, der genereres eller behandles i forbindelse med telefonitjenester, telefoni via en mobil forbindelse, beskedoverførsel, internetadgang og levering af kapacitet for internetadgang. Denne pligt omfatter ligeledes data om forgæves opkaldsforsøg. Den omfatter derimod ikke indholdet af kommunikationen.

18 §§ 38-43 i forordning (2003:396) om elektronisk kommunikation præciserer de kategorier af data, som skal lagres. Hvad angår telefonitjenester skal den lagrede data bl.a. omfatte det nummer, der ringes fra, og det nummer, der ringes til, samt dato og sporbart tidspunkt for, hvornår kommunikationen startede og sluttede. Hvad angår telefonitjenester via en mobil forbindelse gælder yderligere lagringskrav, således at f.eks. lokaliseringsdata for kommunikationens start og afslutning også skal lagres. Hvad angår telefonitjenester, som omfatter IP-pakker, skal de lagrede data, ud over det førnævnte, også omfatte IP-adresser for den person, der foretager opkaldet, og den person, der ringes til. De data, der skal

lagres for så vidt angår beskedoverførselstjenester, omfatter bl.a. senders og modtagers nummer, IP-adresse eller anden meddelelsesadresse. Hvad angår internetadgang skal lagringen bl.a. omfatte brugerens IP-adresse og dato og sporbar tid for på- og aflogning af den tjeneste, som giver internetadgang.

Om datalagringsperioden

- 19 I overensstemmelse med LEK's kapitel 6, § 16d, skal udbydere af elektroniske kommunikationstjenester lagre de data, der henvises til i det nævnte kapitels § 16a, i seks måneder fra den dag, hvor kommunikationen blev afsluttet. Disse data skal derefter øjeblikkeligt slettes, medmindre andet følger af kapitlets § 16d, stk. 2.

Om adgangen til de lagrede data

- 20 Adgangen til de data, der lagres af de nationale myndigheder, er reguleret ved bestemmelserne i lov 2012:278, LEK og RB.

– Lov 2012:278

- 21 I forbindelse med oplysningsvirksomheden kan det svenske politi, Säkerhetspolisen (efterretningstjenesten, Sverige) og Tullverket (toldmyndighederne, Sverige) – på grundlag af § 1 i lov 2012:278 og på de betingelser, der er fastsat i loven og uden at informere den i henhold til LEK godkendte udbyder af et elektronisk kommunikationsnet eller af en elektronisk kommunikationstjeneste herom – indsamle data vedrørende de beskeder, der er fremført i et elektronisk kommunikationsnet, det elektroniske kommunikationsudstyr, som befinder sig i et bestemt geografisk område, og det eller de geografiske områder, hvor det elektroniske kommunikationsudstyr befinder sig eller befandt sig.
- 22 I henhold til §§ 2 og 3 i lov 2012:278 kan der i princippet indsamles data, hvis omstændighederne er sådanne, at foranstaltningen i særlig grad er nødvendig med henblik på at forebygge, forhindre eller opdage kriminel virksomhed, der enten omfatter en eller flere lovovertrædelser, der straffes med fængsel i mindst to år, eller en af de lovovertrædelser, der er opregnet i lovens § 3, som omfatter lovovertrædelser, der straffes med fængsel i under to år. Begrundelsen for denne foranstaltning skal veje tungere end hensynet til det indgreb eller det tab, som foranstaltningen indebærer for den heraf omfattede person eller for en interesse, der står i modsætning hertil. I overensstemmelse med lovens § 5 må varigheden af foranstaltningen ikke overskride en måned.
- 23 Afgørelsen om at iværksætte en sådan foranstaltning træffes af chefen for den relevante myndighed eller af en anden person, som er bemyndiget hertil. Afgørelsen er ikke undergivet en forudgående kontrol fra en judiciel myndighed eller en uafhængig administrativ myndighed.
- 24 I medfør af § 6 i lov 2012:278 skal Säkerhets- og integritetsskyddsmyndigheden (sikkerheds- og integritetsbeskyttelsesnævnet, Sverige) underrettes om enhver afgørelse om at tillade indsamling af data. I overensstemmelse med § 1 i lagen (2007:980) om tillsyn över viss brottsbekämpande verksamhet (lov (2007:980) om tilsyn med visse retshåndhævende aktiviteter) skal nævnte myndighed føre tilsyn med de retshåndhævende myndigheders anvendelse af loven.

– LEK

- 25 I medfør af LEK's kapitel 6, § 22, stk. 1, nr. 2, skal enhver udbyder af elektroniske kommunikationstjenester udlevere abonnementsdata på forespørgsel fra anklagemyndigheden, det svenske politi, efterretningstjenesten eller enhver anden retshåndhævende offentlig myndighed, såfremt disse data vedrører en formodet lovovertrædelse. Ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret i sag C-203/15 skal der ikke nødvendigvis være tale om en alvorlig lovovertrædelse.

– RB

- 26 RB regulerer kommunikationen af de lagrede data til nationale myndigheder i forbindelse med indledende efterforskning. I henhold til RB's kapitel 27, § 19, er »overvågning af elektronisk kommunikation« uden tredjemands vidende i princippet tilladt i forbindelse med indledende efterforskning, som bl.a. vedrører lovovertrædelser, der straffes med fængsel i mindst seks måneder. I henhold til RB's kapitel 27, § 19, forstås ved »overvågning af elektronisk kommunikation« indsamling uden tredjemands vidende af data vedrørende en meddelelse overført via et elektronisk kommunikationsnet, vedrørende det elektroniske kommunikationsudstyr, som befinder sig eller har befundet sig i et bestemt geografisk område, samt vedrørende det eller de geografiske områder, hvor et bestemt elektronisk kommunikationsudstyr befinder sig eller har befundet sig.
- 27 Ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret i sag C-203/15 kan oplysninger om indholdet af en meddelelse ikke indsamles på grundlag af RB's kapitel 27, § 19. I medfør af RB's kapitel 27, § 20, kan overvågning af elektronisk kommunikation i princippet kun iværksættes, når der foreligger troværdige beviser, der gør det muligt at mistænke en person for at være gerningsmand til en lovovertrædelse, og når foranstaltningen i særlig grad er nødvendig for efterforskningen, idet sidstnævnte desuden skal vedrøre en lovovertrædelse, som straffes med fængsel i mindst to år, eller forsøg på, forberedelse af eller sammensværgelse om at begå en sådan lovovertrædelse. I henhold til RB's kapitel 27, § 21, skal anklagemyndigheden, medmindre der er tale om hastende tilfælde, indhente tilladelse fra den kompetente ret til at iværksætte overvågning af elektronisk kommunikation.

Om sikkerheden vedrørende og beskyttelsen af de lagrede data

- 28 I medfør af LEK's kapitel 6, § 3a, skal de udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, der er undergivet en datalagringspligt, træffe de tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der kræves for at sikre databeskyttelsen under behandlingen. Ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret i sag C-203/15 indeholder svensk ret imidlertid ingen bestemmelser om, hvor data skal lagres.

Det Forenede Kongeriges ret

DRIPA

- 29 Section 1 i DRIPA med overskriften »Beføjelser i forbindelse med lagring af relevante kommunikationsdata, som er underlagt sikkerhedsforanstaltninger«, fastsætter:

»(1) Secretary of State [(indenrigsministeren)] kan ved meddelelse [»retention notice«] pålægge en offentlig teleoperatør at lagre relevante kommunikationsdata, hvis Secretary of State er af den opfattelse, at kravet er nødvendigt og forholdsmæssigt for et eller flere af de formål, der er omfattet af section 22(2), litra a)-h), i Regulation of Investigatory Powers Act 2000 [(lov af 2000 om efterforskningsbeføjelser)] (formål, hvortil der kan indhentes kommunikationsdata).

- (2) En lagringsmeddelelse kan:
- (a) vedrøre en bestemt operatør eller enhver kategori af operatører
 - (b) kræve lagring af alle data eller enhver kategori af data
 - (c) fastsætte den eller de perioder, hvori data skal lagres
 - (d) indeholde andre krav eller begrænsninger med hensyn til lagring af data
 - (e) fastsætte forskellige bestemmelser for forskellige formål
 - (f) vedrøre data, uanset om de eksisterer på det tidspunkt, hvor meddelelsen udstedes eller træder i kraft.
- (3) Secretary of State kan ved bekendtgørelse fastsætte nærmere bestemmelser om lagringen af relevante kommunikationsdata.
- (4) Sådanne bestemmelser kan navnlig omfatte bestemmelser om:
- (a) krav inden udstedelse af en lagringsmeddelelse
 - (b) den maksimale periode, hvori data skal lagres i henhold til en lagringsmeddelelse
 - (c) indhold, udstedelse, ikrafttræden, revision, ændring eller tilbagekaldelse af en lagringsmeddelelse
 - (d) integritet eller sikkerhed i forbindelse med, beskyttelse af, adgang til eller videregivelse eller tilintetgørelse af data, der lagres i medfør af denne section
 - (e) håndhævelse af eller revision af overholdelsen af relevante krav eller begrænsninger
 - (f) en praksiskodeks med hensyn til relevante krav eller begrænsninger eller relevante beføjelser
 - (g) Secretary of State's godtgørelse (med eller uden betingelser) af udgifter afholdt af offentlige teleoperatører i forbindelse med overholdelsen af relevante krav eller begrænsninger
 - (h) [Data Retention (EC Directive) Regulations 2009 (bekendtgørelse af 2009 vedrørende lagring af data som defineret i EF-direktivet)], der ophører med at have virkning, og overgangen til lagringen af data i medfør af denne section.
- (5) Den maksimale periode, der er fastsat i medfør af subsection (4), litra b), må ikke overstige 12 måneder fra den dato, der er fastsat med hensyn til de data, som er omfattet af de i subsection (3) omhandlede bekendtgørelser.

[...]«

³⁰ I henhold til section 2 i DRIPA omfatter udtrykket »relevante kommunikationsdata« »kommunikationsdata af den type, som er anført i Schedule til 2009 Regulations [vedrørende lagring af data som defineret i EF-direktivet], for så vidt som disse data genereres eller behandles i Det Forenede Kongerige af offentlige teleoperatører, når de leverer de pågældende kommunikationstjenester«.

RIPA

31 Section 21 i lov af 2000 om efterforskningsbeføjelser (herefter »RIPA«), der er indeholdt i denne lovs kapitel II, og som har overskriften »Indsamling og videregivelse af kommunikationsdata«, fastsætter følgende i subsection (4):

»I dette kapitel forstås ved »kommunikationsdata« enhver af følgende:

- (a) trafikdata indeholdt i eller vedføjet en kommunikation (enten af afsenderen eller på anden måde) i forbindelse med enhver posttjeneste eller ethvert telekommunikationssystem, hvorved den fremføres eller kan fremføres
- (b) oplysninger, som ikke omfatter noget af indholdet af en kommunikation (bortset fra oplysninger, der er omfattet af litra (a)) og vedrører anvendelsen fra en persons side
 - (i) af enhver posttjeneste eller telekommunikationstjeneste eller
 - (ii) i forbindelse med levering til en person eller en persons anvendelse af en telekommunikationstjeneste, af en del af et telekommunikationssystem
- (c) oplysninger, der ikke er omfattet af litra (a) eller (b), og som en person, der leverer en posttjeneste eller telekommunikationstjeneste, har registreret eller indsamlet om personer, som tjenesten leveres til.«

32 Det fremgår af de oplysninger, som er indeholdt i forelæggelsesafgørelsen i sag C-698/15, at disse data omfatter »en brugers lokaliseringsdata«, men ikke data om indholdet af kommunikationen.

33 Hvad angår adgangen til de lagrede data fastsætter RIPA's section 22:

»(1) Nærværende section finder anvendelse, når en person, der er ansvarlig i henhold til dette kapitel, finder det nødvendigt at indsamle kommunikationsdata af de grunde, som er anført i subsection (2).

(2) Det er nødvendigt at indsamle kommunikationsdata af grunde henhørende under nærværende subsection, såfremt disse kommunikationsdata er nødvendige:

- (a) af hensyn til den nationale sikkerhed
- (b) med henblik på forebyggelse eller afsløring af forbrydelser eller forebyggelse af forstyrrelse af den offentlige orden
- (c) af hensyn til Det Forenede Kongeriges økonomiske velfærd
- (d) af hensyn til den offentlige tryghed
- (e) med henblik på beskyttelse af den offentlige sundhed
- (f) med henblik på fastsættelse eller opkrævning af enhver form for skat, told, afgift eller andet bidrag eller byr, der skal betales til en offentlig myndighed
- (g) med henblik på i nødstilfælde at forebygge dødsfald eller legemsbeskadigelse eller enhver skade på en persons fysiske eller mentale sundhed eller afhjælpe enhver skade på en persons fysiske eller mentale sundhed

(h) i henhold til ethvert andet formål (der ikke er omfattet af litra (a)-(g)), der er fastsat i en afgørelse truffet af Secretary of State i henhold til nærværende section.

(4) Med forbehold af subsection (5) kan den ansvarlige person, når denne finder, at en postoperatør eller en teleoperatør er eller kan være i besiddelse af eller er i stand til at indsamle kommunikationsdata, ved meddelelse til postoperatøren eller teleoperatøren anmode operatøren om

(a) at indsamle disse data, såfremt den pågældende ikke allerede er i besiddelse heraf, og

(b) under alle omstændigheder at videregive samtlige data i den pågældendes besiddelse, eller som den pågældende har indsamlet efterfølgende.

(5) Den ansvarlige person skal ikke meddele tilladelse i henhold til subsection (3) eller indgive en anmodning i henhold til subsection (4), medmindre den pågældende er af den opfattelse, at en indsamling af de omhandlede data, der sker ved en tilladt eller krævet adfærd i medfør af tilladelsen eller anmodningen, står i forhold til det mål, der forfølges med en sådan indsamling af disse data.«

34 I henhold til RIPA's section 65 kan der indgives klage til Investigatory Powers Tribunal (domstol for efterforskningsbeføjelser, Det Forenede Kongerige), hvis der er en formodning om, at data er blevet indsamlet med urette.

Data Retention Regulations 2014

35 Data Retention Regulations 2014 (bekendtgørelse af 2014 om datalagring), som blev vedtaget på grundlag af DRIPA, er opdelt i tre dele, hvoraf den anden indeholder bekendtgørelsens Regulations 2-14. Regulation 4 med overskriften »Anmodninger om lagring« bestemmer:

»(1) Anmodninger om lagring skal indeholde en angivelse af:

(a) den offentlige teleoperatør (eller en beskrivelse af de operatører), som den er rettet til

(b) de relevante kommunikationsdata, der skal lagres

(c) den eller de perioder, hvori data skal lagres

(d) andre krav eller begrænsninger med hensyn til lagring af data.

(2) En anmodning om lagring kan ikke indeholde et krav om, at data lagres i mere end 12 måneder fra og med:

(a) datoen for den pågældende kommunikation for så vidt angår trafikdata eller data om anvendelse af tjenesten, og

(b) for så vidt angår abonnenter den dato, hvor den berørte person afslutter den pågældende kommunikationstjeneste, eller den dato, hvor data ændres (såfremt denne ligger før).

[...]«

36 Bekendtgørelsens Regulation 7 med overskriften »Integriteten og sikkerheden vedrørende data« har følgende ordlyd:

»(1) En offentlig teleoperatør, der lagrer data i henhold til section 1 i [DRIPA] skal:

- (a) sikre sig, at de pågældende data har samme integritet og som minimum er underlagt samme sikkerheds- og beskyttelsesniveau som data i de systemer, hvorfra de hidrører
- (b) ved passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger sikre sig, at det kun er personale med særlig tilladelse, som kan få adgang til disse data, og
- (c) ved passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger beskytte disse data mod ulovlig tilintetgørelse, hændelige tab eller skader eller ulovlig eller ubeføjet lagring, behandling, adgang eller videregivelse.

(2) En offentlig teleoperatør, som lagrer kommunikationsdata i henhold til section 1 i [DRIPA], skal tilintetgøre de pågældende data, såfremt lagringen heraf ikke længere er tilladt i henhold til nærværende section og ikke på anden vis er tilladt ved lov.

(3) Kravet i subsection (2) om at tilintetgøre data består i at slette disse data, således at det gøres umuligt at få adgang hertil.

(4) Det er tilstrækkeligt for operatøren at træffe foranstaltninger, således at sletningen af data sker månedligt eller med kortere mellemrum, afhængigt af operatørens praktiske muligheder.«

37 Bekendtgørelsens Regulation 8 med overskriften »Videregivelse af lagret data« bestemmer:

»(1) En offentlig teleoperatør skal med henblik på at forebygge enhver videregivelse, som ikke er omfattet af section 1(6)(a) i [DRIPA], indføre passende sikkerhedssystemer (herunder tekniske og organisatoriske foranstaltninger), der fastsætter adgangen til de kommunikationsdata, som lagres i henhold til section 1 i [DRIPA].

(2) En offentlig teleoperatør, der lagrer data i henhold til section 1 i [DRIPA], skal lagre de pågældende data på en sådan måde, at de uden unødigt forsinkelse kan fremføres på anmodning.«

38 Bekendtgørelsens Regulation 9 med overskriften »Informationskommissærens tilsyn« fastsætter:

»Informationskommissæren skal holde tilsyn med overholdelsen af de i denne del fastsatte krav eller begrænsninger i forbindelse med integriteten, sikkerheden eller tilintetgørelsen af data lagret i henhold til section 1 i [DRIPA].«

Adfærdskodeksen

39 Acquisition and Disclosure of Communications Data Code of Practice (adfærdskodeks vedrørende indsamling og videregivelse af kommunikationsdata, herefter »adfærdskodeksen«) indeholder i punkt 2.5-2.9 og 2.36-2.45 retningslinjer vedrørende nødvendigheden og proportionaliteten af indsamlingen af kommunikationsdata. Ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret i sag C-698/15 skal der i henhold til kodeksens punkt 3.72-3.77 lægges særlig vægt på nødvendigheden og proportionaliteten, når de kommunikationsdata, der anmodes om, vedrører en person, som udøver et erhverv, der involverer oplysninger, som er beskyttet af tavshedspligten eller på anden vis er fortrolige.

- 40 I medfør af kodeksens punkt 3.78-3.84 er en retskendelse påkrævet i det særlige tilfælde, hvor en anmodning vedrørende kommunikationsdata indgives med henblik på at identificere journalisters kilder. I henhold til kodeksens punkt 3.85-3.87 er en retslig godkendelse påkrævet, når anmodningen indgives af lokale myndigheder. Der kræves derimod ingen retskendelse eller tilladelse fra en uafhængig enhed for at få adgang til kommunikationsdata, der er omfattet af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, eller kommunikationsdata i forbindelse med læger, parlamentsmedlemmer eller præster.
- 41 Adfærdskodeksens punkt 7.1 bestemmer, at kommunikationsdata, der er erhvervet eller indsamlet i henhold til bestemmelserne i RIPA, og alle udskrifter, resuméer og kopier heraf skal behandles og lagres sikkert. Desuden skal kravene i Data Protection Act (databeskyttelsesloven) overholdes.
- 42 I henhold til adfærdskodeksens punkt 7.18 skal en offentlig myndighed i Det Forenede Kongerige, når den påtænker eventuelt at videregive kommunikationsdata til udenlandske myndigheder, bl.a. undersøge, om disse data vil blive beskyttet på passende vis. Det fremgår imidlertid af kodeksens punkt 7.22, at overførsel af data til tredjelande kan finde sted, når overførslen er nødvendig af grunde knyttet til en vigtig samfundsinteresse, selv når tredjelandet ikke sikrer et passende beskyttelsesniveau. Ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret i sag C-698/15 kan Secretary of State udstede et nationalt sikkerhedscertifikat, hvorved bestemte data undtages fra overholdelse af bestemmelserne i lovgivningen.
- 43 Det fremgår af kodeksens punkt 8.1, at ved RIPA er indført en Interception of Communications Commissioner (kommissær med ansvar for aflytning af kommunikation, Det Forenede Kongerige), hvis opgave bl.a. er at føre uafhængigt tilsyn med udøvelsen og udførelsen af beføjelserne og opgaverne i kapitel II i del I af RIPA. Således som det fremgår af kodeksens punkt 8.3, må kommissæren, når den pågældende kan »godtgøre, at en person er blevet skadet af en forsætlig eller uagtsom fejl«, oplyse denne person om, at der er mistanke om ulovlig anvendelse af beføjelser.

Tvisterne i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

Sag C-203/15

- 44 Den 9. april 2014 meddelte Tele2 Sverige, der er en udbyder af elektroniske kommunikationstjenester med hjemsted i Sverige, PTS, at selskabet som følge af, at direktiv 2006/24 var blevet erklæret ugyldigt ved dom af 8. april 2014, Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 og C-594/12, herefter »Digital Rights-dommen«, EU:C:2014:238), fra og med den 14. april 2014 ville ophøre med at lagre de i LEK omhandlede elektroniske kommunikationsdata, og at selskabet ville slette de data, der var blevet lagret frem til denne dato.
- 45 Den 15. april 2014 fremsendte Rikspolisstyrelsen (den nationale rigspolitistyreelse, Sverige) en klage til PTS, idet Tele2 Sverige var ophørt med at videregive de pågældende data til styrelsen.
- 46 Den 29. april 2014 udpegede justitieministeren (justitsminister, Sverige) en særlig undersøger, som skulle undersøge den pågældende svenske lovgivning i lyset af Digital Rights-dommen. I en rapport af 13. juni 2014 med overskriften »Datalagring, EU-rätt och svensk rätt, n° Ds 2014:23« (Datalagring, EU-retten og svensk ret, herefter »rapporten af 2014«) konkluderede den særlige undersøger, at den nationale lovgivning om datalagring, således som denne var fastsat i LEK's §§ 16a-f, hverken var i strid med EU-retten eller med den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«). Den særlige undersøger understregede, at Digital Rights-dommen ikke kunne fortolkes således, at den kritiserede selve princippet om en generel og udifferentieret lagring af data. Undersøgeren var af den opfattelse, at Digital Rights-dommen heller ikke skulle forstås således, at Domstolen heri havde

opstillet en række kriterier, der alle skal være opfyldt, for at en lovgivning kan anses for at være forholdsmæssig. Der skal med henblik på at afgøre, om den svenske lovgivning er forenelig med EU-retten, tages hensyn til samtlige omstændigheder, såsom omfanget af datalagringen i forhold til bestemmelserne om adgang til data, lagringens varighed, beskyttelsen af data og sikkerheden i forbindelse med disse.

- 47 På denne baggrund meddelte PTS den 19. juni 2014 Tele2 Sverige, at selskabet tilsidesatte de forpligtelser, der var fastsat i den nationale lovgivning, ved ikke at lagre de i LEK omhandlede data i seks måneder med henblik på bekæmpelse af kriminalitet. Ved påbud af 27. juni 2014 pålagde PTS derefter Tele2 Sverige at genoptage lagringen af disse data senest den 25. juli 2014.
- 48 Tele2 Sverige, der var af den opfattelse, at rapporten af 2014 var baseret på en urigtig fortolkning af Digital Rights-dommen, og at pligten til lagring af disse data var i strid med de ved chartret sikrede grundlæggende rettigheder, anlagde sag ved Förvaltningsrätten i Stockholm (forvaltningsdomstolen i Stockholm, Sverige) til prøvelse af påbuddet af 27. juni 2014. Da den nævnte domstol ved dom af 13. oktober 2014 frifandt PTS, har Tele2 Sverige iværksat appel til prøvelse af denne dom for den forelæggende ret.
- 49 Ifølge den forelæggende ret skal den svenske lovgivnings forenelighed med EU-retten vurderes i lyset af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58. Mens udgangspunktet i henhold til direktivet er, at trafikdata og lokaliseringsdata skal slettes eller gøres anonyme, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, er der nemlig ved direktivets artikel 15, stk. 1, indført en undtagelse til dette udgangspunkt, idet bestemmelsen, når dette kan begrundes i et af de heri fastsatte hensyn, giver medlemsstaterne tilladelse til at indskrænke denne forpligtelse til sletning eller anonymisering eller til at vedtage retsfor skrifter om lagring af data. EU-retten gør det således i visse situationer muligt at lagre elektroniske kommunikationsdata.
- 50 Den forelæggende ret ønsker ikke desto mindre oplyst, om en generel og udifferentieret pligt til lagring af elektroniske kommunikationsdata som den, der foreligger i hovedsagen, henset til Digital Rights-dommen, er forenelig med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7 og 8 samt artikel 52, stk. 1. Henset til, at parterne har divergerende opfattelser i denne henseende, bør Domstolen udtale sig entydigt om, hvorvidt en generel og udifferentieret lagring af elektroniske kommunikationsdata i sig selv er uforenelig med chartrets artikel 7 og 8 samt artikel 52, stk. 1, således som Tele2 Sverige mener, eller om en sådan datalagrings forenelighed, således som det fremgår af rapporten af 2014, skal bedømmes i lyset af bestemmelserne om adgang til data, om beskyttelsen heraf og sikkerheden i forbindelse hermed og om varigheden af lagringen heraf.
- 51 På denne baggrund har Kammarrätten i Stockholm (appeldomstolen for forvaltningsretlige sager i Stockholm) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Er en generel forpligtelse til at lagre trafikdata, som omfatter alle personer, alle elektroniske kommunikationsmidler og alle trafikdata uden forskel, begrænsninger eller undtagelser med henblik på at bekæmpe strafbare lovovertrædelser [...], forenelig med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, henset til chartrets artikel 7, artikel 8 og artikel 52, stk. 1?
- 2) Hvis spørgsmål 1 besvares benægtende, kan lagringen da alligevel være tilladt, hvis
- a) de nationale myndigheders adgang til de lagrede data fastsættes som beskrevet [i forelæggelsesafgørelsens] punkt 19-36, og
 - b) sikkerhedskravene er reguleret som beskrevet [i forelæggelsesafgørelsens] punkt 38-43, og
 - c) alle relevante data lagres i seks måneder, regnet fra den dag, kommunikationen blev afsluttet, og herefter slettes som beskrevet i [forelæggelsesafgørelsens] punkt 37?»

Sag C-698/15

- 52 Tom Watson, Peter Brice og Geoffrey Lewis har hver især anlagt sag ved High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Divisional Court) (retten i første instans (England og Wales), Queen's Bench (kollegium)), med henblik på prøvelse af lovligheden af DRIPA's section 1, idet de bl.a. har gjort gældende, at denne section er uforenelig med chartrets artikel 7 og 8 og EMRK's artikel 8.
- 53 Ved dom af 17. juli 2015 fastslog High Court of Justice (England & Wales), Queens' Bench Division (Divisional Court) (retten i første instans (England og Wales), Queen's Bench (kollegium)), at Digital Rights-dommen fastsatte »ufravigelige EU-retlige krav«, der finder anvendelse på medlemsstaternes lovgivning vedrørende lagring af kommunikationsdata og adgangen til sådanne data. Den nævnte ret fandt, at for så vidt som Domstolen i den nævnte dom fastslog, at direktiv 2006/24 var uforeneligt med proportionalitetsprincippet, kan en national lovgivning med samme indhold som direktivet heller ikke være forenelig med dette princip. Det følger af den underliggende logik i Digital Rights-dommen, at en lovgivning, hvorved der er indført en generel ordning for lagring af kommunikationsdata, udgør en tilsidesættelse af de rettigheder, som er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, medmindre denne lovgivning suppleres af en ordning for adgang til data, der er defineret i national ret, og som fastsætter tilstrækkelige garantier for beskyttelsen af disse rettigheder. DRIPA's section 1 er således ikke forenelig med chartrets artikel 7 og 8, idet bestemmelsen ikke fastsætter klare og præcise regler om adgangen til og anvendelsen af de lagrede data, og idet den ikke gør adgangen til disse data betinget af, at en domstol eller en uafhængig administrativ enhed forinden har foretaget en prøvelse.
- 54 Secretary of State har iværksat appel til prøvelse af den nævnte dom ved Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager), Det Forenede Kongerige).
- 55 Den forelæggende ret har anført, at DRIPA's section 1(1) giver Secretary of State beføjelse til, når der ikke foreligger nogen forudgående tilladelse fra en domstol eller en uafhængig administrativ enhed, at indføre en generel ordning, der pålægger offentlige teleoperatører at lagre alle data vedrørende enhver posttjeneste eller enhver telekommunikationstjeneste i højst 12 måneder, såfremt ministeren finder, at et sådant krav er nødvendigt og forholdsmæssigt med henblik på at forfølge de mål, som er fastsat i Det Forenede Kongeriges lovgivning. Selv om disse data ikke omfatter indholdet af en kommunikation, kan de være særligt indgribende i kommunikationstjenestebrugernes privatliv.
- 56 Den forelæggende ret har i forelæggelsesafgørelsen og i sin afgørelse af 20. november 2015, som blev afsagt inden for rammerne af appelproceduren, og hvorved den besluttede at forelægge Domstolen nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse, anført, at de nationale bestemmelser om lagring af data nødvendigvis er omfattet af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 og derfor skal iagttage de krav, der følger af chartret. I henhold til direktivets artikel 1, stk. 3, har EU-lovgiver imidlertid ikke harmoniseret bestemmelserne om adgang til de lagrede data.
- 57 Hvad angår Digital Rights-dommens indvirkning på de spørgsmål, der er rejst i tvisten i hovedsagen, har den forelæggende ret anført, at i den sag, som førte til den nævnte dom, skulle Domstolen efterprøve gyldigheden af direktiv 2006/24 og ikke gyldigheden af en national lovgivning. Når bl.a. henses til den tætte forbindelse mellem lagringen af data og adgangen til disse data, var det nødvendigt, at direktivet blev ledsaget af en række garantier, og at bestemmelserne om adgang til disse data derfor blev analyseret i Digital Rights-dommen i forbindelse med efterprøvelsen af, om den ved direktivet indførte ordning for lagring af data var lovlig. Domstolen havde derfor ikke for øje i den nævnte dom at opregne ufravigelige krav, som finder anvendelse på de nationale lovgivninger om adgang til data, der ikke gennemfører EU-retten. Desuden var Domstolens ræsonnement tæt knyttet til det formål, der forfølges med selvsamme direktiv. En national lovgivning skal imidlertid bedømmes i lyset af de formål, der forfølges med denne, og den sammenhæng, hvori den indgår.

- 58 Hvad angår nødvendigheden af at indbringe en præjudiciel forelæggelse for Domstolen har den forelæggende ret fremhævet den omstændighed, at på tidspunktet for vedtagelsen af forelæggelsesafgørelsen havde seks domstole i andre medlemsstater, herunder fem i sidste instans, ophævet national lovgivning på grundlag af Digital Rights-dommen. Besvarelsen af de forelagte spørgsmål er derfor ikke åbenlys, og den er nødvendig for påkendelsen af de sager, som er blevet indbragt for den forelæggende ret.
- 59 På denne baggrund har Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager)) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Fastsætter [Digital Rights-dommen] (herunder navnlig dommens præmis 60-62) ufravigelige EU-retlige krav, der finder anvendelse på en medlemsstats nationale ordning for adgang til data, der er lagret i overensstemmelse med national lovgivning, med henblik på at overholde [chartrets] artikel 7 og 8 [...]?
- 2) Udvider [Digital Rights-dommen] anvendelsesområdet for chartrets artikel 7 og/eller 8 ud over anvendelsesområdet for [EMRK's] artikel 8 [...], således som dette er fastslået i praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol [...]?»

Retsforhandlingerne for Domstolen

- 60 Ved kendelse af 1. februar 2016, Davis m.fl. (C-698/15, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:70), besluttede Domstolens præsident at imødekomme anmodningen fra Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager)) om at undergive sag C-698/15 den fremskyndede procedure i henhold til artikel 105, stk. 1, i Domstolens procesreglement.
- 61 Ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 10. marts 2016 blev sagerne C-203/15 og C-698/15 forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål i sag C-203/15

- 62 Med det første spørgsmål i sag C-203/15 ønsker Kammarrätten i Stockholm (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Stockholm) nærmere bestemt oplyst, om artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7 og 8 samt artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, 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.
- 63 Spørgsmålet finder bl.a. sin oprindelse i den omstændighed, at direktiv 2006/24, som den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning havde til formål at gennemføre, blev erklæret ugyldigt ved Digital Rights-dommen, men at parterne er uenige om rækkevidden af den nævnte dom og dennes indvirkning på den pågældende lovgivning, der regulerer lagringen af trafikdata og lokaliseringsdata samt de nationale myndigheders adgang til disse data.
- 64 Det skal indledningsvis efterprøves, om en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde.

Om anvendelsesområdet for direktiv 2002/58

- 65 De medlemsstater, som har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen, har givet udtryk for divergerende opfattelser for så vidt angår spørgsmålet, om og i hvilket omfang nationale lovgivninger, der vedrører lagring af trafikdata og lokaliseringsdata samt de nationale myndigheders adgang til disse data med henblik på bekæmpelse af kriminalitet, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58. Mens bl.a. den belgiske, den danske, den tyske og den estiske regering, Irland samt den nederlandske regering har givet udtryk for den opfattelse, at et sådant spørgsmål skal besvares bekræftende, har den tjekkiske regering nemlig foreslået, at spørgsmålet skal besvares benægtende, idet den nævnte regering har anført, at disse lovgivninger alene har til formål at bekæmpe kriminalitet. Hvad angår Det Forenede Kongeriges regering har denne gjort gældende, at direktivets anvendelsesområde kun omfatter lovgivninger, der vedrører lagring af data, og ikke lovgivninger vedrørende de kompetente nationale retshåndhævelsesmyndigheders adgang til disse data.
- 66 Hvad endelig angår Kommissionen har denne – selv om den i sit skriftlige indlæg til Domstolen i sag C-203/15 har anført, at den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58 – i sit skriftlige indlæg i sag C-698/15 anført, at direktivets anvendelsesområde alene omfatter de nationale bestemmelser om lagring af data og ikke de nationale bestemmelser vedrørende de nationale myndigheders adgang til disse data. Ifølge Kommissionen skal der ikke desto mindre tages hensyn til de sidstnævnte bestemmelser ved bedømmelsen af, om en national lovgivning om udbydere af elektroniske kommunikationstjenesters lagring af data udgør et forholdsmæssigt indgreb i de grundlæggende rettigheder, som er sikret ved chartrets artikel 7 og 8.
- 67 I denne henseende bemærkes, at rækkevidden af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58 skal fastlægges under hensyntagen til bl.a. den generelle opbygning af direktivet.
- 68 Det fremgår af artikel 1, stk. 1, i direktiv 2002/58, at direktivet bl.a. tager sigte på en harmonisering af de nationale bestemmelser, der er nødvendige for at sikre et ensartet niveau i beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og navnlig retten til privatlivets fred og fortrolighed i forbindelse med behandling af personoplysninger inden for den elektroniske kommunikationssektor.
- 69 I henhold til direktivets artikel 1, stk. 3, omfatter direktivets anvendelsesområde ikke »statens aktiviteter« på de heri omhandlede områder, dvs. bl.a. statens aktiviteter på det strafferetlige område og de af statens aktiviteter, der vedrører den offentlige sikkerhed, forsvaret og statens sikkerhed, herunder statens økonomiske interesser, når disse aktiviteter er forbundet med spørgsmål vedrørende statens sikkerhed (jf. analogt for så vidt angår artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46 dom af 6.11.2003, Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596, præmis 43, og af 16.12.2008, Satakunnan Markkinapörssi og Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, præmis 41).
- 70 Hvad angår artikel 3 i direktiv 2002/58 fremgår det af denne, at direktivet finder anvendelse på behandling af persondata i forbindelse med, at offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester stilles til rådighed via offentlige kommunikationsnet i Unionen, herunder offentlige kommunikationsnet med dataindsamlings- og identifikationsudstyr (herefter »elektroniske kommunikationstjenester«). Direktivet skal derfor anses for at regulere den virksomhed, som udbydere af sådanne tjenester, udøver.
- 71 Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 gør det muligt for medlemsstaterne under iagttagelse af de i direktivet fastsatte betingelser at vedtage »retsfor skrifter med henblik på at indskrænke rækkevidden af de rettigheder og forpligtelser, der omhandles i [direktivets] artikel 5, artikel 6, artikel 8, stk. 1, 2, 3 og 4, og artikel 9«. Direktivets artikel 15, stk. 1, andet punktum, opstiller som eksempel på foranstaltninger, som medlemsstaterne kan vedtage på denne måde, forskrifter »om lagring af data«.

- 72 De i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 fastsatte retsfor skrifter vedrører ganske vist statens eller statslige myndigheders aktiviteter og har ikke noget at gøre med området for den enkelte borgers aktiviteter (jf. i denne retning dom af 29.1.2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, præmis 51). De formål, som sådanne foranstaltninger skal opfylde i medfør af denne bestemmelse – i det foreliggende tilfælde beskyttelse af den nationale sikkerhed, forsvaret og den offentlige sikkerhed samt gennemførelse af forebyggelsen, efterforskningen, afsløringen og retsforfølgningen af straffelovsovertrædelser og af uautoriseret brug af det elektroniske kommunikationssystem – kan endvidere i det væsentlige sammenholdes med de formål, der forfølges med de i direktivets artikel 1, stk. 3, omhandlede aktiviteter.
- 73 Henset til den generelle opbygning af direktiv 2002/58 gør de forhold, der er nævnt i denne doms foregående præmis, det imidlertid ikke muligt at fastslå, at de retsfor skrifter, som er omhandlet i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, er udelukket fra direktivets anvendelsesområde, idet denne bestemmelse ellers ville blive frataget enhver effektiv virkning. Den nævnte bestemmelse forudsætter nemlig nødvendigvis, at de heri omhandlede nationale foranstaltninger, såsom foranstaltninger vedrørende lagring af data med henblik på bekæmpelse af kriminalitet, er omfattet af direktivets anvendelsesområde, idet det udtrykkeligt fremgår af direktivet, at medlemsstaterne kun må vedtage dem under iagttagelse af de i direktivet fastsatte betingelser.
- 74 Endvidere regulerer de retsfor skrifter, der er omhandlet i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, med de i bestemmelsen fastsatte formål for øje den virksomhed, som udøves af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester. Nævnte artikel 15, stk. 1, sammenholdt med direktivets artikel 3, skal derfor fortolkes således, at sådanne retsfor skrifter er omfattet af direktivets anvendelsesområde.
- 75 Dette anvendelsesområde omfatter navnlig en retsfor skrift som den i hovedsagen omhandlede, der pålægger disse udbydere at lagre trafikdata og lokaliseringsdata, idet en sådan virksomhed nødvendigvis indebærer, at udbyderne behandler personoplysninger.
- 76 Det nævnte anvendelsesområde omfatter ligeledes en retsfor skrift, der ligesom den i hovedsagen omhandlede vedrører de nationale myndigheders adgang til de data, der lagres af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester.
- 77 Den ved artikel 5, stk. 1, i direktiv 2002/58 sikrede beskyttelse af fortroligheden i forbindelse med den elektroniske kommunikation og de dermed forbundne trafikdata finder nemlig anvendelse på de foranstaltninger, som træffes af andre end brugerne, hvad enten der er tale om private personer eller enheder eller statslige enheder. Direktivet har til formål, således som det bekræftes i 21. betragtning hertil, at hindre uautoriseret »adgang« til kommunikation, herunder »data vedrørende kommunikationen«, med henblik på at beskytte fortroligheden i forbindelse med elektronisk kommunikation.
- 78 En retsfor skrift, hvorved en medlemsstat på grundlag af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 og med de i bestemmelsen fastsatte formål for øje pålægger udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester på de i en sådan foranstaltning fastsatte betingelser at give de nationale myndigheder adgang til de data, der lagres af de nævnte udbydere, vedrører under disse omstændigheder behandling af personoplysninger, som foretages af udbyderne, og behandlingen er omfattet af direktivets anvendelsesområde.
- 79 For så vidt som lagringen af data desuden kun finder sted med henblik på i påkommende tilfælde at gøre disse data tilgængelige for de kompetente nationale myndigheder, indebærer en national lovgivning om lagring af data i princippet nødvendigvis, at der skal foreligge bestemmelser vedrørende de kompetente nationale myndigheders adgang til de data, som lagres af udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester.

80 Denne fortolkning bekræftes af artikel 15, stk. 1b, i direktiv 2002/58, hvorefter udbydere på grundlag af nationale bestemmelser vedtaget i henhold til direktivets artikel 15, stk. 1, skal fastlægge interne procedurer for behandlingen af anmodninger om adgang til brugeres personlige oplysninger.

81 Henset til det ovenstående er en national lovgivning som den, der er omhandlet i sag C-203/15 og sag C-698/15, omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58.

Om fortolkningen af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1

82 Det bemærkes, at i overensstemmelse med artikel 1, stk. 2, i direktiv 2002/58 »specificerer og supplerer« direktivets bestemmelser direktiv 95/46. Som det fremgår af anden betragtning til direktiv 2002/58, søger direktivet især at sikre fuld overholdelse af rettighederne i chartrets artikel 7 og 8. I denne henseende fremgår det af begrundelsen til forslaget til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (KOM(2000) 385 endelig), som ligger til grund for direktiv 2002/58, at EU-lovgiver tiltænkte »at sikre, at der fortsat garanteres en høj grad af beskyttelse af personoplysninger og privatlivets fred i forbindelse med alle elektroniske kommunikationstjenester, uanset hvilken teknologi der anvendes«.

83 Med henblik herpå indeholder direktiv 2002/58 særlige bestemmelser, med hvilke det tilsigtes, således som det bl.a. fremgår af sjette og syvende betragtning til direktivet, at beskytte brugerne af elektroniske kommunikationstjenester mod den risiko for personoplysningerne og privatlivet, som ny teknologi og den automatiserede opbevaring og behandling af oplysninger udgør.

84 Navnlig fastsætter direktivets artikel 5, stk. 1, at medlemsstaterne via deres nationale forskrifter skal sikre kommunikationshemmeligheden ved brug af offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, både for så vidt angår selve kommunikationen og de dermed forbundne trafikdata.

85 Det ved direktiv 2002/58 indførte princip om kommunikationshemmelighed indebærer bl.a., således som det fremgår af direktivets artikel 5, stk. 1, andet punktum, at det i princippet er forbudt for andre end brugerne at lagre de med den elektroniske kommunikation forbundne trafikdata, uden at disse brugere har indvilget heri. Undtaget herfra er alene de personer, for hvilke det lovligt er tilladt i overensstemmelse med direktivets artikel 15, stk. 1, og de tilfælde, hvor den tekniske lagring er nødvendig for overføring af en kommunikation (jf. i denne retning dom af 29.1.2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, præmis 47).

86 Som bekræftet af 22. og 26. betragtning til direktiv 2002/58, er behandling og lagring af trafikdata således i medfør af direktivets artikel 6 kun tilladt i det omfang og den varighed, der er nødvendige for debiteringen af tjenesteydelserne, markedsføringen heraf og leveringen af tillægstjenester (jf. i denne retning dom af 29.1.2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, præmis 47 og 48). Hvad særligt angår debiteringen af tjenesteydelserne er en sådan behandling kun tilladt indtil udløbet af den lovbestemte forældelsesfrist for sådanne gældsforpligtelser eller fristen for anfægtelse af sådanne afregninger. Når denne frist er udløbet, skal de behandlede eller lagrede data slettes eller gøres anonyme. Hvad angår andre lokaliseringsdata end trafikdata fastsætter direktivets artikel 9, stk. 1, at disse data kun kan behandles under visse betingelser og kun, når de er gjort anonyme, eller når brugeren eller abonnenten har givet sit samtykke hertil.

- 87 Rækkevidden af bestemmelserne i artikel 5 og 6 samt artikel 9, stk. 1, i direktiv 2002/58, der har til formål at sikre, at kommunikationen og de dermed forbundne data er hemmelige, og at minimere risikoen for misbrug, skal desuden bedømmes i lyset af 30. betragtning til direktivet, hvoraf det fremgår, at »[s]ystemer til levering af elektroniske kommunikationsnet og kommunikationstjenester bør konstrueres, så de begrænser mængden af nødvendige personoplysninger til et absolut minimum«.
- 88 Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 gør det ganske vist muligt for medlemsstaterne at indføre undtagelser til såvel den i direktivets artikel 5, stk. 1, fastsatte principielle pligt til at sikre kommunikationshemmeligheden af personoplysninger som de tilsvarende forpligtelser, der bl.a. er fastsat i direktivets artikel 6 og 9 (jf. i denne retning dom af 29.1.2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, præmis 50).
- 89 For så vidt som artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 gør det muligt for medlemsstaterne at begrænse rækkevidden af den principielle pligt til at sikre hemmeligheden for så vidt angår kommunikationen og de dermed forbundne trafikdata, skal bestemmelsen i overensstemmelse med Domstolens faste praksis imidlertid fortolkes strengt (jf. analogt dom af 22.11.2012, *Probst*, C-119/12, EU:C:2012:748, præmis 23). En sådan bestemmelse kan derfor ikke begrunde, at en fravigelse af denne principielle pligt og navnlig af det i direktivets artikel 5 fastsatte forbud mod at lagre disse data bliver hovedreglen, idet rækkevidden af den sidstnævnte bestemmelse ellers i høj grad ville blive udhulet.
- 90 I denne henseende bemærkes, at artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58 fastsætter, at de retsfor skrifter, som bestemmelsen vedrører, og som udgør en fravigelse af princippet om, at kommunikationen og de dermed forbundne trafikdata skal være hemmelige, skal vedtages »af hensyn til den nationale sikkerhed (dvs. statens sikkerhed), forsvaret, den offentlige sikkerhed, eller [af hensyn til] forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning i straffesager eller uautoriseret brug af det elektroniske kommunikationssystem« eller af andre hensyn, der er fastsat i artikel 13, stk. 1, i direktiv 95/46, hvortil artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58 henviser (jf. i denne retning dom af 29.1.2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, præmis 53). En sådan opregning af hensyn er udtømmende, således som det fremgår af sidstnævnte direktivs artikel 15, stk. 1, andet punktum, hvoraf det fremgår, at retsfor skrifterne skal være begrundet i »et af de hensyn, der er nævnt« i det nævnte direktivs artikel 15, stk. 1, første punktum. Medlemsstaterne kan dermed ikke vedtage sådanne for skrifter af andre hensyn end dem, der er opregnet i den sidstnævnte bestemmelse.
- 91 Endvidere fastsætter artikel 15, stk. 1, tredje punktum, i direktiv 2002/58, at »[a]lle i [direktivets artikel 15, stk. 1,] omhandlede for skrifter skal være i overensstemmelse med [EU-rettens] generelle principper, herunder principperne i [...] artikel 6, stk. 1 og 2[, EU]«, som omfatter de generelle principper og de grundlæggende rettigheder, der nu er sikret ved chartret. Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 skal således fortolkes i lyset af de grundlæggende rettigheder, som er sikret ved chartret (jf. analogt for så vidt angår direktiv 95/46 dom af 20.5.2003, *Österreichischer Rundfunk m.fl.*, C-465/00, C-138/01 og C-139/01, EU:C:2003:294, præmis 68, af 13.5.2014, *Google Spain og Google*, C-131/12, EU:C:2014:317, præmis 68, og af 6.10.2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, præmis 38).
- 92 I denne henseende bemærkes, at den pligt, der i henhold til en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede er pålagt udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, til at lagre trafikdata med henblik på i påkommende tilfælde at gøre dem tilgængelige for de kompetente nationale myndigheder, ikke blot rejser en række spørgsmål vedrørende iagttagelsen af chartrets artikel 7 og 8, der er udtrykkeligt nævnt i de præjudicielle spørgsmål, men ligeledes vedrørende iagttagelsen af ytringsfriheden, som er sikret ved chartrets artikel 11 (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24, *Digital Rights-dommen*, præmis 25 og 70).
- 93 Der skal således ved fortolkningen af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 tages hensyn til betydningen af såvel retten til respekt for privatlivet, der er sikret ved chartrets artikel 7, som retten til beskyttelse af personoplysninger, der er sikret ved chartrets artikel 8, således som denne betydning fremgår af Domstolens praksis (jf. i denne retning dom af 6.10.2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650,

præmis 39 og den deri nævnte retspraksis). Det samme gælder for retten til ytringsfrihed henset til den særlige betydning, som denne frihed har i ethvert demokratisk samfund. Denne grundlæggende rettighed, som er sikret ved chartrets artikel 11, udgør et af de væsentlige grundlag for et demokratisk og pluralistisk samfund, idet den er en del af de værdier, som Unionen i overensstemmelse med artikel 2 TEU er støttet på (jf. i denne retning dom af 12.6.2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, præmis 79, og af 6.9.2011, Patriciello, C-163/10, EU:C:2011:543, præmis 31).

- 94 I denne henseende bemærkes, at i overensstemmelse med chartrets artikel 52, stk. 1, skal enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved dette charter, være fastlagt i lovgivningen og respektere disses væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der kun indføres begrænsninger i udøvelsen af disse rettigheder og friheder, såfremt disse begrænsninger er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder (dom af 15.2.2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, præmis 50).
- 95 I sidstnævnte henseende fastsætter artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58, at medlemsstaterne kan vedtage en foranstaltning, der fraviger princippet om fortrolighed i forbindelse med kommunikationen og de dermed forbundne trafikdata, når den er »nødvendig, passende og forholdsmæssig i et demokratisk samfund«, henset til de i bestemmelsen fastsatte mål. Hvad angår 11. betragtning til det nævnte direktiv fremgår det nærmere af betragtningen, at en foranstaltning af denne art skal stå i »åbenbart« rimeligt forhold til det mål, der forfølges. Hvad særligt angår lagringen af data opstiller direktivets artikel 15, stk. 1, andet punktum, et krav om, at lagringen kun må finde sted »i en begrænset periode«, og »[når det] kan begrundes« i et af de hensyn, der er nævnt i direktivets artikel 15, stk. 1, første punktum.
- 96 Iagttagelsen af proportionalitetsprincippet følger ligeledes af Domstolens faste praksis, hvorefter beskyttelsen af den grundlæggende ret til respekt for privatlivet på EU-plan kræver, at undtagelserne fra og begrænsningerne af beskyttelsen af personoplysninger holdes inden for det strengt nødvendige (dom af 16.12.2008, Satakunnan Markkinapörssi og Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, præmis 56, og af 9.11.2010, Volker und Markus Schecke og Eifert, C-92/09 og C-93/09, EU:C:2010:662, præmis 77, Digital Rights-dommen, præmis 52, samt dom af 6.10.2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, præmis 92).
- 97 Hvad angår spørgsmålet, om en national lovgivning som den, der er omhandlet i sag C-203/15, opfylder disse betingelser, bemærkes, at denne lovgivning foreskriver en generel og udifferentieret lagring af samtlige trafikdata og lokaliseringsdata vedrørende samtlige abonnenter og registrerede brugere i forbindelse med samtlige midler til elektronisk kommunikation, og at den uden undtagelse forpligter udbydere af elektroniske kommunikationstjenester til at lagre disse data systematisk og uafbrudt. Således som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, svarer de kategorier af data, som er omhandlet i denne lovgivning, i det væsentlige til de kategorier, hvis lagring var foreskrevet i direktiv 2006/24.
- 98 De data, som udbydere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester således skal lagre, gør det muligt at spore og identificere kilden til en kommunikation og dens bestemmelsessted, fastslå en kommunikations dato, klokkeslæt, varighed og type, identificere brugernes kommunikationsudstyr og lokalisere mobilt udstyr. Disse data omfatter bl.a. navn og adresse på abonnenten eller den registrerede bruger, telefonnummer på den, der foretager opkaldet, og det kaldte nummer samt for internettjenester en IP-adresse. Disse data gør det navnlig muligt at få kendskab til, med hvilken person og ved hjælp af hvilket kommunikationsmiddel en abonnent eller registreret bruger har kommunikeret, samt at tidsfæste kommunikationen og identificere det sted, hvorfra den har fundet sted. Desuden gør de det muligt at være bekendt med hyppigheden af abonnentens eller den registrerede brugers kommunikation med bestemte personer i en given periode (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 26).

- 99 Disse data vil tilsammen kunne gøre det muligt at drage meget præcise slutninger vedrørende privatlivet for de personer, hvis data er blevet lagret, såsom vaner i dagligdagen, midlertidige eller varige opholdssteder, daglige eller andre rejser, hvilke aktiviteter der udøves, disse personers sociale relationer og de sociale miljøer, de frekventerer (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 27). Særligt gør disse data det muligt, således som generaladvokaten har anført i punkt 253, 254 og 257-259 i forslaget til afgørelse, at lave en profil af de berørte personer, hvilken oplysning, henset til retten for respekt af privatlivet, er lige så følsom som selve indholdet af kommunikationen.
- 100 Det indgreb i de grundlæggende rettigheder fastslået i chartrets artikel 7 og 8, som en sådan lovgivning indebærer, er meget vidtrækkende og må anses for at være særligt alvorligt. Den omstændighed, at lagringen af data finder sted, uden at brugerne af de elektroniske kommunikationstjenester oplyses herom, er egnet til at skabe en følelse hos de berørte personer af, at deres privatliv er genstand for konstant overvågning (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 37).
- 101 Selv om en sådan lovgivning ikke tillader lagring af indholdet af en elektronisk kommunikation og derfor ikke kan indebære en krænkelse af det væsentligste indhold af disse rettigheder (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 39), kan lagringen af trafikdata og lokaliseringsdata imidlertid have en indvirkning på brugen af de elektroniske kommunikationsmidler, og følgelig på brugerne af disse midlers udøvelse af deres ytringsfrihed, som er sikret ved chartrets artikel 11 (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 28).
- 102 Henset 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).
- 103 Desuden bemærkes, at selv om effektiviteten af bekæmpelsen af grov kriminalitet, og navnlig organiseret kriminalitet og terrorisme, i vidt omfang kan være afhængig af anvendelse af moderne efterforskningsteknikker, kan et sådant mål af almen interesse, hvor grundlæggende det end er, ikke i sig selv begrunde, at en national lovgivning, der foreskriver en generel og udifferentieret lagring af samtlige trafikdata og lokaliseringsdata, anses for nødvendig af hensyn til den nævnte bekæmpelse (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 51).
- 104 I denne henseende bemærkes for det første, at en sådan lovgivning, henset til sine kendetegn, der er beskrevet i denne doms præmis 97, bevirker, at lagringen af trafikdata og lokaliseringsdata er hovedreglen, mens den ved direktiv 2002/58 indførte ordning opstiller et krav om, at denne lagring af data skal være undtagelsen.
- 105 For det andet foreskriver en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der omfatter alle abonnenter og registrerede brugere generelt, og som er rettet mod alle elektroniske kommunikationsmidler og samtlige trafikdata, ingen form for differentiering, begrænsning eller undtagelse under hensyn til det forfulgte mål. Den omfatter generelt alle personer, der gør brug af elektroniske kommunikationstjenester, uden at disse personer – end ikke indirekte – befinder sig i en situation, der vil kunne give anledning til strafferetlig forfølgning. Den finder dermed anvendelse selv på personer, for hvis vedkommende der ikke findes noget som helst indicium for, at deres adfærd kan have – selv en indirekte eller fjern – forbindelse til grove straffelovsovertrædelser. Endvidere indeholder den ikke nogen undtagelsesbestemmelse, således at den finder anvendelse endog på personer, hvis kommunikation i henhold til nationale retsregler er omfattet af tavshedspligt (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 57 og 58).

- 106 En sådan lovgivning kræver ikke nogen sammenhæng mellem de data, som foreskrives lagret, og en trussel mod den offentlige sikkerhed. Den er navnlig ikke begrænset til en lagring, som er rettet mod data vedrørende et tidsrum og/eller et geografisk område og/eller en personkreds, der på den ene eller anden måde vil kunne være indblandet i alvorlige lovovertrædelser, eller mod personer, der af andre grunde gennem lagring af deres data ville kunne bidrage til bekæmpelse af kriminalitet (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 59).
- 107 En national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede overskrider derfor det strengt nødvendige og kan i et demokratisk samfund ikke anses for at være begrundet, således som det er påkrævet i henhold til artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7,8 og 11 samt artikel 52, stk. 1.
- 108 Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7,8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, er derimod ikke til hinder for, at en medlemsstat vedtager en lovgivning, der som en forebyggende foranstaltning muliggør en målrettet lagring af trafikdata og lokaliseringsdata med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet, forudsat at lagringen af disse data begrænses til det strengt nødvendige for så vidt angår kategorierne af data, der skal lagres, de omhandlede kommunikationsmidler, de berørte personer og den fastsatte varighed af lagringen.
- 109 For at opfylde de krav, der er anført i denne doms foregående præmis, skal en sådan national lovgivning for det første fastsætte klare og præcise regler, der regulerer rækkevidden og anvendelsen af en sådan foranstaltning om lagring af data, og som opstiller en række mindstekrav, således at de personer, hvis data er blevet lagret, råder over tilstrækkelige garantier, der gør det muligt effektivt at beskytte deres personlige oplysninger mod risikoen for misbrug. Lovgivningen skal navnlig angive, under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser der i forebyggende øjemed kan vedtages en foranstaltning om lagring af data, hvorved det sikres, at en sådan foranstaltning begrænses til det strengt nødvendige (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).
- 110 Hvad for det andet angår de materielle betingelser, som en national lovgivning, der inden for rammerne af kriminalitetsbekæmpelse gør det muligt i forebyggende øjemed at lagre trafikdata og lokaliseringsdata, skal opfylde, for at det sikres, at den er begrænset til det strengt nødvendige, bemærkes, at selv om sådanne betingelser kan variere i forhold til de foranstaltninger, der træffes med henblik på forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af grov kriminalitet, skal lagringen af disse data ikke desto mindre altid opfylde objektive kriterier, som fastlægger et forhold mellem de data, der skal lagres, og det forfulgte mål. Navnlig skal sådanne betingelser i praksis være af en sådan art, at de faktisk kan afgrænse omfanget af foranstaltningen og følgelig den berørte personkreds.
- 111 Hvad angår afgrænsningen af en sådan foranstaltning med hensyn til personkredsen og de potentielt omfattede situationer skal den nationale lovgivning være baseret på objektive forhold, der gør det muligt at fokusere målrettet på en personkreds, hvis data kan afsløre en forbindelse, i det mindste indirekte, til grov kriminalitet, bidrage til bekæmpelse af grov kriminalitet på den ene eller den anden måde eller forhindre en alvorlig fare for den offentlige sikkerhed. En sådan afgrænsning kan sikres gennem et geografisk kriterium, når de kompetente nationale myndigheder på grundlag af objektive forhold finder, at der i et eller flere geografiske områder er en forhøjet risiko for, at sådan kriminalitet bliver planlagt eller begået.
- 112 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål i sag C-203/15 besvares med, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at bestemmelsen 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.

Det andet spørgsmål i sag C-203/15 og det første spørgsmål i sag C-698/15

- 113 Indledningsvis bemærkes, at Kammarrätten i Stockholm (appeldomstolen for forvaltningsretlige sager i Stockholm) alene har forelagt det andet spørgsmål i sag C-203/15 for det tilfælde, at det første spørgsmål i den nævnte sag besvares benægtende. Dette andet spørgsmål afhænger imidlertid ikke af spørgsmålet om, hvorvidt en lagring af data er generel eller målrettet som omhandlet i denne doms præmis 108-111. Det andet spørgsmål i sag C-203/15 skal derfor besvares sammen med det første spørgsmål i sag C-698/15, som er forelagt uafhængigt af rækkevidden af den pligt til lagring af data, som udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester er pålagt.
- 114 Med det andet spørgsmål i sag C-203/15 og det første spørgsmål i sag C-698/15 ønsker de forelæggende retter nærmere bestemt oplyst, om artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7 og 8 samt artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at bestemmelsen 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 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.
- 115 Hvad angår de mål, som kan begrunde en national lovgivning, der fraviger princippet om fortrolighed i forbindelse med elektronisk kommunikation, bemærkes, at for så vidt som opregningen af de mål, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58, er udtømmende, således som det er blevet fastslået i denne doms præmis 90 og 102, skal adgangen til de lagrede data faktisk og præcist opfylde et af disse mål. For så vidt som det mål, der forfølges med den pågældende lovgivning, skal stå i forhold til alvoren af det indgreb i de grundlæggende rettigheder, som denne adgang indebærer, følger det desuden 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.
- 116 Hvad angår iagttagelsen af proportionalitetsprincippet skal en national lovgivning, der regulerer de betingelser, hvorunder udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester skal give de kompetente nationale myndigheder adgang til de lagrede data, i overensstemmelse med det, der er blevet fastslået i denne doms præmis 95 og 96, sikre, at en sådan adgang holdes inden for det strengt nødvendige.
- 117 Da de retsfor skrifter, der er omhandlet i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, desuden i overensstemmelse med 11. betragtning til direktivet skal være »omfatte[t] af passende beskyttelsesordninger«, skal en sådan foranstaltning, således som det fremgår af den i denne doms præmis 109 anførte retspraksis, fastsætte klare og præcise regler, der angiver, under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester skal give de kompetente nationale myndigheder adgang til de pågældende data. En foranstaltning af denne art skal desuden være retligt bindende i national ret.
- 118 Med henblik på at sikre, at de kompetente nationale myndigheders adgang til de lagrede data begrænses til det strengt nødvendige, tilkommer det ganske vist national ret at fastsætte de betingelser, hvorunder udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester skal give en sådan adgang. Den pågældende nationale lovgivning kan imidlertid ikke begrænse sig til at opstille et krav om, at adgangen opfylder et af målene i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, selv hvis der er tale om bekæmpelse af grov kriminalitet. En sådan national lovgivning skal nemlig også fastsætte de materielle og processuelle betingelser for de kompetente nationale myndigheders adgang til de lagrede data (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 61).
- 119 For så vidt som en generel adgang til samtlige lagrede data – uafhængigt af, om der foreligger nogen forbindelse, selv indirekte, til det forfulgte mål – ikke kan anses for at være begrænset til det strengt nødvendige, skal den pågældende nationale lovgivning således være baseret på objektive kriterier med

henblik på fastlæggelsen af de omstændigheder og betingelser, hvorunder de kompetente nationale myndigheder skal gives adgang til abonnenters eller registrerede brugeres data. I denne henseende kan der i forbindelse med målet om bekæmpelse af kriminalitet i princippet kun gives adgang til data vedrørende personer, der er mistænkt for at planlægge, ville begå eller have begået en alvorlig lovovertrædelse eller på en eller anden måde være involveret i en sådan lovovertrædelse (jf. analogt Menneskerettighedsdomstolens dom af 4.12.2015, Zakharov mod Rusland, CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, § 260). I særlige situationer, såsom de situationer, hvor vitale interesser for den nationale sikkerhed, forsvaret eller den offentlige sikkerhed er truet af terrorvirksomhed, kan der imidlertid også gives adgang til andre personers data, når der foreligger objektive forhold, som gør det muligt at antage, at disse data i en konkret sag kan bidrage effektivt til bekæmpelsen af en sådan virksomhed.

- 120 Med henblik på i praksis at sikre fuld iagttagelse af disse betingelser er det afgørende, at de kompetente nationale myndigheders adgang til de lagrede data i princippet, undtagen i behørigt begrundede hastende tilfælde, er undergivet en forudgående kontrol, der foretages af enten en domstol eller en uafhængig administrativ enhed, og at denne domstols eller denne enheds afgørelse træffes på grundlag af en begrundet anmodning, som navnlig fremsættes af disse myndigheder inden for rammerne af procedurer med henblik på forebyggelse, afsløring eller strafferetlig forfølgning (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 62. Jf. ligeledes analogt for så vidt angår EMRK's artikel 8 Menneskerettighedsdomstolens dom af 12.1.2016, Szabó og Vissy mod Ungarn, CE:ECHR:2016:0112JUD003713814, §§ 77 og 80).
- 121 Det er desuden vigtigt, at de kompetente nationale myndigheder, som har fået adgang til de lagrede data, underretter de berørte personer herom inden for rammerne af de gældende nationale procedurer, så snart underretningen herom ikke kan skade disse myndigheders efterforskning. Denne underretning er nemlig de facto nødvendig for at gøre det muligt for disse personer navnlig at udøve den adgang til retsmidler, som udtrykkeligt er fastsat i artikel 15, stk. 2, i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 22 i direktiv 95/46, i tilfælde af, at deres rettigheder er blevet tilsidesat (jf. analogt dom af 7.5.2009, Rijkeboer, C-553/07, EU:C:2009:293, præmis 52, og af 6.10.2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, præmis 95).
- 122 Hvad angår reglerne om sikkerheden vedrørende og beskyttelsen af de data, der lagres af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, bemærkes, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 ikke gør det muligt for medlemsstaterne at fravige direktivets artikel 4, stk. 1 eller stk. 1a. De sidstnævnte bestemmelser opstiller et krav om, at disse udbydere træffer passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der gør det muligt at sikre en effektiv beskyttelse af de lagrede data mod risikoen for misbrug og mod enhver ulovlig adgang til disse data. Henset til mængden af lagrede data, den følsomme karakter af disse data og risikoen for ulovlig adgang til disse skal udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester med henblik på at sikre de pågældende datas fulde integritet og fortrolighed sikre et særligt højt niveau for beskyttelse og sikkerhed gennem passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger. Særligt skal den nationale lovgivning foreskrive en lagring på EU's område og en irreversibel destruktion af disse data ved udløbet af lagringsperioden (jf. analogt for så vidt angår direktiv 2006/24 Digital Rights-dommen, præmis 66-68).
- 123 Under alle omstændigheder skal medlemsstaterne sikre, at en uafhængig myndighed fører tilsyn med overholdelsen af det beskyttelsesniveau, som EU-retten sikrer på området for beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger, idet et sådant tilsyn udtrykkeligt er påkrævet i henhold til chartrets artikel 8, stk. 3, og idet det nævnte tilsyn i overensstemmelse med Domstolens faste praksis udgør et element af afgørende betydning for overholdelsen af beskyttelsen af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger. I modsat fald ville de personer, hvis personoplysninger er blevet lagret, blive berøvet deres ved chartrets artikel 8, stk. 1 og 3, sikrede ret til at indgive en anmodning til de nationale tilsynsmyndigheder med henblik på beskyttelse af deres oplysninger (jf. i denne retning dom Digital Rights-dommen, præmis 68, og dom af 6.10.2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, præmis 41 og 58).

- 124 Det tilkommer de forelæggende retter at efterprøve, om og i hvilket omfang de i hovedsagerne omhandlede nationale lovgivninger overholder de krav, der følger af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, således som disse udførligt er beskrevet i denne doms præmis 115-123, for så vidt angår såvel de kompetente nationale myndigheders adgang til de lagrede data som beskyttelsen af og sikkerhedsniveauet i forbindelse med disse data.
- 125 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det andet spørgsmål i sag C-203/15 og det første spørgsmål i sag C-698/15 besvares med, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at bestemmelsen 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.
- Det andet spørgsmål i sag C-698/15*
- 126 Med det andet spørgsmål i sag C-698/15 ønsker Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager)) nærmere bestemt oplyst, om Domstolen i Digital Rights-dommen har anlagt en videre fortolkning af chartrets artikel 7 og/eller 8 end den, som Menneskerettighedsdomstolen har anlagt for så vidt angår EMRK's artikel 8.
- 127 Indledningsvis bemærkes, at selv om de grundlæggende rettigheder, som er anerkendt i EMRK, udgør generelle principper i EU-retten, således som det bekræftes af artikel 6, stk. 3, TEU, udgør EMRK ikke et retligt instrument, der er formelt integreret i Unionens retsorden, så længe Unionen ikke har tiltrådt den (jf. i denne retning dom af 15.2.2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).
- 128 Den i det foreliggende tilfælde omhandlede fortolkning af direktiv 2002/58 skal således alene anlægges i lyset af de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartret (jf. i denne retning dom af 15.2.2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).
- 129 Endvidere bemærkes, at det fremgår af forklaringerne ad chartrets artikel 52, at chartrets artikel 52, stk. 3, skal sikre den nødvendige sammenhæng mellem chartret og EMRK, »dog uden at dette berører EU-rettens og EU-Domstolens autonomi« (dom af 15.2.2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, præmis 47). Særligt er chartrets artikel 52, stk. 3, første punktum – således som det udtrykkeligt fremgår af chartrets artikel 52, stk. 3, andet punktum – ikke til hinder for, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse end EMRK. Hertil kommer endelig den omstændighed, at chartrets artikel 8 vedrører en grundlæggende rettighed, der adskiller sig fra chartrets artikel 7, og som ikke har noget sidestykke i EMRK.
- 130 Ifølge Domstolens faste praksis er begrundelsen for en anmodning om præjudiciel afgørelse dog ikke, at der skal afgives responsa vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål, men at der skal foreligge et behov med henblik på selve afgørelsen af en retstvist, der vedrører EU-retten (jf. i denne retning dom af 24.4.2012, Kamberaj, C-571/10, EU:C:2012:233, præmis 41, af 26.2.2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 42, og af 27.2.2014, Pohotovost, C-470/12, EU:C:2014:101, præmis 29).

- 131 Henset til de betragtninger, der bl.a. fremgår af denne doms præmis 128 og 129, har spørgsmålet om, hvorvidt beskyttelsen i henhold til chartrets artikel 7 og 8 går videre end den beskyttelse, der er sikret ved EMRK's artikel 8, i det foreliggende tilfælde ingen indflydelse på den fortolkning af direktiv 2002/58, sammenholdt med chartret, som er omhandlet i tvisten i hovedsagen i sag C-698/15.
- 132 Det fremgår således ikke, at en besvarelse af det andet spørgsmål i sag C-698/15 kan tilvejebringe elementer til fortolkning af EU-retten, som er nødvendige for afgørelsen af den nævnte tvist med hensyn til denne ret.
- 133 Det følger heraf, at det andet spørgsmål i sag C-698/15 ikke kan antages til realitetsbehandling.

Sagsomkostningerne

- 134 Da sagernes behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for de forelæggende retter, tilkommer det disse at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

- 1) **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, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at bestemmelsen 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.**
- 2) **Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, som ændret ved direktiv 2009/136, sammenholdt med artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at bestemmelsen 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.**
- 3) **Det andet spørgsmål, der er forelagt af Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager), Det Forenede Kongerige), kan ikke antages til realitetsbehandling.**

Underskrifter

Sagens omkostninger

- ⁷³ Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15. marts 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 er ugyldigt.

Underskrifter



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

2. oktober 2018*

»Præjudiciel forelæggelse – elektronisk kommunikation – behandling af personoplysninger – direktiv 2002/58/EF – artikel 1 og 3 – anvendelsesområde – fortrolighed i forbindelse med elektronisk kommunikation – beskyttelse – artikel 5 og artikel 15, stk. 1 – Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – artikel 7 og 8 – data behandlet i forbindelse med levering af elektroniske kommunikationstjenester – nationale myndigheders adgang til data i forbindelse med en efterforskning – graden af alvor med hensyn til den forbrydelse, der kan begrunde adgang til data«

I sag C-207/16,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Audiencia Provincial de Tarragona (den regionale domstol i Tarragona, Spanien) ved afgørelse af 6. april 2016, indgået til Domstolen den 14. april 2016, i sagen

Ministerio Fiscal

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling),

sammensat af præsidenten, K. Lenaerts, vicepræsidenten, A. Tizzano, afdelingsformændene R. Silva de Lapuerta, T. von Danwitz (refererende dommer), J.L. da Cruz Vilaça, C.G. Fernlund og C. Vajda samt dommerne E. Juhász, A. Borg Barthet, C. Toader, M. Safjan, D. Šváby, M. Berger, E. Jarašiūnas og E. Regan,

generaladvokat: H. Saugmandsgaard Øe

justitssekretær: fuldmægtig L. Carrasco Marco,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 29. januar 2018,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Ministerio Fiscal ved E. Tejada de la Fuente,
- den spanske regering ved M. Sampol Pucurull, som befuldmægtiget,
- den tjekkiske regering ved M. Smolek, J. Vlácil og A. Brabcová, som befuldmægtigede,
- den danske regering ved J. Nymann-Lindegren og M. Wolff, som befuldmægtigede,
- den estiske regering ved N. Grünberg, som befuldmægtiget,

* Processprog: spansk.

- Irland ved M. Browne, L. Williams, E. Creedon og A. Joyce, som befuldmægtigede, bistået af E. Gibson, BL,
- den franske regering ved D. Colas, E. de Moustier og E. Armoet, som befuldmægtigede,
- den lettiske regering ved I. Kucina og J. Davidoviča, som befuldmægtigede,
- den ungarske regering ved M. Fehér og G. Koós, som befuldmægtigede
- den østrigske regering ved C. Pesendorfer, som befuldmægtiget,
- den polske regering ved B. Majczyna, D. Lutostańska og J. Sawicka, som befuldmægtigede,
- Det Forenede Kongeriges regering ved S. Brandon og C. Brodie, som befuldmægtigede, bistået af barrister C. Knight og G. Facenna, QC,
- Europa-Kommissionen ved I. Martínez del Peral, P. Costa de Oliveira, R. Troosters og D. Nardi, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 3. maj 2018, afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører nærmere bestemt fortolkningen af 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) (EFT 2002, L 201, s. 37), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009 (EUT 2009, L 337, s. 11) (herefter »direktiv 2002/58«), sammenholdt med artikel 7 og 8 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).
- 2 Denne anmodning er indgivet i forbindelse med et søgsmål, der er anlagt af Ministerio Fiscal (anklagemyndigheden, Spanien), til prøvelse af afgørelsen fra Juzgado de Instrucción n° 3 de Tarragona (forundersøgelingsdomstol nr. 3 i Tarragona, Spanien, herefter »forundersøgelingsdomstolen«) vedrørende afslag på at give kriminalpolitiet adgang til personoplysninger, der er lagret af leverandører af elektroniske kommunikationstjenester.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 95/46

- 3 I henhold til artikel 2, litra b), i Europa Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT 1995, L 281, s. 31) forstås ved »behandling af personoplysninger« i sidstnævnte »enhver operation eller række af operationer – med eller uden brug af elektronisk databehandling – som personoplysninger gøres til genstand for, f.eks. indsamling,

registrering, systematisering, opbevaring, tilpasning eller ændring, selektion, søgning, brug, videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden form for overladelse, sammenstilling eller samkøring samt blokering, slettelse eller tilintetgørelse«.

4 Dette direktivs artikel 3 med overskriften »Anvendelsesområde« fastsætter:

»1. Dette direktivs bestemmelser anvendes på behandling af personoplysninger, der helt eller delvis foretages ved hjælp af edb, samt på ikke-elektronisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et register.

2. Dette direktiv gælder ikke for sådan behandling af personoplysninger,

- som iværksættes med henblik på udøvelse af aktiviteter, der ikke er omfattet af fællesskabsretten, som f. eks. de aktiviteter, der er fastsat i afsnit V og VI i traktaten om Den Europæiske Union, og under ingen omstændigheder for behandling, der vedrører den offentlige sikkerhed, forsvar, statens sikkerhed (herunder statens økonomiske interesser, når behandlingen er forbundet med spørgsmål vedrørende statens sikkerhed) og statens aktiviteter på det strafferetlige område
- som foretages af en fysisk person med henblik på udøvelse af rent personlige eller familiemæssige aktiviteter.«

Direktiv 2002/58

5 Følgende fremgår af 2., 11., 15. og 21. betragtning til direktiv 2002/58:

»(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 chart[r]ets artikel 7 og 8.

[...]

(11) Ligesom direktiv 95/46/EF 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 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 som fortolket i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols 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 den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.

[...]

(15) En 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. Trafikdata kan omfatte enhver omsættelse af disse oplysninger, der foretages af det kommunikationsnet, hvorigennem kommunikationen transmitteres, med henblik på at gennemføre transmissionen. [...]

[...]

(21) For at beskytte kommunikationshemmeligheden bør der træffes foranstaltninger til at hindre uautoriseret adgang til kommunikation – herunder både selve indholdet og data vedrørende kommunikationen – der finder sted via offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester. Den nationale lovgivning i visse medlemsstater forbyder kun uautoriseret adgang til kommunikation, når det sker med forsæt.«

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

»1. Dette direktiv tager sigte på en harmonisering af medlemsstaternes bestemmelser, der er nødvendig for at sikre et ensartet niveau i beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og navnlig privatlivets fred i forbindelse med behandling af personoplysninger inden for den elektroniske kommunikationssektor, og for at sikre fri omsætning af sådanne oplysninger og af elektronisk kommunikationsudstyr og elektroniske kommunikationstjenester i Fællesskabet.

2. Med henblik på at nå de i stk. 1 omhandlede mål specificerer og supplerer dette direktivs bestemmelser direktiv [95/46]. Nærværende bestemmelser beskytter desuden legitime interesser hos abonnenter, der er juridiske personer.

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.«

7 Artikel 2 i direktiv 2002/58 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 (»ramme«-direktivet) [(EFT 2002, L 108, s. 33)].

Følgende definitioner anvendes også:

[...]

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

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

[...]«

8 Artikel 3 i direktiv 2002/58 med overskriften »Omfattede tjenester« fastsætter:

»Dette direktiv finder anvendelse på behandling af persondata i forbindelse med, at offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester stilles til rådighed via offentlige kommunikationsnet i Fællesskabet, herunder offentlige kommunikationsnet med dataindsamlings- og identifikationsudstyr.«

9 Artikel 5 i direktiv 2002/58 med overskriften »Kommunikationshemmelighed« har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne sikrer kommunikationshemmeligheden ved brug af offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, både for så vidt angår selve kommunikationen og de dermed forbundne trafikdata, via nationale forskrifter. De forbyder især aflytning, registrering, lagring og andre måder, hvorpå samtaler kan opfanges eller overvåges af andre end brugerne, uden at de pågældende brugere har indvilget heri, bortset fra tilfælde, hvor det er tilladt ifølge lovgivningen, jf. artikel 15, stk. 1. [...]

[...]

3. Medlemsstaterne sikrer, at lagring af oplysninger eller opnåelse af adgang til oplysninger, der allerede er lagret i en abonnents eller brugers terminaludstyr, kun er tilladt på betingelse af, at abonnenten eller brugeren har givet sit samtykke hertil efter i overensstemmelse med direktiv 95/46 at have modtaget klare og fyldestgørende oplysninger, bl.a. om formålet med behandlingen. [...]

10 Artikel 6 i direktiv 2002/58 med overskriften »Trafikdata« bestemmer:

»1. Trafikdata vedrørende abonnenter og brugere, som behandles og lagres af udbyderen af et offentligt kommunikationsnet eller en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste, skal slettes eller gøres anonyme, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, jf. dog stk. 2, 3 og 5 samt artikel 15, stk. 1.

2. Med henblik på debitering af abonnenten og afregning for samtrafik er det tilladt at behandle trafikdata. En sådan behandling er tilladt indtil udløbet af den lovbestemte forældelsesfrist for sådanne gældsforpligtelser eller fristen for anfægtelse af sådanne afregninger.

[...]«

11 Nævnte direktivs artikel 15 med overskriften »Anvendelsesområdet for visse bestemmelser i direktiv [95/46]« fastsætter i stk. 1:

»Medlemsstaterne 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 forskrifter skal være i overensstemmelse med fællesskabsrettens generelle principper, herunder principperne i EU-traktatens artikel 6, stk. 1 og 2.«

Spansk ret

Lov nr. 25/2007

- 12 Artikel 1 i 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 2007 (BOE nr. 251 af 19.10.2007, s. 42517) 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.

[...]«

Straffeloven

- 13 Artikel 13, stk. 1, i Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal (straffelov), af 23. november 1995 (BOE nr. 281 af 24.11.1995, s. 33987) har følgende ordlyd:

»Ved alvorlige forbrydelser forstås de overtrædelser, som i henhold til loven straffes med en streng straf.«

- 14 Nævnte lovs artikel 33 fastsætter:

»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.

[...]«

Strafferetsplejeloven

- 15 Efter datoen for omstændighederne i hovedsagen blev Ley de Enjuiciamiento Criminal (strafferetsplejeloven) 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 2015 (BOE nr. 239 af 6.10.2015, s. 90192).

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

17 Strafferetsplejelovens artikel 579, stk. 1, i den affattelse, der blev vedtaget ved organisk lov nr. 13/2015, bestemmer:

»1. Retten 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 Nævnte lovs artikel 588b, litra j), fastsætter:

»1. Elektroniske data, der lagres af tjenesteudbydere 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.

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.«

Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

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

20 Den 27. februar 2015 indgav kriminalpolitiet en anmodning til forundersøgelsesdomstolen om, at diverse udbydere af elektroniske kommunikationstjenester blev pålagt at udlevere de telefonnumre, der var blevet aktiveret i perioden mellem den 16. og 27. februar 2015 med den stjalne mobiltelefons internationale mobiludstørs identitetskode (herefter »IMEI-kode«) samt personoplysningerne om identiteten på de indehavere eller brugere af de telefonnumre, der svarede til de SIM-kort, som var blevet aktiveret med denne kode, såsom deres efternavn, fornavn og eventuelt adresse.

21 Ved kendelse af 5. maj 2015 afslog forundersøgelsesdomstolen denne anmodning. Den fastslog for det første, at den krævede foranstaltning ikke var egnet til at identificere de ansvarlige forbrydere. Den afslog for det andet at imødekomme anmodningen med den begrundelse, at lov nr. 25/2007

begrænsede udlevering af data, der lagres af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, til alvorlige forbrydelser. I overensstemmelse med straffeloven straffes alvorlige forbrydelser med mere end fem års fængsel, mens de forhold, der er genstand for hovedsagen, ikke forekom at kunne udgøre en sådan forbrydelse.

- 22 Anklagemyndigheden har iværksat appel til prøvelse af denne kendelse ved den forelæggende ret og anført, at der burde have været givet tilladelse til udlevering af de omhandlede data på grund af arten af de faktiske omstændigheder og i medfør af en dom fra Tribunal Supremo (øverste domstol, Spanien) af 26. juli 2010 i en tilsvarende sag.
- 23 Den forelæggende ret har anført, at den spanske lovgiver efter nævnte kendelse ændrede strafferetsplejeloven med vedtagelsen af organisk lov nr. 13/2015. Denne lov, som har relevans for udfaldet af søgsmålet i hovedsagen, indførte to nye alternative kriterier med henblik på fastlæggelsen af graden af alvor med hensyn til en forbrydelse. Der er for det første tale om et materielt kriterium, der vedrører adfærd, der har en særligt alvorlig kriminell karakter, og som desuden må anses for særligt skadelig for personlige og kollektive interesser. Den nationale lovgiver anvender for det andet en formel standard, der vedrører den straf, der kan idømmes for den pågældende forbrydelse. Den strafferamme på tre års fængsel, som fastsættes, vil imidlertid omfatte langt størstedelen af forbrydelserne. Den forelæggende ret har desuden anført, at den statslige interesse i at straffe ulovlig adfærd ikke kan begrunde et uforholdsmæssigt indgreb i de grundlæggende rettigheder, som er beskyttet i chartret.
- 24 I denne henseende er nævnte ret af den opfattelse, at direktiv 95/46 og 2002/58 i hovedsagen skaber den krævede forbindelse til chartret. Den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning er således, i overensstemmelse med chartrets artikel 51, stk. 1, omfattet af chartrets anvendelsesområde, på trods af, at Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15. marts 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 (EFT 2006, L 105, s. 54) blev kendt ugyldigt ved dom af 8. april 2014, Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238).
- 25 I den nævnte dom anerkendte Domstolen, at lagring og udlevering af trafikdata udgør et særlig alvorligt indgreb i de rettigheder, der er sikret i chartrets artikel 7 og 8, og identificerede kriterierne for at vurdere overholdelsen af proportionalitetsprincippet, herunder kriteriet om, at der skal være tale om en tilstrækkeligt alvorlig forbrydelse for at retfærdiggøre lagring af data og adgang hertil i forbindelse med en efterforskning.
- 26 På denne baggrund har Audiencia Provincial de Tarragona (regional domstol i Tarragona) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Er det muligt at fastslå, om der er tale om en tilstrækkelig[t] [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 [dom af 8. april 2014, Digital Rights m.fl., C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238] 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?«

Retsforhandlingerne for Domstolen

- 27 Ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 23. maj 2016 blev sagen ved Domstolen udsat på afsigelsen af dom i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl., forenede sager C-203/15 og C-698/15 (dom af 21.12.2016, EU:C:2016:970, herefter »dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl.«). Efter afsigelsen af denne dom blev den forelæggende ret spurgt, om den ønskede at opretholde eller at trække sin anmodning om præjudiciel afgørelse tilbage. Ved skrivelse af 30. januar 2017, indgået til Domstolen den 14. februar 2017, har den forelæggende ret som svar herpå anført, at den er af den opfattelse, at denne dom ikke med tilstrækkelig sikkerhed gør det muligt for den at vurdere den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning i forhold til EU-retten. Den 16. februar 2017 blev sagen for Domstolen derefter genoptaget.

Om de præjudicielle spørgsmål

- 28 Den spanske regering har gjort gældende, dels at Domstolen ikke har kompetence til at besvare anmodningen om præjudiciel afgørelse, dels at denne anmodning ikke kan antages til realitetsbehandling.

Domstolens kompetence

- 29 Den spanske regering har i sine skriftlige indlæg for Domstolen givet udtryk for den holdning, som Det Forenede Kongeriges regering har tilsluttet sig i retsmødet, at Domstolen ikke har kompetence til at besvare anmodningen om præjudiciel afgørelse, fordi hovedsagen i henhold til artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46 og artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58 er udelukket fra anvendelsesområdet for disse to direktiver. Denne sag er derfor ikke omfattet af EU-rettens anvendelsesområde, hvorfor chartret, i overensstemmelse med artikel 51, stk. 1, heri, ikke finder anvendelse.
- 30 Ifølge den spanske regering fastslog Domstolen ganske vist i dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl., at en retsforordning, der regulerer nationale myndigheders adgang til data, der lagres af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58. I det foreliggende tilfælde drejer det sig imidlertid om en offentlige myndigheds anmodning om adgang til personoplysninger, der er lagret af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, i medfør af en retsafgørelse inden for rammerne af en strafferetlig bevisoptagelse. Den spanske regering har deraf konkluderet, at denne anmodning om adgang er en del af de nationale myndigheders udøvelse af ius puniendi, således at den udgør en af staten udøvet aktivitet på det strafferetlige område, der er omfattet af den undtagelse, der er fastsat i artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46 og artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58.
- 31 Med henblik på vurderingen af denne indsigelse om manglende kompetence bemærkes, at artikel 1, stk. 1, i direktiv 2002/58 bestemmer, at dette direktiv fastsætter en harmonisering af de nationale bestemmelser, der er nødvendig for navnlig at sikre et ensartet niveau for beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og navnlig retten til privatlivets fred og fortrolighed i forbindelse med behandling af personoplysninger inden for den elektroniske kommunikationssektor. Nævnte direktivs artikel 1, stk. 2, specificerer og supplerer direktiv 95/46 med henblik på at nå de i stk. 1 omhandlede mål.
- 32 Artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58 udelukker fra sit anvendelsesområde »statens aktiviteter« på de områder, som er nævnt deri, herunder statens aktiviteter på det strafferetlige område og aktiviteter, der vedrører den offentlige sikkerhed, forsvaret, statens sikkerhed, herunder statens økonomiske interesser, når disse aktiviteter er forbundet med spørgsmål vedrørende statens sikkerhed (dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl., præmis 69 og den deri nævnte retspraksis). De aktiviteter, der er nævnt som eksempler heri, er under alle omstændigheder statens eller statslige myndigheders

aktiviteter, der ikke har noget at gøre med området for den enkelte borgers aktiviteter (jf. analogt hvad angår artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46 dom af 10.7.2018, Jehovan Todistajat, C-25/17, EU:C:2018:551, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

- 33 Hvad angår artikel 3 i direktiv 2002/58 fastsætter den, at dette direktiv finder anvendelse på behandling af personoplysninger i forbindelse med, at offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester stilles til rådighed via offentlige kommunikationsnet i EU, herunder offentlige kommunikationsnet med dataindsamlings- og identifikationsudstyr (herefter »elektroniske kommunikationstjenester«). Nævnte direktiv skal derfor anses for at regulere den virksomhed, som udbydere af sådanne tjenester udøver (dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl., præmis 70).
- 34 Hvad angår artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 har Domstolen allerede fastslået, at de retsforskrifter, der er omhandlet i denne bestemmelse, er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, selv om de vedrører statens eller statslige myndigheders aktiviteter, der ikke har noget at gøre med området for den enkelte borgers aktiviteter, og selv om de formål, som sådanne foranstaltninger skal opfylde, i det væsentlige kan sammenholdes med de formål, der forfølges med de i direktivets artikel 1, stk. 3, omhandlede aktiviteter. Dette direktivs artikel 15, stk. 1, forudsætter nemlig nødvendigvis, at de heri omhandlede nationale foranstaltninger er omfattet af nævnte direktivs anvendelsesområde, idet det udtrykkeligt fremgår af direktivet, at medlemsstaterne kun må vedtage sådanne foranstaltninger under iagttagelse af de i direktivet fastsatte betingelser. De retsforskrifter, der er omhandlet i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, regulerer desuden med de i bestemmelsen fastsatte formål for øje den virksomhed, som udøves af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester (jf. i denne retning dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl., præmis 72-74).
- 35 Domstolen har fastslået, at nævnte artikel 15, stk. 1, sammenholdt med artikel 3 i direktiv 2002/58, skal fortolkes således, at det ikke kun er en retsforskrift, der pålægger udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester at lagre trafikdata og lokaliseringsdata, der er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, men også en retsforskrift, der vedrører de nationale myndigheders adgang til de data, som lagres af disse udbydere (jf. i denne retning dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl., præmis 75 og 76).
- 36 Den ved artikel 5, stk. 1, i direktiv 2002/58 sikrede beskyttelse af fortroligheden i forbindelse med den elektroniske kommunikation og de dermed forbundne trafikdata finder nemlig anvendelse på de foranstaltninger, som træffes af andre end brugerne, hvad enten der er tale om private personer eller enheder eller statslige enheder. Direktivet har til formål, således som det bekræftes i 21. betragtning hertil, at hindre uautoriseret »adgang« til kommunikation, herunder »data vedrørende kommunikationen«, med henblik på at beskytte fortroligheden i forbindelse med elektronisk kommunikation (dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl., præmis 77).
- 37 Det skal tilføjes, at de retsforskrifter, der pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at lagre personoplysninger eller at give de kompetente nationale myndigheder adgang til disse data, nødvendigvis indebærer, at disse udbydere behandler de nævnte oplysninger (jf. i denne retning dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl., præmis 75 og 78). Sådanne foranstaltninger kan, for så vidt som de regulerer de nævnte udbyderes virksomhed, således ikke sidestilles med statens aktiviteter, der er omfattet af artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58.
- 38 I det foreliggende tilfælde er den i hovedsagen omhandlede anmodning, hvorved kriminalpolitiet har anmodet om en retskendelse med henblik på at få adgang til de personoplysninger, der lagres af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, således som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, baseret på lov nr. 25/2007, sammenholdt med strafferetsplejeloven i den version, der finder anvendelse på omstændighederne i hovedsagen, der regulerer offentlige myndigheders adgang til sådanne data. Denne lovgivning kan gøre det muligt for kriminalpolitiet, hvis den retskendelse, hvorom der anmodes, anordnes, på grundlag af denne kendelse at kræve af udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester, at de stiller personoplysninger til kriminalpolitikets rådighed, og at de i denne

forbindelse, henset til definitionen i artikel 2, litra b), i direktiv 95/46, der finder anvendelse i forbindelse med direktiv 2002/58 i medfør af dette direktivs artikel 2, stk. 1, foretager en »behandling« af sådanne data, som omhandlet i disse to direktiver. Den nævnte lovgivning regulerer således den virksomhed, der udøves af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, og er derfor omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58.

- 39 På denne baggrund kan den omstændighed, som den spanske regering har anført, hvorefter denne anmodning om adgang er en del af en strafferetlig bevisoptagelse, ikke gøre direktiv 2002/58 uanvendeligt i hovedsagen i medfør af artikel 1, stk. 3, heri.
- 40 Det er desuden i denne henseende uden betydning, at den i hovedsagen omhandlede anmodning om adgang, således som det fremgår af den spanske regerings skriftlige svar på et spørgsmål stillet af Domstolen, og som både denne regering og anklagemyndigheden bekræftede i retsmødet, kun har til formål at give adgang til de telefonnumre, der svarer til de SIM-kort, der var blevet aktiveret med den stjålne mobiltelefons IMEI-kode, samt personoplysningerne om identiteten på indehaverne af disse kort, såsom deres efternavn, fornavn og eventuelt adresse, i modsætning til data vedrørende kommunikation foretaget med de nævnte SIM-kort og lokaliseringsdata vedrørende den stjålne mobiltelefon.
- 41 Som generaladvokaten har anført i punkt 54 i forslaget til afgørelse, regulerer direktiv 2002/58 nemlig, i medfør af dets artikel 1, stk. 1, og dets artikel 3, enhver behandling af personoplysninger inden for rammerne af leveringen af elektroniske kommunikationstjenester. I overensstemmelse med dette direktivs artikel 2, stk. 2, litra b), omfatter begrebet »trafikdata« »data, som behandles med henblik på overføring af kommunikation i et elektronisk kommunikationsnet eller debitering heraf«.
- 42 Hvad i sidstnævnte henseende nærmere angår data om identiteten på indehaverne af SIM-kortene fremgår det af 15. betragtning til direktiv 2002/58, at trafikdata bl.a. kan omfatte efternavn og adresse på kommunikationsafsenderen eller brugeren af en forbindelse til udførelse af kommunikationen. Data om identiteten på indehaverne af SIM-kort kan desuden være nødvendige for debiteringen af leverede elektroniske kommunikationstjenester og er således omfattet af trafikdata som defineret i dette direktivs artikel 2, stk. 2, litra b). Disse data er derfor omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58
- 43 Domstolen har dermed kompetence til at besvare den forelæggende rets spørgsmål.

Om formaliteten

- 44 Den spanske regering har anført, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke kan antages til realitetsbehandling, idet den ikke klart identificerer de EU-retlige bestemmelser, som Domstolen anmodes om at tage stilling til. Den i hovedsagen omhandlede anmodning fra kriminalpolitiet omhandler ikke aflytning af kommunikation foretaget ved hjælp af SIM-kort, der var blevet aktiveret med den stjålne mobiltelefons IMEI-kode, men en sammenkædning af disse kort og deres indehavere, således at kommunikationshemmeligheden ikke berøres. Chartrets artikel 7, som de præjudicielle spørgsmål omhandler, er dermed uden relevans i forbindelse med den foreliggende sag.
- 45 Ifølge Domstolens faste praksis tilkommer det udelukkende den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse. Domstolen kan kun afvise at træffe afgørelse om et præjudicielt spørgsmål forelagt af en national ret, hvis det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, såfremt problemet er af hypotetisk karakter, eller såfremt

Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give en hensigtsmæssig besvarelse af de forelagte spørgsmål (dom af 10.7.2018, Jehovan Tødistajat, C-25/17, EU:C:2018:551, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).

- 46 I den foreliggende sag indeholder forelæggelsesafgørelsen tilstrækkelige faktiske og retlige oplysninger til både at identificere de EU-retlige bestemmelser, som de præjudicielle spørgsmål omhandler, og at forstå rækkevidde af disse spørgsmål. Det fremgår særligt af forelæggelsesafgørelsen, at de præjudicielle spørgsmål tilsigter at give den forelæggende ret mulighed for at vurdere spørgsmålet om, hvorvidt og i hvilket omfang den nationale lovgivning, som den i hovedsagen omhandlede anmodning fra kriminalpolitiet er baseret på, forfølger et formål, der kan begrunde et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i chartrets artikel 7 og 8. Ifølge oplysningerne fra samme ret er denne nationale lovgivning imidlertid omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58, og chartret finder derfor anvendelse på hovedsagen. De præjudicielle spørgsmål er således direkte forbundet med genstanden for tvisten i hovedsagen og kan dermed ikke anses for at være hypotetiske.
- 47 Under disse omstændigheder kan de præjudicielle spørgsmål antages til realitetsbehandling.

Om realiteten

- 48 Med sine to spørgsmål, der skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7 og 8, skal fortolkes således, at offentlige myndigheders adgang til data med henblik på at identificere indehavere af SIM-kort, der er blevet aktiveret med en stjålet mobiltelefon, såsom efternavn, fornavn og eventuelt adresse på disse indehavere, indebærer et indgreb i disse sidstnævntes grundlæggende rettigheder, der er fastsat i de nævnte artikler i chartret, som er så alvorligt, at denne adgang med henblik på forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af straffelovsovertrædelser bør begrænses til bekæmpelse af grov kriminalitet, og i bekræftende fald på baggrund af hvilke kriterier alvoren af den omhandlede forbrydelse skal vurderes.
- 49 I denne henseende fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, således som generaladvokaten har anført i punkt 38 i forslaget til afgørelse, at den præjudicielle anmodning ikke tager sigte på at fastslå, om de i hovedsagen omhandlede personoplysninger er blevet lagret af udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7 og 8. Denne anmodning vedrører, således som det fremgår af nærværende doms præmis 46, kun spørgsmålet om, hvorvidt og i hvilket omfang det formål, der forfølges med den i hovedsagen omhandlede lovgivning, kan begrunde offentlige myndigheders, såsom kriminalpolitiets, adgang til sådanne data, uden at de øvrige betingelser for adgang, der følger af denne artikel 15, stk. 1, er genstand for denne præjudicielle anmodning.
- 50 Den forelæggende ret ønsker særligt oplyst, om de forhold, der skal tages i betragtning med henblik på vurderingen af, om de forbrydelser, med hensyn til hvilke politimyndighederne i forbindelse med en efterforskning kan gives adgang til personoplysninger, der er lagret af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, er tilstrækkeligt alvorlige til at begrunde det indgreb, som en sådan adgang indebærer i de grundlæggende rettigheder, der er fastslået i chartrets artikel 7 og 8, således som fortolket af Domstolen i dom af 8. april 2014, Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238), og dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl.
- 51 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et sådant indgreb i disse grundlæggende rettigheder, bemærkes, således som generaladvokaten har anført i punkt 76 og 77 i forslaget til afgørelse, at offentlige myndigheders adgang til sådanne data udgør et indgreb i den grundlæggende ret til respekt for privatlivet, som er fastsat i chartrets artikel 7, også selv om der ikke foreligger omstændigheder, der gør det muligt at kvalificere dette indgreb som »alvorligt«, og uden at det har betydning, om de videregivne oplysninger er følsomme oplysninger, eller om det nævnte indgreb har

medført eventuelle ubehageligheder for de berørte. En sådan adgang indebærer ligeledes et indgreb i den grundlæggende ret til beskyttelse af personoplysninger, som er sikret i chartrets artikel 8, eftersom den udgør en behandling af personoplysninger (jf. i denne retning udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 124 og 126 samt den deri nævnte retspraksis).

- 52 Hvad angår de formål, som kan begrunde en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der regulerer offentlige myndigheders adgang til oplysninger, der er lagret af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, og som således fraviger princippet om fortrolighed i forbindelse med elektronisk kommunikation, bemærkes, at opregningen af de formål, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58, er udtømmende, således at adgangen til de lagrede data faktisk og præcist skal opfylde et af disse mål (jf. i denne retning dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl., præmis 90 og 115).
- 53 Hvad angår formålet om forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af straffelovsovertrædelser bemærkes, at ordlyden af artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58 ikke begrænser dette formål til kun at omfatte bekæmpelse af alvorlige forbrydelser, men tager sigte på »straffesager« generelt.
- 54 I denne henseende har Domstolen ganske vist fastslået, at det med hensyn til forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af straffelovsovertrædelser kun er bekæmpelse af grov kriminalitet, der kan begrunde offentlige myndigheders adgang til personoplysninger, der er lagret af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, og som tilsammen gør det muligt at drage præcise slutninger vedrørende privatlivet for de personer, hvis data er omhandlet (jf. i denne retning dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl., præmis 99).
- 55 Domstolen har imidlertid begrundet denne fortolkning med den omstændighed, at det formål, der forfølges med en lovgivning, der regulerer denne adgang, skal stå i forhold til alvoren af det indgreb i de omhandlede grundlæggende rettigheder, som denne adgang indebærer (jf. i denne retning dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl., præmis 115).
- 56 I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet er et alvorligt indgreb således kun begrundet med henblik på forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af straffelovsovertrædelser, der har til formål at bekæmpe kriminalitet, der på samme måde kan kvalificeres som »grov«.
- 57 Når det indgreb, som en sådan adgang indebærer, ikke er alvorligt, kan nævnte adgang begrundes med henblik på forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af »straffelovsovertrædelser« generelt.
- 58 Det skal derfor først og fremmest fastslås, om det indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er fastslået i chartrets artikel 7 og 8, som en sådan adgang for kriminalpolitiet til de i hovedsagen omhandlede data i det foreliggende tilfælde indebærer, kan anses for at være »alvorligt«.
- 59 I denne henseende har den i hovedsagen omhandlede anmodning, hvorved kriminalpolitiet i forbindelse med en strafferetlig efterforskning har anmodet om retslig tilladelse til at få adgang til personoplysninger, der er lagret af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, kun til formål at identificere indehaverne af de SIM-kort, der i en periode på 12 dage blev aktiveret med den stjålne mobiltelefons IMEI-kode. Som det anføres i nærværende doms præmis 40, tager denne anmodning kun sigte på adgang til de telefonnumre, der svarer til disse SIM-kort, samt på data om identiteten på indehaverne af de nævnte kort, såsom deres efternavn, fornavn og eventuelt adresse. Disse data omfatter derimod, som både den spanske regering og anklagemyndigheden bekræftede i retsmødet, hverken kommunikationen foretaget med den stjålne mobiltelefon eller lokaliseringen heraf.

- 60 Det fremgår således, at de data, der er omfattet af den i hovedsagen omhandlede anmodning om adgang, kun gør det muligt i en bestemt periode at sammenkæde det eller de SIM-kort, der er blevet aktiveret med den stjalne mobiltelefon, med indehaverne af disse SIM-korts identitet. Uden sammenholdning af data vedrørende den kommunikation, der er foretaget med de nævnte SIM-kort, med lokaliseringsdata, gør disse data det hverken muligt at kende datoen, tidspunktet, varigheden og modtagerne af den kommunikation, der er foretaget med det eller de omhandlede SIM-kort, eller de steder, hvor denne kommunikation har fundet sted eller hyppigheden heraf med visse personer i en bestemt periode. De nævnte data gør det dermed ikke muligt at drage præcise slutninger vedrørende privatlivet for de personer, hvis data er omhandlet.
- 61 Under disse omstændigheder kan adgangen til de data alene, som den i hovedsagen omhandlede anmodning omfatter, ikke kvalificeres som et »alvorligt« indgreb i de grundlæggende rettigheder for de personer, hvis data er omhandlet.
- 62 Som det fremgår af nærværende doms præmis 53-57, kan det indgreb, som en adgang til sådanne data indebærer, være begrundet i det formål om forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af »straffelovsovertrædelser« generelt, som artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58 henviser til, uden at det er nødvendigt, at disse forbrydelser kvalificeres som »alvorlige«.
- 63 Henset til de ovenstående betragtninger skal de forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7 og 8, skal fortolkes således, at offentlige myndigheders adgang til data med henblik på at identificere indehavere af SIM-kort, der er blevet aktiveret med en stjålet mobiltelefon, såsom efternavn, fornavn og eventuelt adresse på disse indehavere, indebærer et indgreb i disse sidstnævntes grundlæggende rettigheder, der er fastsat i de nævnte artikler i chartret, som ikke er så alvorligt, at denne adgang skal begrænses til forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af straffelovsovertrædelser med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet.

Sagsomkostninger

- 64 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

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 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at offentlige myndigheders adgang til data med henblik på at identificere indehavere af SIM-kort, der er blevet aktiveret med en stjålet mobiltelefon, såsom efternavn, fornavn og eventuelt adresse på disse indehavere, indebærer et indgreb i disse sidstnævntes grundlæggende rettigheder, der er fastsat i de nævnte artikler i chartret, som ikke er så alvorligt, at denne adgang skal begrænses til forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af straffelovsovertrædelser med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet.

Underskrifter



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

6. oktober 2020*

»Præjudiciel forelæggelse – behandling af personoplysninger i den elektroniske kommunikationssektor – udbydere af elektroniske kommunikationstjenester – generel og udifferentieret overføring af trafikdata og lokaliseringsdata – beskyttelse af den nationale sikkerhed – direktiv 2002/58/EF – anvendelsesområde – artikel 1, stk. 3, og artikel 3 – fortrolighed af elektronisk kommunikation – beskyttelse – artikel 5 og artikel 15, stk. 1 – Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1 – artikel 4, stk. 2, TEU«

I sag C-623/17,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Investigatory Powers Tribunal (domstol for efterforskningsbeføjelser, Det Forenede Kongerige) ved afgørelse af 18. oktober 2017, indgået til Domstolen den 31. oktober 2017, i sagen

Privacy International

mod

Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs,

Secretary of State for the Home Department,

Government Communications Headquarters,

Security Service,

Secret Intelligence Service,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling),

sammensat af præsidenten, K. Lenaerts, vicepræsidenten, R. Silva de Lapuerta, afdelingsformændene J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, A. Prechal, M. Safjan, P.G. Xuereb og L.S. Rossi samt dommerne J. Malenovský, L. Bay Larsen, T. von Danwitz (refererende dommer), C. Toader, K. Jürimäe, C. Lycourgos og N. Piçarra,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 9. og den 10. september 2019,

* Processprog: engelsk.

efter at der er afgivet indlæg af:

- Privacy International ved B. Jaffey og T. de la Mare, QC, solicitor D. Cashman og avocat H. Roy,
- Det Forenede Kongeriges regering ved Z. Lavery, D. Guðmundsdóttir og S. Brandon, som befuldmægtigede, bistået af G. Facenna og D. Beard, QC, samt af barristers C. Knight og R. Palmer,
- den belgiske regering ved P. Cottin og J.-C. Halleux, som befuldmægtigede, bistået af advocaat J. Vanpraet og avocat E. de Lophem,
- den tjekkiske regering ved M. Smolek, J. Vláčil og O. Serdula, som befuldmægtigede,
- den tyske regering først ved M. Hellmann, R. Kanitz, D. Klebs og T. Henze, derefter ved J. Möller, M. Hellmann, R. Kanitz og D. Klebs, som befuldmægtigede,
- den estiske regering ved A. Kalbus, som befuldmægtiget,
- Irland ved M. Browne, G. Hodge og A. Joyce, som befuldmægtigede, bistået af barrister D. Fennelly,
- den spanske regering først ved L. Aguilera Ruiz og M.J. García-Valdecasas Dorrego, derefter ved L. Aguilera Ruiz, som befuldmægtigede,
- den franske regering først ved E. de Moustier, E. Armoët, A.-L. Desjonquères, F. Alabrune, D. Colas og D. Dubois, derefter ved E. de Moustier, E. Armoët, A.-L. Desjonquères, F. Alabrune og D. Dubois, som befuldmægtigede,
- den cypriotiske regering ved E. Symeonidou og E. Neofytou, som befuldmægtigede,
- den lettiske regering først ved V. Soņeca og I. Kucina, derefter ved V. Soņeca, som befuldmægtigede,
- den ungarske regering først ved G. Koós, M.Z. Fehér, G. Tornyai og Z. Wagner, derefter ved G. Koós og M.Z. Fehér, som befuldmægtigede,
- den nederlandske regering ved C.S. Schillemans og M. Bulterman, som befuldmægtigede,
- den polske regering ved B. Majczyna, J. Sawicka og M. Pawlicka, som befuldmægtigede,
- den portugisiske regering ved L. Inez Fernandes, M. Figueiredo og F. Aragão Homem, som befuldmægtigede,
- den svenske regering først ved A. Falk, H. Shev, C. Meyer-Seitz, L. Zettergren og A. Alriksson, derefter ved H. Shev, C. Meyer-Seitz, L. Zettergren og A. Alriksson, som befuldmægtigede,
- den norske regering ved T.B. Leming, M. Emberland og J. Vangsnes, som befuldmægtigede,
- Europa-Kommissionen først ved H. Kranenborg, M. Wasmeier, D. Nardi og P. Costa de Oliveira, derefter ved H. Kranenborg, M. Wasmeier og D. Nardi, som befuldmægtigede,
- Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse ved T. Zerdick og A. Buchta, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 15. januar 2020,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 3, og 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) (EFT 2002, L 201, s. 37), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009 (EUT 2009, L 337, s. 11) (herefter »direktiv 2002/58«), sammenholdt med artikel 4, stk. 2, TEU og artikel 7 og 8 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).
- 2 Denne anmodning er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Privacy International og Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (minister for udenrigs- og Commonwealth-anliggender, Det Forenede Kongerige), Secretary of State for the Home Department (indenrigsministeren, Det Forenede Kongerige), Government Communications Headquarters (statens kommunikationshovedkvarter, Det Forenede Kongerige) (herefter »GCHQ«), Security Service (sikkerhedstjenesten, Det Forenede Kongerige, herefter »MI5«) og Secret Intelligence Service (efterretningstjenesten, Det Forenede Kongerige, herefter »MI6«) vedrørende lovligheden af en lovgivning, som tillader sikkerheds- og efterretningstjenesternes indsamling og brug af bulk-kommunikationsdata (*bulk communications data*).

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 95/46

- 3 Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT 1995, L 281, s. 31) blev ophævet med virkning fra den 25. maj 2018 ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (EUT 2016, L 119, s. 1). Det nævnte direktivs artikel 3 med overskriften »Anvendelsesområde« havde følgende ordlyd:

»1. Dette direktivs bestemmelser anvendes på behandling af personoplysninger, der helt eller delvis foretages ved hjælp af edb, samt på ikke-elektronisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et register.

2. Dette direktiv gælder ikke for sådan behandling af personoplysninger,

- som iværksættes med henblik på udøvelse af aktiviteter, der ikke er omfattet af fællesskabsretten, som f.eks. de aktiviteter, der er fastsat i afsnit V og VI [TEU], og under ingen omstændigheder for behandling, der vedrører den offentlige sikkerhed, forsvar, statens sikkerhed (herunder statens økonomiske interesser, når behandlingen er forbundet med spørgsmål vedrørende statens sikkerhed) og statens aktiviteter på det strafferetlige område
- som foretages af en fysisk person med henblik på udøvelse af rent personlige eller familiemæssige aktiviteter.«

Direktiv 2002/58

4 2., 6., 7., 11., 22., 26. og 30. betragtning til direktiv 2002/58 har følgende ordlyd:

»(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 [chartrets] artikel 7 og 8.

[...]

(6) Internettet vender op og ned på de traditionelle markedsstrukturer, idet det udgør en fælles, global infrastruktur for fremføring af en lang række elektroniske kommunikationstjenester. Offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester via internettet giver brugerne nye muligheder, men medfører også nye risikomomenter for deres personoplysninger og privatliv.

(7) Med hensyn til offentlige kommunikationsnet bør der træffes særlige foranstaltninger af lovgivningsmæssig, administrativ og teknisk art for at beskytte fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og juridiske personers legitime interesser, navnlig mod den voksende risiko, der er forbundet med automatiseret opbevaring og behandling af oplysninger om abonnenter og brugere.

[...]

(11) Ligesom direktiv [95/46] finder dette direktiv ikke anvendelse på beskyttelse af grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der er forbundet med aktiviteter, der ikke er omfattet af [EU-]retten. 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 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[, undertegnet i Rom den 4. november 1950] som fortolket i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols 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 den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.

[...]

(22) Det er ikke tanken, at forbuddet mod, at der af andre end brugerne eller uden disses samtykke lagres oplysninger og de dertil hørende trafikdata, skal omfatte enhver automatisk, mellemliggende og kortvarig lagring af denne information, når blot lagringen udelukkende sker med henblik på gennemførelse af transmissionen i de elektroniske kommunikationsnet, og oplysningerne ikke lagres længere end det tidsrum, der er nødvendigt for transmissionen og af hensyn til trafikstyringen, forudsat at sikkerhedsbeskyttelsen af oplysningerne i lagringsperioden fortsat er garanteret. Hvis det er nødvendigt for at effektivisere den videre transmission af offentligt tilgængelige oplysninger til andre modtagere af tjenesten efter deres anmodning herom, bør dette direktiv ikke forhindre, at sådanne oplysninger lagres, forudsat at disse oplysninger i alle tilfælde er offentligt tilgængelige uden begrænsninger, og at alle data vedrørende de abonnenter eller brugere, der anmoder om disse oplysninger, slettes.

[...]

- (26) Abonnementoplysninger, som behandles i elektroniske kommunikationsnet ved etablering af en kommunikationsforbindelse og fremføring af information, indeholder oplysninger om fysiske personers privatliv og vedrører retten til respekt for deres korrespondance eller vedrører juridiske personers legitime interesser. Sådanne data må kun lagres i det omfang, det er nødvendigt for tjenestens gennemførelse med henblik på debitering og afregning for samtrafik, og kun i et begrænset tidsrum. [Yderligere behandling af sådanne data må] kun ske, hvis abonnenten har givet sit samtykke hertil på grundlag af en nøjagtig og fuldstændig orientering fra udbyderen af de offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester om arten af den yderligere behandling, han agter at foretage, og om abonnentens ret til at nægte eller tilbagekalde sit samtykke til denne behandling. Trafikdata, som anvendes til markedsføring af udbyderens egne kommunikationstjenester [...], bør ligeledes slettes eller anonymiseres [...]

[...]

- (30) Systemer til levering af elektroniske kommunikationsnet og kommunikationstjenester bør konstrueres, så de begrænser mængden af nødvendige personoplysninger til et absolut minimum. [...]

5 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, og for at sikre fri omsætning af sådanne oplysninger og af elektronisk kommunikationsudstyr og elektroniske kommunikationstjenester i [Den Europæiske Union].

2. Med henblik på at nå de i stk. 1 omhandlede mål specificerer og supplerer dette direktivs bestemmelser direktiv [95/46]. Nærværende bestemmelser beskytter desuden legitime interesser hos abonnenter, der er juridiske personer.

3. Dette direktiv gælder ikke for aktiviteter, der ikke er omfattet af [TEUF], 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.«

6 Dette direktivs artikel 2 med overskriften »Definitioner« er affattet således:

»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) [(EFT 2002, L 108, s. 33)].

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
- 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

[...]«

- 7 Det nævnte direktivs artikel 3 med overskriften »Omfattede tjenester« fastsætter:

»Dette direktiv finder anvendelse på behandling af persondata i forbindelse med, at offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester stilles til rådighed via offentlige kommunikationsnet i [EU], herunder offentlige kommunikationsnet med dataindsamlings- og identifikationsudstyr.«

- 8 Artikel 5 i direktiv 2002/58 med overskriften »Kommunikationshemmelighed« har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne sikrer kommunikationshemmeligheden ved brug af offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, både for så vidt angår selve kommunikationen og de dermed forbundne trafikdata, via nationale forskrifter. De forbyder især aflytning, registrering, lagring og andre måder, hvorpå samtaler kan opfanges eller overvåges af andre end brugerne, uden at de pågældende brugere har indvilget heri, bortset fra tilfælde, hvor det er tilladt ifølge lovgivningen, jf. artikel 15, stk. 1. Dette stykke er ikke til hinder for teknisk lagring, som er nødvendig for overføring af en kommunikation, forudsat at princippet om kommunikationshemmelighed ikke berøres heraf.

[...]

3. Medlemsstaterne sikrer, at lagring af oplysninger eller opnåelse af adgang til oplysninger, der allerede er lagret i en abonnents eller brugers terminaludstyr, kun er tilladt på betingelse af, at abonnenten eller brugeren har givet sit samtykke hertil efter i overensstemmelse med direktiv [95/46] at have modtaget klare og fyldestgørende oplysninger, bl.a. om formålet med behandlingen. Dette er ikke til hinder for teknisk lagring eller adgang til oplysninger, hvis det alene sker med det formål at overføre kommunikation via et elektronisk kommunikationsnet eller er absolut påkrævet for at sætte udbyderen af en informationssamfundstjeneste, som abonnenten eller brugeren udtrykkelig har anmodet om, i stand til at levere denne tjeneste.«

- 9 Artikel 6 i direktiv 2002/58 med overskriften »Trafikdata« bestemmer:

»1. Trafikdata vedrørende abonnenter og brugere, som behandles og lagres af udbyderen af et offentligt kommunikationsnet eller en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste, skal slettes eller gøres anonyme, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, jf. dog stk. 2, 3 og 5, samt artikel 15, stk. 1.

2. Med henblik på debitering af abonnenten og afregning for samtrafik er det tilladt at behandle trafikdata. En sådan behandling er tilladt indtil udløbet af den lovbestemte forældelsesfrist for sådanne gældsforpligtelser eller fristen for anfægtelse af sådanne afregninger.

3. Med henblik på markedsføring af elektroniske kommunikationstjenester eller levering af værdiforøgende tjenester er det tilladt udbyderen af en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste at behandle de i stk. 1 omtalte oplysninger i det omfang og tidsrum, som sådanne tjenester eller markedsføringen kræver, hvis den abonnent eller bruger, som oplysningerne vedrører, forudgående har givet sit samtykke hertil. Brugeren eller abonnenten skal på et hvilket som helst tidspunkt have mulighed for at trække sit samtykke til behandling af trafikdata tilbage.

[...]

5. Behandling af trafikdata i henhold til stk. 1, 2, 3 og 4 må kun foretages af personer, som handler efter bemyndigelse fra udbydere af de offentligt tilgængelige kommunikationsnet og -tjenester, og som er beskæftiget med debitering eller trafikstyring, kundeforespørgsler, afsløring af svig, markedsføring af elektroniske kommunikationstjenester eller levering af en tillægstjeneste, og skal begrænses til det for sådanne aktiviteter nødvendige.«

10 Dette direktivs artikel 9 med overskriften »Lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata« bestemmer i stk. 1:

»Hvis lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, vedrørende brugere af eller abonnenter på de offentlige kommunikationsnet eller offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, kan behandles, må disse data kun behandles, når de er gjort anonyme, eller når brugeren eller abonnenten har givet sit samtykke hertil, og da kun i det omfang og i det tidsrum, som er nødvendigt for levering af en tillægstjeneste. Tjenesteudbyderen skal, inden brugernes eller abonnenternes samtykke indhentes, underrette dem om, hvilken type lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, der behandles, hvorfor og hvor længe de behandles, og om de videregives til en tredjemand med henblik på levering af tillægstjenesten. [...]«

11 Det nævnte direktivs artikel 15 med overskriften »Anvendelsesområdet for visse bestemmelser i direktiv [95/46]« fastsætter i stk. 1:

»Medlemsstaterne 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 [EU-]rettens generelle principper, herunder principperne i EU-traktatens artikel 6, stk. 1 og 2.«

Forordning 2016/679

12 Artikel 2 i forordning 2016/679 bestemmer følgende:

»1. Denne forordning finder anvendelse på behandling af personoplysninger, der helt eller delvis foretages ved hjælp af automatisk databehandling, og på anden ikkeautomatisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et register.

2. Denne forordning gælder ikke for behandling af personoplysninger:

a) under udøvelse af aktiviteter, der falder uden for EU-retten

b) som foretages af medlemsstaterne, når de udfører aktiviteter, der falder inden for rammerne af afsnit V, kapitel 2, i TEU

[...]

d) som foretages af kompetente myndigheder med henblik på at forebygge, efterforske, afsløre eller retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner, herunder beskytte mod og forebygge trusler mod den offentlige sikkerhed.

[...]«

13 Denne forordnings artikel 4 fastsætter følgende:

»I denne forordning forstås ved:

[...]

2) »behandling«: enhver aktivitet eller række af aktiviteter – med eller uden brug af automatisk behandling – som personoplysninger eller en samling af personoplysninger gøres til genstand for, f.eks. indsamling, registrering, organisering, systematisering, opbevaring, tilpasning eller ændring, genfindning, søgning, brug, videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden form for overladelse, sammenstilling eller samkøring, begrænsning, sletning eller tilintetgørelse

[...]«

14 Følgende fremgår af samme forordnings artikel 23, stk. 1:

»EU-ret eller medlemsstaternes nationale ret, som den dataansvarlige eller databehandleren er underlagt, kan ved lovgivningsmæssige foranstaltninger begrænse rækkevidden af de forpligtelser og rettigheder, der er omhandlet i artikel 12-22 og 34 samt artikel 5, for så vidt bestemmelserne heri svarer til rettighederne og forpligtelserne i artikel 12-22, når en sådan begrænsning respekterer det væsentligste indhold af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og er en nødvendig og forholdsmæssig foranstaltning i et demokratisk samfund af hensyn til:

a) statens sikkerhed

b) forsvaret

c) den offentlige sikkerhed

d) forebyggelse, efterforskning, afsløring eller retsforfølgning af strafbare handlinger eller fuldbyrdelse af strafferetlige sanktioner, herunder beskyttelse mod og forebyggelse af trusler mod den offentlige sikkerhed

e) andre vigtige målsætninger i forbindelse med beskyttelse af Unionens eller en medlemsstats generelle samfundsinteresser, navnlig Unionens eller en medlemsstats væsentlige økonomiske eller finansielle interesser, herunder valuta-, budget- og skatteanliggender, folkesundhed og social sikkerhed

f) beskyttelse af retsvæsenets uafhængighed og retssager

g) forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning i forbindelse med brud på etiske regler for lovregulerede erhverv

- h) kontrol-, tilsyns- eller reguleringsfunktioner, herunder opgaver af midlertidig karakter, der er forbundet med offentlig myndighedsudøvelse i de tilfælde, der er omhandlet i litra a)-e) og g)
- i) beskyttelse af den registrerede eller andres rettigheder og frihedsrettigheder
- j) håndhævelse af civilretlige krav.«

15 Følgende er fastsat i artikel 94, stk. 2, i forordning 2016/679:

»Henvisninger til det ophævede direktiv gælder som henvisninger til denne forordning. Henvisninger til Gruppen vedrørende Beskyttelse af Personer i forbindelse med Behandling af Personoplysninger, der er nedsat ved artikel 29 i direktiv [95/46], gælder som henvisninger til Det Europæiske Databeskyttelsesråd oprettet ved denne forordning.«

Det Forenede Kongeriges lovgivning

16 Section 94 i Telecommunications Act 1984 (lov af 1984 om telekommunikation) i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen (herefter »lov af 1984«), med overskriften »Påbud af hensyn til den nationale sikkerhed osv.« bestemmer:

»(1) Ministeren kan efter høring af en person, der er omfattet af denne section, udstede generelle påbud til den pågældende, i det omfang det efter ministerens opfattelse er nødvendigt af hensyn til den nationale sikkerhed eller af hensyn til forbindelserne med regeringen i et land eller territorium uden for Det Forenede Kongerige.

(2) Såfremt ministeren finder det nødvendigt af hensyn til den nationale sikkerhed eller af hensyn til forbindelserne med regeringen i et land eller territorium beliggende uden for Det Forenede Kongerige, kan ministeren efter høring af en person, som denne section finder anvendelse på, udstede påbud (efter omstændighederne i det konkrete tilfælde) til denne person om at udføre eller undlade at udføre en bestemt handling, der beskrives nærmere i påbuddene.

(2A) Ministeren kan kun udstede påbud i henhold til subsection (1) eller (2), hvis ministeren finder, at den adfærd, der kræves i henhold til påbuddene, står i rimeligt forhold til det mål, der skal nås ved denne adfærd.

(3) Den person, som denne section finder anvendelse på, skal gennemføre alle de påbud, som ministeren udsteder til den pågældende i henhold til denne section, uanset de eventuelle andre forpligtelser, der påhviler den pågældende i henhold til Part 1 eller Chapter 1 i Part 2 i Communications Act 2003 [(lov af 2003 om kommunikation)], og i tilfælde af påbud til en udbyder af et offentligt elektronisk kommunikationsnet, selv om påbuddene finder anvendelse på den pågældende i medfør af en anden egenskab end udbyder af adgang til et sådant net.

(4) Ministeren indleverer til hvert parlamentskammer en kopi af eventuelle påbud, der er udstedt i medfør af denne artikel, medmindre en offentliggørelse af de nævnte påbud efter ministerens opfattelse strider mod de nationale sikkerhedsinteresser eller mod forbindelserne med regeringen i et land eller territorium beliggende uden for Det Forenede Kongerige eller en persons forretningsmæssige interesser.

(5) En person må ikke videregive eller i henhold til en lov eller på anden vis pålægges at videregive oplysninger om foranstaltninger, der er truffet i henhold til denne section, hvis ministeren har meddelt vedkommende, at videregivelse af disse oplysninger efter ministerens opfattelse strider mod de nationale sikkerhedsinteresser eller mod forbindelserne med regeringen i et land eller territorium beliggende uden for Det Forenede Kongerige eller en persons forretningsmæssige interesser.

[...]

(8) Denne section finder anvendelse på Office of communications [(telekommunikationsmyndighed, OFCOM)] og udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet.«

17 Section 21 (4) og (6) i Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (lov af 2000 om efterforskningsbeføjelser, herefter »RIPA«) bestemmer:

»(4) [V]ed »kommunikationsdata« forstås enhver af følgende:

- (a) trafikdata indeholdt i eller vedføjet en kommunikation (enten af afsenderen eller på anden måde) i forbindelse med enhver posttjeneste eller ethvert telekommunikationssystem, hvorved den fremføres eller kan fremføres
- (b) oplysninger, som ikke omfatter noget af indholdet af en kommunikation (bortset fra oplysninger, der er omfattet af paragraph (a)) og vedrører anvendelsen fra en persons side:
 - (i) af enhver posttjeneste eller telekommunikationstjeneste eller
 - (ii) i forbindelse med levering til en person eller en persons anvendelse af en telekommunikationstjeneste, af en del af et telekommunikationssystem
- (c) oplysninger, der ikke er omfattet af paragraph (a) eller (b), og som en person, der leverer en posttjeneste eller telekommunikationstjeneste, har registreret eller indsamlet om personer, som tjenesten leveres til.

[...]

(6) [Ved]»trafikdata« i forbindelse med enhver kommunikation forstås:

- (a) alle data, der identificerer eller kan identificere enhver person, anordning eller lokalisering, hvorfra en kommunikation overføres eller kan overføres
- (b) data, der identificerer eller udpeger eller kan identificere eller udpege det udstyr, hvorfra en kommunikation overføres eller kan overføres
- (c) alle data, der indeholder signaler til aktivering af den anvendte anordning i et kommunikationssystem med henblik på overføring af enhver kommunikation, og
- (d) alle data, der identificerer data, der er indeholdt i eller ledsager en specifik kommunikation, eller andre data, for så vidt som de er indeholdt i eller ledsager en specifik kommunikation.

[...]«

18 RIPA's section 65-69 fastsætter reglerne om Investigatory Powers Tribunals (domstol for efterforskningsbeføjelser, Det Forenede Kongerige) virksomhed og kompetencer. I henhold til RIPA's section 65 kan der indgives klage til denne domstol, hvis der er grund til at antage, at data er blevet indsamlet med urette.

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

19 I begyndelsen af 2015 blev oplysninger om den praksis, som Det Forenede Kongeriges forskellige sikkerheds- og efterretningstjenester, dvs. GCHQ, MI5 og MI6, fulgte med hensyn til indsamling og brug af bulk-kommunikationsdata, offentliggjort bl.a. i en rapport fra Intelligence and Security Committee of Parliament (Parlamentets efterretnings- og sikkerhedsudvalg, Det Forenede Kongerige).

Den 5. juni 2015 anlagde den ikke-statslige organisation Privacy International sag ved Investigatory Powers Tribunal (domstol for efterforskningsbeføjelser, Det Forenede Kongerige) mod Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Secretary of State for the Home Department samt de nævnte sikkerheds- og efterretningstjenester, idet denne organisation anfægtede lovligheden af denne praksis.

- 20 Den forelæggende ret undersøgte lovligheden af den nævnte praksis i første omgang på grundlag af national ret og bestemmelserne i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«), og derefter EU-retten. I dom af 17. oktober 2016 fastslog denne ret, at de sagsøgte i hovedsagen havde anerkendt, at de nævnte sikkerheds- og efterretningstjenester i forbindelse med deres virksomhed havde indsamlet og anvendt samlinger af oplysninger om privatpersoner i forskellige kategorier (*bulk personal data*), såsom biografiske oplysninger eller oplysninger vedrørende rejser, finansielle eller kommercielle oplysninger, oplysninger i forbindelse med kommunikation, som kan indeholde følsomme oplysninger, der er omfattet af tavshedspligt, eller journalistisk materiale. Disse oplysninger, der var blevet indsamlet på forskellige – eventuelt hemmelige – måder, var blevet analyseret ved krydstjek og ved hjælp af automatiserede behandlinger, var blevet videregivet til andre personer og myndigheder og var blevet delt med udenlandske partnere. I denne forbindelse havde sikkerheds- og efterretningstjenesterne ligeledes anvendt bulk-kommunikationsdata, der var indsamlet hos udbydere af offentlige elektroniske kommunikationsnet, navnlig i henhold til ministerielle instrukser vedtaget på grundlag af section 94 i lov af 1984. GCHQ og MI5 havde anvendt denne fremgangsmåde siden henholdsvis 2001 og 2005.
- 21 Den nævnte ret fandt, at disse foranstaltninger med henblik på indsamling og brug af oplysninger var i overensstemmelse med national ret, og at disse foranstaltninger siden 2015 med forbehold af de endnu ikke undersøgte spørgsmål om forholdsmæssigheden af de nævnte foranstaltninger og om videregivelse af oplysninger til tredjeparter, havde været i overensstemmelse med EMRK's artikel 8. I sidstnævnte henseende præciserede den forelæggende ret, at den havde fået forelagt beviser vedrørende de gældende garantier, bl.a. for så vidt angår procedurerne for adgang og videregivelse uden for sikkerheds- og efterretningstjenesterne, metoderne for lagring af oplysninger og eksistensen af uafhængige kontroller.
- 22 Hvad angår lovligheden af de i hovedsagen omhandlede foranstaltninger med henblik på indsamling og brug i forhold til EU-retten undersøgte den forelæggende ret i dom af 8. september 2017, om disse foranstaltninger var omfattet af EU-rettens anvendelsesområde, og i bekræftende fald, om de var forenelige med EU-retten. Denne ret fastslog for så vidt angår bulk-kommunikationsdata, at udbydere af elektroniske kommunikationsnet i henhold til section 94 i lov af 1984 i tilfælde af et påbud fra en minister var forpligtet til at udlevere de data, der var indsamlet i forbindelse med deres økonomiske virksomhed, der var omfattet af EU-retten, til sikkerheds- og efterretningstjenesterne. Dette var derimod ikke tilfældet for så vidt angår indsamlingen af andre data, der blev indsamlet af disse tjenester uden at gøre brug af sådanne bindende beføjelser. På grundlag af denne konstatering har den forelæggende ret fundet det nødvendigt at forelægge Domstolen en række spørgsmål med henblik på at få fastslået, om en ordning som den, der følger af denne section 94, er omfattet af EU-retten, og i bekræftende fald, om og i givet fald på hvilken måde kravene ifølge den retspraksis, der følger af dom af 21. december 2016, *Tele2 Sverige og Watson m.fl.* (C-203/15 og C-698/15, herefter »Tele2-dommen«, EU:C:2016:970), finder anvendelse på denne ordning.
- 23 I denne henseende har den forelæggende ret i anmodningen om præjudiciel afgørelse anført, at en minister i henhold til den nævnte section 94 kan udstede generelle eller specifikke påbud til udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, hvis sådanne påbud efter ministerens opfattelse er nødvendige af hensyn til den nationale sikkerhed eller forbindelserne til en udenlandsk regering. Denne ret har under henvisning til definitionerne i RIPA's section 21 (4) og (6), præciseret, at de omhandlede data omfatter trafikdata og oplysninger om de anvendte tjenester som omhandlet i denne sidstnævnte bestemmelse, idet kun indholdet af kommunikationen er udelukket. Disse data og

oplysninger gør det navnlig muligt at få kendskab til, »hvem, hvor, hvornår og hvordan« en kommunikation finder sted. De nævnte data videregives til sikkerheds- og efterretningstjenesterne og lagres af disse i forbindelse med deres aktiviteter.

- 24 Ifølge den forelæggende ret adskiller den i hovedsagen omhandlede ordning sig fra den, der følger af Data Retention and Investigatory Powers Act 2014 (lov af 2014 om lagring af data og undersøgelsesbeføjelser), der var omhandlet i den sag, som gav anledning til dom af 21. december 2016, *Tele2* (C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970), eftersom det med sidstnævnte ordning blev fastsat, at udbydere af elektroniske kommunikationstjenester skulle lagre data og stille dem til rådighed ikke blot for sikkerheds- og efterretningstjenester af hensyn til den nationale sikkerhed, men ligeledes andre offentlige myndigheder på baggrund af deres behov. Denne dom vedrørte i øvrigt en strafferetlig efterforskning og ikke den nationale sikkerhed.
- 25 Den forelæggende ret har tilføjet, at sikkerheds- og efterretningstjenesternes databaser er genstand for en automatiseret og ikke-specifik massebehandling med henblik på at afsløre, om der foreligger eventuelle ukendte trusler. I denne forbindelse har den nævnte ret anført, at de således oprettede metadatasæt bør være så fuldstændige som muligt, således at man skal lede i en »høstak« for at finde den deri skjulte »nål«. Hvad angår nytten af de nævnte tjenesters indsamling af massedata og af mulighederne for søgning i disse oplysninger har den forelæggende ret navnlig henvist til konklusionerne i den rapport, der blev udarbejdet den 19. august 2016 af David Anderson, QC, som var den daværende United Kingdom Independent Reviewer of Terrorism Legislation (Det Forenede Kongeriges uafhængige tilsynsførende i forbindelse med terrorlovgivningen), som med henblik på udarbejdelsen af denne rapport støttede sig på en undersøgelse foretaget af et hold efterretningsspecialister og på vidneforklaringer fra ansatte i sikkerheds- og efterretningstjenesterne.
- 26 Den forelæggende ret har endvidere præciseret, at den i hovedsagen omhandlede ordning ifølge Privacy International er ulovlig i henhold til EU-retten, mens de sagsøgte i hovedsagen er af den opfattelse, at den i henhold til denne ordning fastsatte forpligtelse til at foretage overføring af data, adgangen til disse data samt brugen heraf ikke er omfattet af Den Europæiske Unions kompetencer i overensstemmelse med bl.a. artikel 4, stk. 2, TEU, hvorefter den nationale sikkerhed forbliver den enkelte medlemsstats eneansvar.
- 27 I denne henseende har den forelæggende ret med henvisning til dom af 30. maj 2006, Parlamentet mod Rådet og Kommissionen (C-317/04 og C-318/04, EU:C:2006:346, præmis 56-59), der vedrørte videregivelse af PNR-oplysninger (*Passenger Name Record*) med henblik på at beskytte den offentlige sikkerhed, fundet, at handelsselskabers aktiviteter i forbindelse med behandling og videregivelse af data med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed ikke forekommer at være omfattet af EU-rettens anvendelsesområde. Det skal ikke undersøges, om den omhandlede aktivitet udgør databehandling, men kun, om formålet med en sådan aktivitet efter sit indhold og virkninger er at støtte en central statslig funktion som omhandlet i artikel 4, stk. 2, TEU inden for en ramme, der af de offentlige myndigheder er fastlagt med hensyn til den offentlige sikkerhed.
- 28 Såfremt de i hovedsagen omhandlede foranstaltninger ikke desto mindre er omfattet af EU-retten, er den forelæggende ret af den opfattelse, at kravene i præmis 119-125 i dom af 21. december 2016, *Tele2* (C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970), forekommer irrelevante i forbindelse med den nationale sikkerhed og kan hindre sikkerheds- og efterretningstjenesternes evne til at begrænse visse trusler mod den nationale sikkerhed.
- 29 På denne baggrund har Investigatory Powers Tribunal (domstol for efterforskningsbeføjelser) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»I en situation, hvor

- a) [sikkerheds- og efterretningstjenesterne]s mulighed for at bruge [bulk-kommunikationsdata] indgivet til [disse tjenester] er afgørende for beskyttelsen af den nationale sikkerhed i Det Forenede Kongerige, herunder som led i bekæmpelse af terrorisme, kontraspionage og bekæmpelse af spredningen af atomvåben
- b) et grundlæggende formål med sikkerheds- og efterretnings[tjenesternes] brug af [bulk-kommunikationsdata] er at afdække hidtil ukendte trusler mod den nationale sikkerhed ved hjælp af ikkemårettede bulk-teknikker, der afhænger af, at [bulk-kommunikationsdata] er samlet på ét sted, idet dataene primært bidrager til hurtig identifikation og udvikling af mål og danner grundlag for handling i tilfælde af overhængende fare, idet dataene primært bidrager til hurtig identifikation og udvikling af mål og danner grundlag for handling i tilfælde af overhængende fare
- c) udbyderen af et elektronisk kommunikationsnet[...] ikke efterfølgende er forpligtet til at lagre [bulk-kommunikationsdata] (efter det tidsrum, der stilles krav om i forbindelse med deres almindelige virksomhed), som opbevares af de offentlige myndigheder (sikkerheds- og efterretnings[tjenesterne]) alene
- d) den nationale domstol (med nogle få forbehold) har fastslået, at de sikkerhedsforanstaltninger, der er forbundet med sikkerheds- og efterretnings[tjenesternes] brug af [bulk-kommunikationsdata], er i overensstemmelse med kravene i EMRK, og
- e) den nationale domstol har fastslået, at fastsættelsen af de krav, der fremgår af præmis 119-125 i dom [af 21. december 2016, Tele2 (C-203/15 og C-698/15 (EU:C:2016:970))], i givet fald ville begrænse de foranstaltninger, som [sikkerheds- og efterretningstjenesterne] træffer for at beskytte den nationale sikkerhed, og dermed bringe Det Forenede Kongeriges nationale sikkerhed i fare
- 1) og idet der henvises til artikel 4 TEU og artikel 1, stk. 3, i direktiv [2002/58], gælder det da, at et krav i en afgørelse truffet af en [minister] om, at en udbyder af et elektronisk kommunikationsnet[...] skal udlevere bulk-kommunikationsdata til en medlemsstats sikkerheds- og efterretnings[tjenester], er omfattet af EU-retten og [direktiv 2002/58]?
- 2) Hvis [det] første spørgsmål besvares bekræftende: Finder nogen af [de krav, der gælder for lagrede kommunikationsdata, og som fremgår af præmis 119-125 i dom af 21. december 2016, Tele2 (C-203/15 og C-698/15 (EU:C:2016:970))] eller eventuelle andre krav ud over kravene i EMRK, anvendelse på en sådan afgørelse truffet af en [minister]? Hvis det er tilfældet, hvordan og i hvilket omfang finder de pågældende krav da anvendelse, idet der tages højde for, at det er tvingende nødvendigt, at sikkerheds- og efterretnings[tjenesterne] kan indsamle bulk-kommunikationsdata og bruge automatiserede behandlingsteknikker for at beskytte den nationale sikkerhed, og for, i hvor høj grad denne mulighed, såfremt den i øvrigt er i overensstemmelse med EMRK, risikerer at blive begrænset i kritisk omfang ved indførelsen af sådanne krav?«

De præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

- 30 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 4, stk. 2, TEU, skal fortolkes således, at en national lovgivning, hvorefter en statslig myndighed kan pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at overføre trafikdata og lokaliseringsdata til sikkerheds- og efterretningstjenesterne med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed, er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.

- 31 I denne henseende har Privacy International i det væsentlige anført, at henset til den lære, som kan drages af Domstolens praksis vedrørende anvendelsesområdet for direktiv 2002/58, er både sikkerheds- og efterretningstjenesternes indsamling af data hos disse udbydere i henhold til section 94 i lov af 1984, og de nævnte tjenesters anvendelse heraf omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, uanset om de nævnte oplysninger indsamles ved overføring med forsinkelse eller i realtid. Navnlig det forhold, at formålet om beskyttelse af den nationale sikkerhed udtrykkeligt er anført i det nævnte direktivs artikel 15, stk. 1, indebærer ikke, at dette direktiv ikke finder anvendelse på sådanne situationer, og artikel 4, stk. 2, TEU påvirker ikke denne bedømmelse.
- 32 Det Forenede Kongeriges regering, den tjekkiske og den estiske regering, Irland samt den franske, den cypriotiske, den ungarske, den polske og den svenske regering har derimod i det væsentlige gjort gældende, at direktiv 2002/58 ikke finder anvendelse på den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, for så vidt som denne lovgivning har til formål at beskytte den nationale sikkerhed. Efterretningstjenesternes aktiviteter henhører under medlemsstaternes centrale funktioner vedrørende opretholdelse af lov og orden samt beskyttelse af den interne sikkerhed og den territoriale integritet, og dermed under medlemsstaternes enekompetence, således som det bl.a. fremgår af artikel 4, stk. 2, tredje punktum, TEU.
- 33 Ifølge disse regeringer kan direktiv 2002/58 derfor ikke fortolkes således, at nationale foranstaltninger til beskyttelse af den nationale sikkerhed er omfattet af dets anvendelsesområde. Dette direktivs artikel 1, stk. 3, afgrænser dette anvendelsesområde og udelukker i lighed med, hvad der allerede fremgik af artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46, de aktiviteter, der vedrører den offentlige sikkerhed, forsvaret og statens sikkerhed herfra. Disse bestemmelser afspejler den i artikel 4, stk. 2, TEU, fastsatte kompetencefordeling, og ville miste deres effektive virkning, hvis foranstaltninger vedrørende beskyttelse af den nationale sikkerhed skulle overholde kravene i direktiv 2002/58. I øvrigt kan den praksis fra Domstolen, der følger af dom af 30. maj 2006, Parlamentet mod Rådet og Kommissionen (C-317/04 og C-318/04, EU:C:2006:346), og som vedrørte artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46, overføres på artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58.
- 34 Det skal i denne henseende bemærkes, at det af artikel 1, stk. 1, i direktiv 2002/58 fremgår, at dette direktiv bl.a. 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.
- 35 Dette direktivs artikel 1, stk. 3, udelukker fra sit anvendelsesområde »statens aktiviteter« på de områder, som er nævnt deri, herunder statens aktiviteter på det strafferetlige område og aktiviteter, der vedrører den offentlige sikkerhed, forsvaret, statens sikkerhed, herunder statens økonomiske interesser, når disse aktiviteter er forbundet med spørgsmål vedrørende statens sikkerhed. De aktiviteter, der er nævnt som eksempler heri, er under alle omstændigheder statens eller statslige myndigheders aktiviteter, der ikke har noget at gøre med området for den enkelte borgers aktiviteter (dom af 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).
- 36 Det fremgår endvidere af artikel 3 i direktiv 2002/58, at dette direktiv finder anvendelse på behandling af personoplysninger i forbindelse med, at offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester stilles til rådighed via offentlige kommunikationsnet i Unionen, herunder offentlige kommunikationsnet med dataindsamlings- og identifikationsudstyr (herefter »de elektroniske kommunikationstjenester«). Det nævnte direktiv skal derfor anses for at regulere den virksomhed, som udbydere af sådanne tjenester udøver (dom af 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

- 37 I denne henseende gør artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 det muligt for medlemsstaterne under iagttagelse af de i direktivet fastsatte betingelser at vedtage »retsforskrifter med henblik på at indskrænke rækkevidden af de rettigheder og forpligtelser, der omhandles i [dette direktivs] artikel 5, artikel 6, artikel 8, stk. 1, 2, 3 og 4, og artikel 9« (dom af 21.12.2016, Tele2, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 71).
- 38 Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 forudsætter imidlertid nødvendigvis, at de heri omhandlede nationale retsforskrifter er omfattet af det nævnte direktivs anvendelsesområde, idet det af direktivet udtrykkeligt fremgår, at medlemsstaterne kun må vedtage sådanne retsforskrifter under iagttagelse af de i direktivet fastsatte betingelser. Sådanne retsforskrifter regulerer desuden med de i bestemmelsen fastsatte formål for øje den virksomhed, som udøves af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester (dom af 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).
- 39 Domstolen fastslog bl.a. ud fra disse betragtninger, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med dette direktivs artikel 3, skal fortolkes således, at det ikke kun er en retsforskrift, der pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at lagre trafikdata og lokaliseringsdata, der er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, men også en retsforskrift, der pålægger disse udbydere at give de kompetente nationale myndigheder adgang til disse data. Sådanne retsforskrifter indebærer nemlig nødvendigvis, at de nævnte udbydere behandler de nævnte oplysninger, og kan, for så vidt som de regulerer de nævnte udbyderes virksomhed, ikke sidestilles med statens aktiviteter, der er omfattet af det nævnte direktivs artikel 1, stk. 3 (jf. i denne retning dom af 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 35 og 37 og den deri nævnte retspraksis).
- 40 For så vidt angår en retsforskrift som section 94 i lov af 1984, på grundlag af hvilken den kompetente myndighed kan pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester et påbud om at videregive massedata ved overføring til sikkerheds- og efterretningstjenesterne, skal det bemærkes, at begrebet »behandling af personoplysninger« i henhold til definitionen i artikel 4, nr. 2), i forordning 2016/679, der finder anvendelse i medfør af artikel 2 i direktiv 2002/58, sammenholdt med den nævnte forordnings artikel 94, stk. 2, omfatter »enhver aktivitet eller række af aktiviteter – med eller uden brug af automatisk behandling – som personoplysninger eller en samling af personoplysninger gøres til genstand for, f.eks. indsamling, [...] opbevaring, [...] søgning, brug, videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden form for overladelse [...]«.
- 41 Det følger heraf, at videregivelse af personoplysninger ved transmission, ligesom opbevaring af oplysninger eller enhver anden form for overladelse, udgør en behandling som omhandlet i artikel 3 i direktiv 2002/58, og følgelig henhører under dette direktivs anvendelsesområde (jf. i denne retning dom af 29.1.2008, Promusicae, C-275/06, EU:C:2008:54, præmis 45).
- 42 Henset til de betragtninger, der fremgår af denne doms præmis 38, og til den generelle opbygning af direktiv 2002/58 ville en fortolkning af dette direktiv, hvorefter de retsforskrifter, der er nævnt i dets artikel 15, stk. 1, er udelukket fra det nævnte direktivs anvendelsesområde som følge af, at de formål, som sådanne retsforskrifter skal opfylde, i det væsentlige kan sammenholdes med de formål, der forfølges med de i dette samme direktivs artikel 1, stk. 3, omhandlede aktiviteter, endvidere fratage denne artikel 15, stk. 1, enhver effektiv virkning (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, Tele2, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 72 og 73).
- 43 Begrebet »aktiviteter«, der er anvendt i artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58, kan, således som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 75 i forslag til afgørelse La Quadrature du Net m.fl. (C-511/18 og C-512/18, EU:C:2020:6), hvortil generaladvokaten har henvist i punkt 24 i forslaget til afgørelse i den foreliggende sag, derfor ikke fortolkes således, at det omfatter de retsforskrifter, der er omhandlet i dette direktivs artikel 15, stk. 1.

- 44 Artikel 4, stk. 2, TEU, som de regeringer, der er nævnt i denne doms præmis 32, har henvist til, kan ikke rejse tvivl om denne konklusion. Det fremgår nemlig af Domstolens faste praksis, at selv om det tilkommer medlemsstaterne at fastsætte deres væsentlige sikkerhedsinteresser og at træffe de nødvendige foranstaltninger til at opretholde deres indre og ydre sikkerhed, kan alene den omstændighed, at en national foranstaltning er blevet truffet med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed, ikke medføre, at EU-retten ikke finder anvendelse, og fritage medlemsstaterne fra at sikre den nødvendige overholdelse af denne ret (jf. i denne retning dom af 4.6.2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis, af 20.3.2018, Kommissionen mod Østrig (Statstrykkeri), C-187/16, EU:C:2018:194, præmis 75 og 76, og af 2.4.2020, Kommissionen mod Polen, Ungarn og Den Tjekkiske Republik (Midlertidig flytningsordning for ansøgere om international beskyttelse), C-715/17, C-718/17 og C-719/17, EU:C:2020:257, præmis 143 og 170).
- 45 Det er korrekt, at Domstolen i dom af 30. maj 2006, Parlamentet mod Rådet og Kommissionen (C-317/04 og C-318/04, EU:C:2006:346, præmis 56-59), fastslog, at luftfartsselskabers videregivelse af personoplysninger til offentlige myndigheder i et tredjeland med henblik på at forebygge og bekæmpe terrorisme og andre alvorlige forbrydelser i henhold til artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46 ikke var omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, eftersom denne en sådan videregivelse skete inden for rammer, der var indført af de offentlige myndigheder, og som vedrørte den offentlige sikkerhed.
- 46 Henset til de betragtninger, der fremgår af denne doms præmis 36, 38 og 39, kan denne retspraksis imidlertid ikke overføres på fortolkningen af artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58. Således som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 70-72 i forslag til afgørelse La Quadrature du Net m.fl. (C-511/18 og C-512/18, EU:C:2020:6), udelukkede artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46, som den nævnte retspraksis omhandlede, nemlig generelt »behandling, der vedrører den offentlige sikkerhed, forsvar, statens sikkerhed«, fra dette sidstnævnte direktivs anvendelsesområde, uden at foretage en sontring ud fra, hvem der havde behandlet de pågældende data. Det er i forbindelse med fortolkningen af artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58, til gengæld nødvendigt at foretage en sådan sontring. Som det fremgår af denne doms præmis 37-39 og 42, henhører al behandling af personoplysninger, der foretages af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, nemlig under det nævnte direktivs anvendelsesområde, herunder de behandlinger, der følger af de forpligtelser, som disse udbydere er pålagt af de offentlige myndigheder, selv om disse sidstnævnte behandlinger i givet fald kunne være omfattet af anvendelsesområdet for den undtagelse, der er fastsat i artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46, som følge af den bredere formulering af denne bestemmelse, der omhandler alle behandlinger, uanset hvem der foretager dem, og som vedrører den offentlige sikkerhed, forsvaret eller statens sikkerhed.
- 47 Det skal i øvrigt bemærkes, at direktiv 95/46, der var genstand for den sag, der gav anledning til dom af 30. maj 2006, Parlamentet mod Rådet og Kommissionen (C-317/04 og C-318/04, EU:C:2006:346), i henhold til artikel 94, stk. 1, i forordning 2016/679 blev ophævet og erstattet af denne sidstnævnte forordning med virkning fra den 25. maj 2018. Selv om det af den nævnte forordnings artikel 2, stk. 2, litra d), fremgår, at denne forordning ikke gælder for behandlinger, som foretages af »kompetente myndigheder« med henblik på bl.a. at forebygge og afsløre strafbare handlinger, herunder beskytte og forebygge trusler mod den offentlige sikkerhed, fremgår det af samme forordnings artikel 23, stk. 1, litra d) og h), at behandling af personoplysninger, der af privatpersoner foretages med henblik på de samme formål, er omfattet af forordningens anvendelsesområde. Det følger heraf, at den ovenfor anførte fortolkning af artikel 1, stk. 3, artikel 3 og artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 er i overensstemmelse med den afgrænsning af anvendelsesområdet for forordning 2016/679, som dette direktiv supplerer og præciserer.
- 48 Når medlemsstaterne direkte vedtager foranstaltninger, der fraviger kravet om fortrolighed i forbindelse med elektronisk kommunikation uden at pålægge de udbydere, der tilbyder denne form for kommunikation, behandlingsforpligtelser, henhører beskyttelsen af de pågældende personoplysninger til gengæld ikke under direktiv 2002/58, men udelukkende under national ret, dog med forbehold af anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/680 af 27. april 2016 om beskyttelse

af fysiske personer i forbindelse med kompetente myndigheders behandling af personoplysninger med henblik på at forebygge, efterforske, afsløre eller retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af Rådets rammeafgørelse 2008/977/RIA (EUT 2016, L 119, s. 89), hvilket indebærer, at de omhandlede foranstaltninger skal overholde bl.a. de nationale regler, der har forfatningsrang, og de krav, der følger af EMRK.

- 49 Henset til ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 1, stk. 3, artikel 3 og artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 4, stk. 2, TEU, skal fortolkes således, at en national lovgivning, hvorefter en statslig myndighed kan pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at overføre trafikdata og lokaliseringsdata til sikkerheds- og efterretningstjenesterne med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed, er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.

Det andet spørgsmål

- 50 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 4, stk. 2, TEU og chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en statslig myndighed kan pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at foretage generel og udifferentieret overføring af trafikdata og lokaliseringsdata til sikkerheds- og efterretningstjenesterne med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed.
- 51 Indledningsvis bemærkes, at ifølge oplysningerne i anmodningen om præjudiciel afgørelse giver section 94 i lov af 1984 ministeren mulighed for, hvis det efter dennes opfattelse er nødvendigt af hensyn til den nationale sikkerhed eller forbindelserne til en udenlandsk regering, ved påbud at pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at overføre bulk-kommunikationsdata til sikkerheds- og efterretningstjenesterne, idet disse data omfatter trafikdata og lokaliseringsdata samt oplysninger om de anvendte tjenester som omhandlet i RIPA's section 21 (4) og (6). Sidstnævnte bestemmelse omfatter bl.a. de data, der er nødvendige for at spore kilden til en kommunikation og dens bestemmelsessted, fastslå en kommunikations dato, tidspunkt, varighed og type, identificere det anvendte kommunikationsudstyr samt foretage lokalisering af terminaludstyret og kommunikationerne, dvs. de data, der navnlig omfatter navn og adresse på brugeren, telefonnummer på den, der foretager opkaldet, og det kaldte nummer, IP-adresserne på kilden til og modtageren af kommunikationen samt adresserne for besøgte websteder.
- 52 En sådan videregivelse ved overføring af data vedrører alle brugere af elektroniske kommunikationsmidler, uden at det præciseres, om denne overføring skal ske i realtid eller med forsinkelse. Efter overføringen lagres disse oplysninger ifølge oplysningerne i anmodningen om præjudiciel afgørelse af sikkerheds- og efterretningstjenesterne og står fortsat til rådighed for disse tjenester i forbindelse med deres aktiviteter i lighed med de andre databaser, som disse tjenester råder over. De således indsamlede data, der undergives automatiseret massebehandling og analyse, kan især krydstjekkes med andre databaser, der indeholder forskellige kategorier af massepersonoplysninger, eller videregives uden for disse tjenester og til tredjelande. Endelig kræver disse aktiviteter ikke forudgående tilladelse fra en domstol eller en uafhængig administrativ enhed og giver ikke anledning til at foretage underretning af de berørte personer.
- 53 Som det bl.a. fremgår af sjette og syvende betragtning til direktiv 2002/58, har dette direktiv til formål at beskytte brugerne af elektroniske kommunikationstjenester mod de risikomomenter for deres personoplysninger og privatliv, der følger af anvendelsen af ny teknologi, og navnlig den øgede mulighed for at foretage automatiseret opbevaring og behandling af oplysninger. Det nævnte direktiv søger, således som det fremgår af anden betragtning hertil, især at sikre fuld overholdelse af de rettigheder, der er nævnt i chartrets artikel 7 og 8. Det fremgår i denne henseende af begrundelsen til

forslaget til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (KOM(2000) 385 endelig), der lå til grund for direktiv 2002/58, at EU-lovgiver ønskede »at sikre, at der fortsat garanteres en høj grad af beskyttelse af personoplysninger og privatlivets fred i forbindelse med alle elektroniske kommunikationstjenester, uanset hvilken teknologi der anvendes«.

- 54 Det fremgår i denne henseende af artikel 5, stk. 1, i direktiv 2002/58, at »[m]edlemsstaterne sikrer kommunikationshemmeligheden ved brug af offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, både for så vidt angår selve kommunikationen og de dermed forbundne trafikdata, via nationale forskrifter«. Det anføres ligeledes i denne bestemmelse, at »[medlemsstaterne] især [forbyder] aflytning, registrering, lagring og andre måder, hvorpå samtaler kan opfanges eller overvåges af andre end brugerne, uden at de pågældende brugere har indvilget heri, bortset fra tilfælde, hvor det er tilladt ifølge lovgivningen, jf. artikel 15, stk. 1«, og det præciseres, at »[d]ette stykke [ikke er] til hinder for teknisk lagring, som er nødvendig for overføring af en kommunikation, forudsat at princippet om kommunikationshemmelighed ikke berøres heraf«.
- 55 Denne artikel 5, stk. 1, i direktiv 2002/58 fastsætter således princippet om fortrolighed i forbindelse med såvel elektronisk kommunikation som de dermed forbundne trafikdata og indebærer navnlig, at det for andre end brugerne principielt er forbudt for enhver at lagre denne kommunikation og disse data, uden at disse brugere har givet samtykke hertil. Henset til den generelle karakter af denne bestemmelses ordlyd omfatter den nødvendigvis enhver handling, som giver tredjemand mulighed for at få kendskab til kommunikationen og de dermed forbundne data til andre formål end overføring af en kommunikation.
- 56 Det i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2002/58 anførte forbud mod at registrere kommunikation og de dermed forbundne data omfatter derfor alle de situationer, hvor udbydere af elektroniske kommunikationstjenester stiller trafikdata og lokaliseringsdata til rådighed for offentlige myndigheder, såsom sikkerheds- og efterretningstjenester, og hvor disse myndigheder foretager lagring af de nævnte data, uanset hvorledes disse data efterfølgende anvendes.
- 57 EU-lovgiver har således med vedtagelsen af dette direktiv konkretiseret de rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, hvilket indebærer, at brugerne af elektroniske kommunikationsmidler principielt med rette kan forvente, at deres kommunikation og de dermed forbundne data forbliver anonyme, så længe de ikke har givet deres samtykke og ikke kan gøres til genstand for registrering (dom af 6.10.2020, *La Quadrature du Net m.fl.*, forenede sager C-511/18, C-512/18 og C-520/18, præmis 109).
- 58 Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 gør det imidlertid muligt for medlemsstaterne at indføre undtagelser til såvel den i dette direktivs artikel 5, stk. 1, fastsatte principielle forpligtelse til at sikre fortroligheden af personoplysninger som til de tilsvarende forpligtelser, der bl.a. er anført i det nævnte direktivs artikel 6 og 9, hvis en sådan indskrænkning er nødvendig, passende og forholdsmæssig i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, forsvaret, den offentlige sikkerhed, eller forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning i straffesager eller uautoriseret brug af det elektroniske kommunikationssystem. Med henblik herpå kan medlemsstaterne bl.a. vedtage retsforordninger om lagring af data i en begrænset periode, som kan begrundes i et af disse hensyn.
- 59 Når dette er sagt, kan den mulighed for at fravige de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat i artikel 5, 6 og 9 i direktiv 2002/58, ikke begrundes, at en fravigelse af den principielle pligt til at sikre fortroligheden af elektronisk kommunikation og de dermed forbundne data og navnlig af det forbud mod at lagre disse data, der udtrykkeligt er fastsat i dette direktivs artikel 5, bliver hovedreglen (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 89 og 104, og af 6.10.2020, *La Quadrature du Net m.fl.*, forenede sager C-511/18, C-512/18 og C-520/18, præmis 111).

- 60 Det fremgår endvidere af artikel 15, stk. 1, tredje punktum, i direktiv 2002/58, at medlemsstaterne kun har mulighed for at vedtage retsfor skrifter med henblik på at indskrænke rækkevidden af de rettigheder og forpligtelser, der er omhandlet i dette direktivs artikel 5, 6 og 9, såfremt dette sker i overensstemmelse med EU-rettens generelle principper, som bl.a. omfatter proportionalitetsprincippet, og de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartret. Domstolen har i denne henseende allerede fastslået, at den pligt, som en medlemsstat i henhold til en national lovgivning har pålagt udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, til at lagre trafikdata med henblik på i påkommende tilfælde at gøre dem tilgængelige for de kompetente nationale myndigheder, ikke blot rejser en række spørgsmål vedrørende overholdelsen af chartrets artikel 7 og 8, der vedrører henholdsvis respekten for privatlivet og beskyttelsen af personoplysninger, men ligeledes vedrørende artikel 11, der omhandler ytringsfriheden (jf. i denne retning dom af 8.4.2014, Digital Rights Ireland m.fl., C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 25 og 70, og af 21.12.2016, Tele2, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 91 og 92 og den deri nævnte retspraksis).
- 61 Disse spørgsmål opstår ligeledes i forbindelse med andre former for databehandling, såsom overføring til andre end brugerne eller adgang til disse data med henblik på at anvende dem (jf. analogt udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 122 og 123 og den deri nævnte retspraksis).
- 62 I forbindelse med fortolkningen af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 skal der således tages hensyn til betydningen af såvel retten til respekt for privatlivet, der er sikret ved chartrets artikel 7, som retten til beskyttelse af personoplysninger, der er sikret ved dette charters artikel 8, således som denne betydning fremgår af Domstolens praksis, og retten til ytringsfrihed, idet denne grundlæggende rettighed, der er sikret ved chartrets artikel 11, udgør et af de væsentlige grundlag for et demokratisk og pluralistisk samfund, og er en del af de værdier, som Unionen i overensstemmelse med artikel 2 TEU er støttet på (jf. i denne retning dom af 6.3.2001, Connolly mod Kommissionen, C-274/99 P, EU:C:2001:127, præmis 39, og af 21.12.2016, Tele2, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 93 og den deri nævnte retspraksis).
- 63 De rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7, 8 og 11, er imidlertid ikke absolutte rettigheder, men skal ses i sammenhæng med deres funktion i samfundet (jf. i denne retning dom af 16.7.2020, Facebook Ireland og Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, præmis 172 og den deri nævnte retspraksis).
- 64 Som det fremgår af chartrets artikel 52, stk. 1, tillader dette charter nemlig begrænsninger i udøvelsen af disse rettigheder, for så vidt som disse begrænsninger er fastlagt i lovgivningen og respekterer de nævnte rettigheders væsentligste indhold, og for så vidt som disse begrænsninger under iagttagelse af proportionalitetsprincippet er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.
- 65 Det skal tilføjes, at kravet om, at enhver begrænsning af udøvelsen af de grundlæggende rettigheder skal være fastlagt i lovgivningen, indebærer, at det retsgrundlag, som tillader et indgreb i disse rettigheder, selv skal definere rækkevidden af begrænsningen af udøvelsen af den pågældende rettighed (dom af 16.7.2020, Facebook Ireland og Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, præmis 175 og den deri nævnte retspraksis).
- 66 Hvad angår overholdelsen af proportionalitetsprincippet bestemmer artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58, at medlemsstaterne kan vedtage en foranstaltning, der fraviger princippet om fortroligheden af kommunikation og de dermed forbundne trafikdata, når en sådan foranstaltning er »nødvendig, passende og forholdsmæssig i et demokratisk samfund« af hensyn til de formål, der er nævnt i denne bestemmelse. Det fremgår af 11. betragtning til dette direktiv, at en foranstaltning af denne art skal stå i »åbenbart« rimeligt forhold til det mål, der forfølges.

- 67 Det skal i denne henseende bemærkes, at det af Domstolens faste praksis fremgår, at beskyttelsen af den grundlæggende ret til respekt for privatlivet kræver, at undtagelserne til og begrænsningerne af beskyttelsen af personoplysninger holdes inden for det strengt nødvendige. Desuden kan et mål af almen interesse ikke forfølges uden hensyntagen til den omstændighed, at dette mål skal forenes med de grundlæggende rettigheder, der er berørt af foranstaltningen, ved at foretage en rimelig afvejning mellem målet og de pågældende interesser og rettigheder (jf. i denne retning dom af 16.12.2008, Satakunnan Markkinapörssi og Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, præmis 56, og af 9.11.2010, Volker und Markus Schecke og Eifert, C-92/09 og C-93/09, EU:C:2010:662, præmis 76, 77 og 86, og af 8.4.2014, Digital Rights Ireland m.fl., C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 52, samt udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 140).
- 68 For at opfylde kravet om proportionalitet skal en lovgivning fastsætte klare og præcise regler, der regulerer rækkevidden og anvendelsen af den pågældende foranstaltning, og som opstiller en række mindstekrav, således at de personer, hvis personoplysninger er berørt, råder over tilstrækkelige garantier, der gør det muligt effektivt at beskytte disse oplysninger mod risikoen for misbrug. Denne lovgivning skal være retligt bindende i national ret og navnlig angive, under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser der kan vedtages en foranstaltning om behandling af sådanne oplysninger, hvorved det sikres, at indgrebet begrænses til det strengt nødvendige. Nødvendigheden af at råde over sådanne garantier er så meget desto større, når personoplysningerne er undergivet en automatiseret behandling, navnlig når der eksisterer en betydelig risiko for ulovlig adgang til disse oplysninger. Disse betragtninger gør sig især gældende, når der er tale om beskyttelse af den særlige kategori af personoplysninger, som følsomme oplysninger udgør (jf. i denne retning dom af 8.4.2014, Digital Rights Ireland m.fl., C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 54 og 55, og af 21.12.2016, Tele2, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 117, samt udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 141).
- 69 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede opfylder kravene i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, skal det bemærkes, at overføring af trafikdata og lokaliseringsdata til andre end brugerne, såsom sikkerheds- og efterretningstjenester, fraviger princippet om fortrolighed. Da denne aktivitet som i det foreliggende tilfælde foretages generelt og udifferentieret, bevirker den, at undtagelsen fra den principielle forpligtelse til at sikre datafortroligheden gøres til hovedreglen, mens den ved direktiv 2002/58 indførte ordning opstiller et krav om, at en sådan fravigelse forbliver undtagelsen.
- 70 Dertil kommer, at overføring af trafikdata og lokaliseringsdata til en tredjemand ifølge Domstolens faste praksis udgør et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, uanset hvad disse data efterfølgende bruges til. I denne henseende er det ikke afgørende, om de pågældende oplysninger vedrørende privatlivet er følsomme, eller om dette indgreb har medført eventuelle ubehageligheder for de berørte (jf. i denne retning udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 124 og 126 og den deri nævnte retspraksis, og dom af 6.10.2020, La Quadrature du Net m.fl., forenede sager C-511/18, C-512/18 og C-520/18, præmis 115 og 116).
- 71 Det indgreb, som overføring af trafikdata og lokaliseringsdata til sikkerheds- og efterretningstjenesterne indebærer i den rettighed, som er fastsat i chartrets artikel 7, skal anses for at være særligt alvorligt, henset til bl.a. den følsomme karakter af de oplysninger, som disse data kan give adgang til, og navnlig muligheden for på grundlag heraf at lave en profil af de berørte personer, idet en sådan oplysning er lige så følsom som selve indholdet af kommunikationen. Den er i øvrigt egnet til at skabe en følelse hos de berørte personer af, at deres privatliv er genstand for konstant overvågning (jf. analogt dom af 8.4.2014, Digital Rights Ireland m.fl., C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 27 og 37, og af 21.12.2016, Tele2, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 99 og 100).

- 72 Det skal endvidere bemærkes, at overføring af trafikdata og lokaliseringsdata til offentlige myndigheder med henblik på sikkerhedsmæssige formål i sig selv kan medføre et indgreb i retten til respekt for kommunikation, der er sikret ved chartrets artikel 7, og have afskrækkende virkninger, der kan afholde brugerne af elektroniske kommunikationsmidler fra at udøve deres ret til ytringsfrihed, der er sikret ved chartrets artikel 11. Sådanne afskrækkende virkninger kan navnlig påvirke de personer, hvis kommunikation i henhold til nationale bestemmelser er undergivet tavshedspligt, og de whistleblowere, hvis aktiviteter er beskyttet i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1937 af 23. oktober 2019 om beskyttelse af personer, der indberetter overtrædelser af EU-retten (EUT 2019, L 305, s. 17). Disse virkninger er desuden så meget desto mere alvorlige i betragtning af, at der er tale om store mængder af lagrede data af meget forskellig art (jf. i denne retning dom af 8.4.2014, Digital Rights Ireland m.fl., C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 28, af 21.12.2016, Tele2, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 101, og af 6.10.2020, La Quadrature du Net m.fl., forenede sager C-511/18, C-512/18 og C-520/18, præmis 118).
- 73 Henset endelig til den store mængde trafikdata og lokaliseringsdata, der løbende kan lagres ved hjælp af en generel og udifferentieret lagringsforanstaltning, og den følsomme karakter af de oplysninger, som disse data kan give adgang til, medfører alene den omstændighed, at udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester lagrer de nævnte data, en risiko for misbrug og ulovlig adgang.
- 74 Hvad angår de formål, som kan begrunde sådanne indgreb, nærmere bestemt det i hovedsagen omhandlede formål om at beskytte den nationale sikkerhed, skal det indledningsvis bemærkes, at det af artikel 4, stk. 2, TEU fremgår, at den nationale sikkerhed forbliver den enkelte medlemsstats eneansvar. Dette ansvar svarer til den primære interesse i at beskytte statens væsentlige funktioner og grundlæggende samfundsinteresser og omfatter forebyggelse og bekæmpelse af aktiviteter, der alvorligt kan destabilisere et lands grundlæggende forfatningsmæssige, politiske, økonomiske eller sociale strukturer og navnlig direkte true samfundet, befolkningen eller staten som sådan, såsom bl.a. terrorvirksomhed (dom af 6.10.2020, La Quadrature du Net m.fl., forenede sager C-511/18, C-512/18 og C-520/18, præmis 135).
- 75 Formålet om beskyttelse af den nationale sikkerhed, sammenholdt med artikel 4, stk. 2, TEU, vejer tungere end de andre formål, der er indeholdt i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, bl.a. formålet om bekæmpelse af kriminalitet i almindelighed, herunder også grov kriminalitet og om beskyttelse af den offentlige sikkerhed. Trusler som dem, der er nævnt i den foregående præmis, adskiller sig nemlig på grund af deres art og særligt alvorlige karakter fra den generelle risiko for, selv alvorlige, spændinger eller forstyrrelser for den offentlige sikkerhed. Med forbehold for overholdelsen af de øvrige krav, der er fastsat i chartrets artikel 52, stk. 1, kan formålet om beskyttelse af den nationale sikkerhed derfor begrunde foranstaltninger, der indebærer indgreb i de grundlæggende rettigheder, som er mere alvorlige end dem, som disse andre formål kan begrunde (dom af 6.10.2020, La Quadrature du Net m.fl., forenede sager C-511/18, C-512/18 og C-520/18, præmis 136).
- 76 For at opfylde kravet om proportionalitet, der er nævnt i denne doms præmis 67, ifølge hvilket undtagelserne fra og begrænsningerne af beskyttelsen af personoplysninger skal holdes inden for det strengt nødvendige, skal en national lovgivning, som indebærer et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, overholde de krav, der følger af den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 65, 67 og 68.
- 77 Hvad særligt angår en myndigheds adgang til personoplysninger kan en lovgivning ikke begrænse sig til at opstille et krav om, at myndighedernes adgang til oplysningerne opfylder formålet med denne lovgivning, men skal tillige fastsætte de materielle og processuelle betingelser for denne brug (jf. analogt udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 192 og den deri nævnte retspraksis).

- 78 For så vidt som en generel adgang til samtlige lagrede data – når der ikke foreligger nogen forbindelse, selv indirekte, til det forfulgte mål – ikke kan anses for at være begrænset til det strengt nødvendige, skal en national lovgivning, der regulerer adgang til trafikdata og lokaliseringsdata, således være baseret på objektive kriterier med henblik på fastlæggelsen af de omstændigheder og betingelser, hvorunder de kompetente nationale myndigheder skal gives adgang til de pågældende data (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 119 og den deri nævnte retspraksis).
- 79 Disse krav gælder så meget desto mere for en lovgivningsmæssig foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede, på grundlag af hvilken den kompetente nationale myndighed kan pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at foretage generel og udifferentieret overføring af trafikdata og lokaliseringsdata til sikkerheds- og efterretningstjenesterne. En sådan overføring bevirker nemlig, at disse data stilles til rådighed for de offentlige myndigheder (jf. analogt udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 212).
- 80 Eftersom overføringen af trafikdata og lokaliseringsdata sker på en generel og udifferentieret måde, vedrører den generelt alle personer, der gør brug af elektroniske kommunikationstjenester. Den finder dermed anvendelse selv på personer, for hvis vedkommende der ikke findes noget som helst indicium for, at deres adfærd kan have – selv en indirekte eller fjern – forbindelse til formålet om beskyttelse af den nationale sikkerhed, og navnlig uden at det er godtgjort, at der er en forbindelse mellem de data, der skal overføres, og en trussel mod den offentlige sikkerhed (jf. i denne retning dom af 8.4.2014, *Digital Rights Ireland m.fl.*, C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 57 og 58, og af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 105). Henset til den omstændighed, at overføringen af sådanne oplysninger til de offentlige myndigheder i overensstemmelse med, hvad der er konstateret i denne doms præmis 79, svarer til en adgang, skal det fastslås, at en lovgivning, der tillader en generel og udifferentieret overføring af data til de offentlige myndigheder, indebærer en generel adgang.
- 81 Heraf følger, at en national lovgivning, der pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at foretage generel og udifferentieret overføring af trafikdata og lokaliseringsdata til sikkerheds- og efterretningstjenesterne, overskrider det strengt nødvendige og kan i et demokratisk samfund ikke anses for at være begrundet, således som det er påkrævet i henhold til artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 4, stk. 2, TEU, og chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1.
- 82 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det andet spørgsmål besvares med, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 4, stk. 2, TEU og chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en statslig myndighed kan pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at foretage generel og udifferentieret overføring af trafikdata og lokaliseringsdata til sikkerheds- og efterretningstjenesterne med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed.

Sagsomkostninger

- 83 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra de nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

- 1) Artikel 1, stk. 3, artikel 3 og 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 4, stk. 2, TEU, skal fortolkes således, at en national lovgivning, hvorefter en statslig myndighed kan pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at overføre trafikdata og lokaliseringsdata til sikkerheds- og efterretningstjenesterne med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed, er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.
- 2) Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, som ændret ved direktiv 2009/136, sammenholdt med artikel 4, stk. 2, TEU og artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en statslig myndighed kan pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at foretage generel og udifferentieret overføring af trafikdata og lokaliseringsdata til sikkerheds- og efterretningstjenesterne med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed.

Underskrifter



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

6. oktober 2020*

[Tekst berigtiget ved kendelse af 16. november 2020]

Indhold

Retsforskrifter	6
EU-retten	6
Direktiv 95/46	6
Direktiv 97/66	7
Direktiv 2000/31	7
Direktiv 2002/21	9
Direktiv 2002/58	9
Forordning 2016/679	13
Fransk ret	17
Lov om indre sikkerhed	17
Lov om postvæsen og elektronisk kommunikation	22
Lov nr. 2004-575 af 21. juni 2004 om tillid til den digitale økonomi	24
Dekret 2011-219	25
Belgisk ret	26
Tvisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål	28
Sag C-511/18	28
Sag C-512/18	30

* Processprog: fransk.

Sag C-520/18	31
Retsforhandlingerne for Domstolen	33
De præjudicielle spørgsmål	33
De første spørgsmål i sagerne C-511/18 og C-512/18 og det første og det andet spørgsmål i sag C-520/18.....	33
Indledende bemærkninger	34
Anvendelsesområdet for direktiv 2002/58	35
Fortolkningen af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58	38
– De lovgivningsmæssige foranstaltninger, der foreskriver forebyggende lagring af trafikdata og lokaliseringsdata med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed	43
– De lovgivningsmæssige foranstaltninger, der foreskriver forebyggende lagring af trafikdata og lokaliseringsdata med henblik på bekæmpelse af kriminalitet og beskyttelse af den offentlige sikkerhed	44
– De lovgivningsmæssige foranstaltninger, der foreskriver forebyggende lagring af IP-adresser og data vedrørende personers identitet med henblik på bekæmpelse af kriminalitet og beskyttelse af den offentlige sikkerhed	46
– De lovgivningsmæssige foranstaltninger, der foreskriver hurtig lagring af trafikdata og lokaliseringsdata med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet	48
Det andet og det tredje spørgsmål i sag C-511/18	50
Automatiseret analyse af trafikdata og lokaliseringsdata	51
Indsamling i realtid af trafikdata og lokaliseringsdata	53
Underretning af de personer, hvis oplysninger er blevet indsamlet eller analyseret	54
Det andet spørgsmål i sag C-512/18	55
Det tredje spørgsmål i sag C-520/18.....	58
Sagsomkostninger	61

»Præjudiciel forelæggelse – behandling af personoplysninger i den elektroniske kommunikationssektor – udbydere af elektroniske kommunikationstjenester – udbydere af hostingtjenester og udbydere af internetadgang – generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata – automatiseret dataanalyse – adgang til data i realtid – beskyttelse af den nationale sikkerhed og bekæmpelse af terrorisme – bekæmpelse af kriminalitet – direktiv 2002/58/EF – anvendelsesområde – artikel 1, stk. 3, og artikel 3 – fortrolighed af elektronisk kommunikation – beskyttelse – artikel 5 og artikel 15, stk. 1 – direktiv 2000/31/EF – anvendelsesområde – Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – artikel 4, 6-8 og 11 samt artikel 52, stk. 1 – artikel 4, stk. 2, TEU«

I de forenede sager C-511/18, C-512/18 og C-520/18,

angående anmodninger om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Frankrig) ved afgørelser af 26. juli 2018, indgået til Domstolen den 3. august 2018 (sag C-511/18 og sag C-512/18), og af Cour constitutionnelle (forfatningsdomstol, Belgien) ved afgørelse af 19. juli 2018, indgået til Domstolen den 2. august 2018 (sag C-520/18), i sagerne

La Quadrature du Net (sag C-511/18 og sag C-512/18),

French Data Network (sag C-511/18 og sag C-512/18),

Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs (sag C-511/18 og sag C-512/18),

Igwan.net (sag C-511/18),

mod

Premier ministre (sag C-511/18 og sag C-512/18),

Garde des Sceaux, ministre de la Justice (sag C-511/18 og sag C-512/18),

Ministre de l'Intérieur (sag C-511/18),

Ministre des Armées (sag C-511/18), procesdeltager:

Privacy International (sag C-512/18),

Center for Democracy and Technology (sag C-512/18),

og

Ordre des barreaux francophones et germanophone,

Académie Fiscale ASBL,

UA,

Liga voor Mensenrechten ASBL,

Ligue des Droits de l'Homme ASBL,

VZ,

WY,

XX

mod

Conseil des ministres,

procesdeltager:

Child Focus (sag C-520/18),

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling),

sammensat af præsidenten, K. Lenaerts, vicepræsidenten, R. Silva de Lapuerta, afdelingsformændene J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, A. Prechal, M. Safjan, P.G. Xuereb og L.S. Rossi samt dommerne J. Malenovský, L. Bay Larsen, T. von Danwitz (refererende dommer), C. Toader, K. Jürimäe, C. Lycourgos og N. Piçarra,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 9. og den 10. september 2019,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Quadrature du Net, Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, Igwan.net og Center for Democracy and Technology ved avocat A. Fitzjean Ò Cobhthaigh,
- French Data Network ved avocat Y. Padova,
- Privacy International ved avocat H. Roy,
- Ordre des barreaux francophones et germanophone ved avocats E. Kiehl, P. Limbrée, E. Lemmens, A. Cassart og J.-F. Henrotte,
- Académie Fiscale ASBL og UA ved J.-P. Riquet,
- Liga voor Mensenrechten ASBL ved avocat J. Vander Velpen,
- Ligue des Droits de l'Homme ASBL ved avocats R. Jaspers og J. Fermon,
- VZ, WY og XX ved avocat D. Pattyn,
- Child Focus ved avocats N. Buisseret, K. De Meester og J. Van Cauter,
- den franske regering først ved D. Dubois, F. Alabrune, D. Colas, E. de Moustier og A.-L. Desjonquères, derefter ved D. Dubois, F. Alabrune, E. de Moustier og A.-L. Desjonquères, som befuldmægtigede,
- den belgiske regering ved J.-C. Halleux, P. Cottin og C. Pochet, som befuldmægtigede, bistået af avocats J. Vanpraet, Y. Peeters, S. Depré og E. de Lophem,
- den tjekkiske regering ved M. Smolek, J. Vlácil og O. Serdula, som befuldmægtigede,
- den danske regering først ved J. Nymann-Lindegren, M. Wolff og P. Ngo, derefter ved J. Nymann-Lindegren og M. Wolff, som befuldmægtigede,

- den tyske regering, først ved J. Möller, M. Hellmann, E. Lankenau, R. Kanitz og T. Henze, derefter ved J. Möller, M. Hellmann, E. Lankenau og R. Kanitz, som befuldmægtigede,
- den estiske regering ved N. Grünberg og A. Kalbus, som befuldmægtigede,
- Irland ved A. Joyce, M. Browne og G. Hodge, som befuldmægtigede, bistået af D. Fennelly, BL,
- den spanske regering først ved L. Aguilera Ruiz og A. Rubio González, derefter ved L. Aguilera Ruiz, som befuldmægtigede,
- den cypritiske regering ved E. Neofytou, som befuldmægtiget,
- den lettiske regering ved V. Soņeca, som befuldmægtiget,
- den ungarske regering først ved Z. Fehér og Z. Wagner, derefter ved Z. Fehér, som befuldmægtigede,
- den nederlandske regering ved M.K. Bulterman og M.A.M. de Ree, som befuldmægtigede,
- den polske regering ved B. Majczyna, J. Sawicka og M. Pawlicka, som befuldmægtigede,
- den svenske regering først ved H. Shev, H. Eklinder, C. Meyer-Seitz og A. Falk, derefter ved H. Shev, H. Eklinder, C. Meyer-Seitz et J. Lundberg, som befuldmægtigede,
- Det Forenede Kongeriges regering ved S. Brandon, som befuldmægtiget, bistået af G. Facenna, QC, og barrister C. Knight,
- [slettet ved kendelse af 16. november 2020],
- Europa-Kommissionen først ved H. Kranenborg, M. Wasmeier og P. Costa de Oliveira, derefter ved H. Kranenborg og M. Wasmeier, som befuldmægtigede,
- Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse ved T. Zerdick og A. Buchta, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 15. januar 2020,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af for det første 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) (EFT 2002, L 201, s. 37), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009 (EUT 2009, L 337, s. 11) (herefter »direktiv 2002/58«), og for det andet artikel 12-15 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked («direktivet om elektronisk handel») (EFT 2000, L 178, s. 1), sammenholdt med artikel 4, 6-8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) og artikel 4, stk. 2, TEU.

- 2 Anmodningen i sag C-511/18 er blevet indgivet i forbindelse med tvister mellem på den ene side Quadrature du Net, French Data Network, Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs (sammenslutning af udbydere af internetadgang) og Igwan.net og på den anden side Premier ministre (premierministeren, Frankrig), Garde des Sceaux, ministre de la Justice (justitsministeren, Frankrig), ministre de l'Intérieur (indenrigsministeren, Frankrig) og ministre des Armées (forsvarsministeren, Frankrig) vedrørende lovligheden af décret n° 2015-1185, du 28 septembre 2015, portant désignation des services spécialisés de renseignement (dekret 2015-1185 af 28.9.2015 om udpegning af specialiserede efterretningstjenester, JORF af 29.9.2015, tekst 1 af 97, herefter »dekret 2015-1185«), af décret n° 2015-1211, du 1^{er} octobre 2015, relatif au contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'État (dekret 2015-1211 af 1.10.2015 om retstvister vedrørende anvendelse af efterretningsteknikker, som kræver tilladelse, og vedrørende datasæt af betydning for statens sikkerhed, JORF af 2.10.2015, tekst 7 af 108, herefter »dekret 2015-1211«), af décret n° 2015-1639, du 11 décembre 2015, relatif à la désignation des services autres que les services spécialisés de renseignement, autorisés à recourir aux techniques mentionnées au titre V du livre VIII du code de la sécurité intérieure, pris en application de l'article L. 811-4 du code de la sécurité intérieure (dekret 2015-1639 af 11.12.2015 om udpegning af andre tjenester end specialiserede efterretningstjenester, som er godkendt til at anvende de teknikker, der er nævnt i afsnit V i bog VIII i lov om indre sikkerhed, vedtaget i medfør af artikel L. 811-4 i lov om indre sikkerhed, JORF af 12.12.2015, tekst 28 af 127, herefter »dekret 2015-1639«), og af décret n° 2016-67, du 29 janvier 2016, relatif aux techniques de recueil de renseignement (dekret 2016-67 af 29.1.2016 om teknikker til indsamling af efterretninger, JORF af 31.1.2016, tekst 2 af 113, herefter »dekret 2016-67«).
- 3 Anmodningen i sag C-512/18 er blevet indgivet i forbindelse med tvister mellem på den ene side French Data Network, Quadrature du Net og Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs (sammenslutning af udbydere af internetadgang) og på den anden side Premier ministre (premierministeren, Frankrig) og Garde des Sceaux, ministre de la justice (justitsministeren, Frankrig) vedrørende lovligheden af artikel R. 10-13 i code des postes et des communications électroniques (lov om postvæsen og elektronisk kommunikation, herefter »CPCE«) og af décret n° 2011-219, du 25 février 2011, relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne (dekret 2011-219 af 25.2.2011 om lagring og kommunikation af data, der gør det muligt at identificere enhver person, der har bidraget til at skabe onlineindhold, JORF af 1.3.2011, tekst 32 af 170, herefter »dekret 2011-219«).
- 4 Anmodningen i sag C-520/18 er blevet indgivet i forbindelse med tvister mellem på den ene side Ordre des barreaux francophones et germanophone (forening af fransktalende og tysktalende advokater), Académie Fiscale ASBL (akademi for skatteret), UA, Liga voor Mensenrechten ASBL (forening for menneskerettigheder), Ligue des Droits de l'Homme ASBL (forening for menneskerettigheder), VZ, WY og XX og på den anden side Conseil des ministres (ministerrådet, Belgien) vedrørende lovligheden af loi du 29 mai 2016 relative à la collecte et à la conservation des données dans le secteur des communications électroniques (lov om indsamling og lagring af data i den elektroniske kommunikationssektor, *Moniteur belge* af 18.7.2016, s. 44717, herefter »lov af 29. maj 2016«).

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 95/46

- 5 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT 1995, L 281, s. 31) blev ophævet med virkning fra den 25. maj 2018 ved

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46 (EUT 2016, L 119, s. 1). Artikel 3, stk. 2, i direktiv 95/46 bestemte:

»Dette direktiv gælder ikke for sådan behandling af personoplysninger,

- som iværksættes med henblik på udøvelse af aktiviteter, der ikke er omfattet af fællesskabsretten, som f. eks. de aktiviteter, der er fastsat i afsnit V og VI i traktaten om Den Europæiske Union, og under ingen omstændigheder for behandling, der vedrører den offentlige sikkerhed, forsvar, statens sikkerhed (herunder statens økonomiske interesser, når behandlingen er forbundet med spørgsmål vedrørende statens sikkerhed) og statens aktiviteter på det strafferetlige område
- som foretages af en fysisk person med henblik på udøvelse af rent personlige eller familiemæssige aktiviteter.«

- 6 Artikel 22 i direktiv 95/46, som var indeholdt i dette direktivs kapitel III med overskriften »Retsmidler, ansvar og sanktioner«, var affattet således:

»Uden at foregribe muligheden for at iværksætte administrativ klage, herunder for den tilsynsmyndighed, der er nævnt i artikel 28, inden forelæggelse for retsinstanser, fastsætter medlemsstaterne bestemmelser om, at enhver har ret til for en domstol at indbringe en klage over krænkelse af de rettigheder, der garanteres i henhold til de nationale love, der gælder for den pågældende behandling.«

Direktiv 97/66

- 7 Artikel 5 med overskriften »Telekommunikationshemmeligheden« i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/66/EF af 15. december 1997 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren (EFT 1997, L 24, s. 1) bestemte:

»1. Medlemsstaterne sikrer via nationale forskrifter telekommunikationshemmeligheden ved brug af offentlige telenet og offentligt tilgængelige teletjenester. De forbyder især aflytning, registrering, lagring og andre måder, hvorpå samtaler kan opfanges eller overvåges af andre end brugerne, uden at de pågældende brugere har indvilget heri, bortset fra tilfælde, hvor det er tilladt ifølge loven, jf. artikel 14, stk. 1.

2. Stk. 1 vedrører ikke lovmedholdelig optagelse af samtaler, der foretages som led i lovlig forretningspraksis med henblik på at kunne forelægge bevis for en handelstransaktion eller enhver anden forretningsmæssig samtale.«

Direktiv 2000/31

- 8 14. og 15. betragtning til direktiv 2000/31 har følgende ordlyd:

»(14) For beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger gælder alene bestemmelserne i [...] direktiv [95/46] og i [...] direktiv [97/66], som fuldt ud finder anvendelse på informations-samfundstjenester; disse direktiver opstiller allerede en fællesskabsretlig ramme inden for personoplysninger, og det er derfor ikke nødvendigt at behandle dette spørgsmål i nærværende direktiv for at sikre, at det indre marked fungerer efter hensigten, især med hensyn til den frie bevægelighed for personoplysninger mellem medlemsstaterne; nærværende direktiv bør gennemføres og anvendes i fuld overensstemmelse

med principperne om beskyttelse af personoplysninger, især hvad angår uopfordret kommerciel kommunikation og reglerne om formidleransvar; direktivet kan ikke forhindre anonym brug af åbne netværk som f.eks. [i]nternetet.

(15) Fortrolig behandling af meddelelser er sikret ved artikel 5 i direktiv [97/66]; medlemsstaterne skal i medfør af nævnte direktiv forbyde enhver form for opfangning eller overvågning af sådanne meddelelser af andre end afsenderen og modtageren, bortset fra tilfælde, hvor det er tilladt ifølge loven.«

9 Artikel 1 i direktiv 2000/31 har følgende ordlyd:

»1. Dette direktiv har til formål at bidrage til et velfungerende indre marked ved at sikre fri bevægelighed for informationssamfundstjenester mellem medlemsstaterne.

2. Ved dette direktiv foretages der, i det omfang det er nødvendigt for at nå det i stk. 1 omhandlede mål, en tilnærmelse af visse nationale bestemmelser om informationssamfundstjenester, som vedrører det indre marked, tjenesteydernes etablering, kommerciel kommunikation, elektroniske kontrakter, formidleransvar, adfærdskodekser, udenretslig bilæggelse af tvister, klageadgang og samarbejde mellem medlemsstaterne.

3. Dette direktiv supplerer den fællesskabsret, der finder anvendelse på informationssamfundstjenester, uden at det berører det niveau for beskyttelse af især folkesundheden og forbrugernes interesser, der er fastlagt ved Fællesskabets retsakter og den nationale lovgivning til gennemførelse heraf, forudsat at det ikke begrænser adgangen til at levere informationssamfundstjenester.

[...]

5. Dette direktiv finder ikke anvendelse på:

[...]

b) spørgsmål, der vedrører informationssamfundstjenester omfattet af direktiv [95/46] og [97/66]

[...]«

10 Artikel 2 i direktiv 2000/31 er affattet således:

»I dette direktiv forstås ved:

a) »informationssamfundstjenester«: tjenester som defineret i artikel 1, nr. 2), i [Europa-Parlamentets og Rådets] direktiv 98/34/EF [af 22.6.1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter (EFT 1998, L 204, s. 37)], som ændret ved [Europa-Parlamentets og Rådets] direktiv 98/48/EF [af 20.7.1998 (EFT 1998, L 127, s. 18)]

[...]«

11 Artikel 15 i direktiv 2000/31 bestemmer:

»1. Med hensyn til levering af de i artikel 12, 13 og 14 omhandlede tjenester må medlemsstaterne ikke pålægge tjenesteyderne en generel forpligtelse til at overvåge den information, de fremsender eller oplagrer, eller en generel forpligtelse til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed.

2. Medlemsstaterne kan kræve, at leverandører af informationssamfundstjenester straks underretter de kompetente offentlige myndigheder om påståede ulovlige aktiviteter, der udøves, eller information, der leveres af deres tjenestemodtagere, eller at de på anmodning giver de kompetente myndigheder oplysninger, som gør det muligt at identificere de tjenestemodtagere, de har oplagringsaftaler med.«

Direktiv 2002/21

- 12 Tiende betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT 2002, L 108, s. 33) har følgende ordlyd:

»I definitionen af informationssamfundets tjenester i artikel 1 i [...] direktiv [98/34, som ændret ved direktiv 98/48] indgår en bred vifte af økonomiske online-aktiviteter: De fleste af disse aktiviteter er ikke omfattet af nærværende direktiv, da de ikke udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler via elektroniske kommunikationsnet. Taletelefoni og elektroniske posttjenester er omfattet af nærværende direktiv. En og samme virksomhed, [f.eks.] en [i]nternet-udbyder, kan tilbyde både elektronisk kommunikation, som f.eks. adgang til Internettet, og tjenester, som ikke er omfattet af nærværende direktiv, f.eks. levering af webbaseret indhold.«

- 13 Artikel 2 i direktiv 2002/21 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

- c) »elektronisk kommunikationstjeneste«: en tjeneste, som normalt ydes mod betaling, og som udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler via elektroniske kommunikationsnet, herunder telekommunikationstjenester og transmissionstjenester på net, der anvendes til radio- og tv-spredning, men ikke tjenester, der består i tilrådighedsstillelse af eller udøvelse af redaktionel kontrol over indhold fremført via elektroniske kommunikationsnet og -tjenester; begrebet omfatter ikke informationssamfundets tjenester som defineret i artikel 1 i direktiv [98/34], og som ikke udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler via elektroniske kommunikationsnet

[...]«

Direktiv 2002/58

- 14 2., 6., 7., 11., 22., 26. og 30. betragtning til direktiv 2002/58 har følgende ordlyd:

»(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 [chartrets] artikel 7 og 8.

[...]

- (6) Internettet vender op og ned på de traditionelle markedsstrukturer, idet det udgør en fælles, global infrastruktur for fremføring af en lang række elektroniske kommunikationstjenester. Offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester via internettet giver brugerne nye muligheder, men medfører også nye risikomomenter for deres personoplysninger og privatliv.

- (7) Med hensyn til offentlige kommunikationsnet bør der træffes særlige foranstaltninger af lovgivningsmæssig, administrativ og teknisk art for at beskytte fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og juridiske personers legitime interesser, navnlig mod den voksende risiko, der er forbundet med automatiseret opbevaring og behandling af oplysninger om abonnenter og brugere.

[...]

- (11) Ligesom direktiv [95/46] finder dette direktiv ikke anvendelse på beskyttelse af grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der er forbundet med aktiviteter, der ikke er omfattet af [EU-]retten. 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 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[, undertegnet i Rom den 4.11.1[9]50,] som fortolket i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols 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 den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.

[...]

- (22) Det er ikke tanken, at forbuddet mod, at der af andre end brugerne eller uden disses samtykke lagres oplysninger og de dertil hørende trafikdata, skal omfatte enhver automatisk, mellemliggende og kortvarig lagring af denne information, når blot lagringen udelukkende sker med henblik på gennemførelse af transmissionen i de elektroniske kommunikationsnet, og oplysningerne ikke lagres længere end det tidsrum, der er nødvendigt for transmissionen og af hensyn til trafikstyringen, forudsat at sikkerhedsbeskyttelsen af oplysningerne i lagringsperioden fortsat er garanteret. [...]

[...]

- (26) Abonnentoplysninger, som behandles i elektroniske kommunikationsnet ved etablering af en kommunikationsforbindelse og fremføring af information, indeholder oplysninger om fysiske personers privatliv og vedrører retten til respekt for deres korrespondance eller vedrører juridiske personers legitime interesser. Sådanne data må kun lagres i det omfang, det er nødvendigt for tjenestens gennemførelse med henblik på debitering og afregning for samtrafik, og kun i et begrænset tidsrum. [Yderligere behandling af sådanne data må] kun ske, hvis abonnenten har givet sit samtykke hertil på grundlag af en nøjagtig og fuldstændig orientering fra udbyderen af de offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester om arten af den yderligere behandling, han agter at foretage, og om abonnentens ret til at nægte eller tilbagekalde sit samtykke til denne behandling. Trafikdata, som anvendes til markedsføring af udbyderens egne kommunikationstjenester [...], bør ligeledes slettes eller anonymiseres [...]

[...]

- (30) Systemer til levering af elektroniske kommunikationsnet og kommunikationstjenester bør konstrueres, så de begrænser mængden af nødvendige personoplysninger til et absolut minimum. [...]

15 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, og for at sikre fri omsætning af sådanne oplysninger og af elektronisk kommunikationsudstyr og elektroniske kommunikationstjenester i [Den Europæiske Union].

2. Med henblik på at nå de i stk. 1 omhandlede mål specificerer og supplerer dette direktivs bestemmelser direktiv [95/46]. Nærværende bestemmelser beskytter desuden legitime interesser hos abonnenter, der er juridiske personer.

3. Dette direktiv gælder ikke for aktiviteter, der ikke er omfattet af [TEUF], 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.«

16 Artikel 2 i direktiv 2002/58 med overskriften »Definitioner« fastsætter:

»Medmindre andet angives, gælder i dette direktiv de definitioner, der er fastsat i direktiv [95/46] og [...] direktiv [2002/21].

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
- 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

[...]«

17 Artikel 3 i direktiv 2002/58 med overskriften »Omfattede tjenester« bestemmer:

»Dette direktiv finder anvendelse på behandling af persondata i forbindelse med, at offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester stilles til rådighed via offentlige kommunikationsnet i Fællesskabet, herunder offentlige kommunikationsnet med dataindsamlings- og identifikationsudstyr.«

18 Artikel 5 i direktiv 2002/58 med overskriften »Kommunikationshemmelighed« har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne sikrer kommunikationshemmeligheden ved brug af offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, både for så vidt angår selve kommunikationen og de dermed forbundne trafikdata, via nationale forskrifter. De forbyder især aflytning, registrering, lagring og andre måder, hvorpå samtaler kan opfanges eller overvåges af andre end brugerne, uden at de pågældende brugere har indvilget heri, bortset fra tilfælde, hvor det er tilladt ifølge lovgivningen, jf. artikel 15, stk. 1. Dette stykke er ikke til hinder for teknisk lagring, som er nødvendig for overføring af en kommunikation, forudsat at princippet om kommunikationshemmelighed ikke berøres heraf.

[...]

3. Medlemsstaterne sikrer, at lagring af oplysninger eller opnåelse af adgang til oplysninger, der allerede er lagret i en abonnents eller brugers terminaludstyr, kun er tilladt på betingelse af, at abonnenten eller brugeren har givet sit samtykke hertil efter i overensstemmelse med direktiv [95/46] at have modtaget klare og fyldestgørende oplysninger, bl.a. om formålet med behandlingen. Dette er ikke til hinder for teknisk lagring eller adgang til oplysninger, hvis det alene sker med det formål at overføre kommunikation via et elektronisk kommunikationsnet eller er absolut påkrævet for at sætte udbyderen af en informationsfundstjeneste, som abonnenten eller brugeren udtrykkelig har anmodet om, i stand til at levere denne tjeneste.«

19 Artikel 6 i direktiv 2002/58 med overskriften »Trafikdata« bestemmer:

»1. Trafikdata vedrørende abonnenter og brugere, som behandles og lagres af udbyderen af et offentligt kommunikationsnet eller en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste, skal slettes eller gøres anonyme, når de ikke længere er nødvendige for fremføringen af kommunikationen, jf. dog stk. 2, 3 og 5 samt artikel 15, stk. 1.

2. Med henblik på debitering af abonnenten og afregning for samtrafik er det tilladt at behandle trafikdata. En sådan behandling er tilladt indtil udløbet af den lovbestemte forældelsesfrist for sådanne gældsforpligtelser eller fristen for anfægtelse af sådanne afregninger.

3. Med henblik på markedsføring af elektroniske kommunikationstjenester eller levering af værdiforøgende tjenester er det tilladt udbyderen af en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste at behandle de i stk. 1 omtalte oplysninger i det omfang og tidsrum, som sådanne tjenester eller markedsføringen kræver, hvis den abonnent eller bruger, som oplysningerne vedrører, forudgående har givet sit samtykke hertil. Brugeren eller abonnenten skal på et hvilket som helst tidspunkt have mulighed for at trække sit samtykke til behandling af trafikdata tilbage.

[...]

5. Behandling af trafikdata i henhold til stk. 1, 2, 3 og 4 må kun foretages af personer, som handler efter bemyndigelse fra udbydere af de offentligt tilgængelige kommunikationsnet og -tjenester, og som er beskæftiget med debitering eller trafikstyring, kundeforespørgsler, afsløring af svig, markedsføring af elektroniske kommunikationstjenester eller levering af en tillægstjeneste, og skal begrænses til det for sådanne aktiviteter nødvendige.«

20 Dette direktivs artikel 9 med overskriften »Lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata« bestemmer i stk. 1:

»Hvis lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, vedrørende brugere af eller abonnenter på de offentlige kommunikationsnet eller offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, kan behandles, må disse data kun behandles, når de er gjort anonyme, eller når brugeren eller abonnenten har givet sit samtykke hertil, og da kun i det omfang og i det tidsrum, som er nødvendigt for levering af en

tillægstjeneste. Tjenesteudbyderen skal, inden brugernes eller abonnenternes samtykke indhentes, underrette dem om, hvilken type lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, der behandles, hvorfor og hvor længe de behandles, og om de videregives til en tredjemand med henblik på levering af tillægstjenesten. [...]«

- 21 Det nævnte direktivs artikel 15 med overskriften »Anvendelsesområdet for visse bestemmelser i direktiv [95/46]« er affattet som følger:

»1. Medlemsstaterne 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 [EU-]rettens generelle principper, herunder principperne i EU-traktatens artikel 6, stk. 1 og 2.

[...]

2. Bestemmelserne i direktiv [95/46], kapitel III, »retsmidler, ansvar og sanktioner«, finder anvendelse på nationale bestemmelser, der vedtages til nærværende direktivs gennemførelse, og på individuelle rettigheder afledt af nærværende direktiv.

[...]«

Forordning 2016/679

- 22 Tiende betragtning til forordning 2016/679 har følgende ordlyd:

»For at sikre et ensartet og højt niveau for beskyttelse af fysiske personer og for at fjerne hindringerne for udveksling af personoplysninger inden for Unionen bør beskyttelsesniveauet for fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder i forbindelse med behandling af sådanne oplysninger være ensartet i alle medlemsstater. Det bør sikres, at reglerne for beskyttelse af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder i forbindelse med behandling af personoplysninger anvendes konsekvent og ensartet overalt i Unionen. [...]«

- 23 Denne forordnings artikel 2 bestemmer:

»1. Denne forordning finder anvendelse på behandling af personoplysninger, der helt eller delvis foretages ved hjælp af automatisk databehandling, og på anden ikkeautomatisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et register.

2. Denne forordning gælder ikke for behandling af personoplysninger:

- a) under udøvelse af aktiviteter, der falder uden for EU-retten
- b) som foretages af medlemsstaterne, når de udfører aktiviteter, der falder inden for rammerne af afsnit V, kapitel 2, i [EU-traktaten]

[...]

d) som foretages af kompetente myndigheder med henblik på at forebygge, efterforske, afsløre eller retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner, herunder beskytte mod og forebygge trusler mod den offentlige sikkerhed.

[...]

4. Denne forordning berører ikke anvendelsen af direktiv [2000/31], navnlig reglerne om formidleransvar for tjenesteydere, der er fastsat i artikel 12-15 i nævnte direktiv.«

24 Den nævnte forordnings artikel 4 bestemmer:

»I denne forordning forstås ved:

- 1) »personoplysninger«: enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person (»den registrerede«); ved identificerbar fysisk person forstås en fysisk person, der direkte eller indirekte kan identificeres, navnlig ved en identifikator som f.eks. et navn, et identifikationsnummer, lokaliseringsdata, en onlineidentifikator eller et eller flere elementer, der er særlige for denne fysiske persons fysiske, fysiologiske, genetiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sociale identitet
- 2) »behandling«: enhver aktivitet eller række af aktiviteter – med eller uden brug af automatisk behandling – som personoplysninger eller en samling af personoplysninger gøres til genstand for, f.eks. indsamling, registrering, organisering, systematisering, opbevaring, tilpasning eller ændring, genfindning, søgning, brug, videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden form for overladelse, sammenstilling eller samkøring, begrænsning, sletning eller tilintetgørelse

[...]«

25 Artikel 5 i forordning 2016/679 bestemmer:

»1. Personoplysninger skal:

- a) behandles lovligt, rimeligt og på en gennemsigtig måde i forhold til den registrerede (»lovlighed, rimelighed og gennemsigtighed«)
- b) indsamles til udtrykkeligt angivne og legitime formål og må ikke viderebehandles på en måde, der er uforenelig med disse formål; viderebehandling til arkivformål i samfundets interesse, til videnskabelige eller historiske forskningsformål eller til statistiske formål i overensstemmelse med artikel 89, stk. 1, skal ikke anses for at være uforenelig med de oprindelige formål (»formålsbegrænsning«)
- c) være tilstrækkelige, relevante og begrænset til, hvad der er nødvendigt i forhold til de formål, hvortil de behandles (»dataminimering«)
- d) være korrekte og om nødvendigt ajourførte; der skal tages ethvert rimeligt skridt for at sikre, at personoplysninger, der er urigtige i forhold til de formål, hvortil de behandles, straks slettes eller berigtiges (»rigtighed«)
- e) opbevares på en sådan måde, at det ikke er muligt at identificere de registrerede i et længere tidsrum end det, der er nødvendigt til de formål, hvortil de pågældende personoplysninger behandles; personoplysninger kan opbevares i længere tidsrum, hvis personoplysningerne alene behandles til arkivformål i samfundets interesse, til videnskabelige eller historiske forskningsformål

eller til statistiske formål i overensstemmelse med artikel 89, stk. 1, under forudsætning af, at der implementeres passende tekniske og organisatoriske foranstaltninger, som denne forordning kræver for at sikre den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder (»opbevaringsbegrænsning«)

- f) behandles på en måde, der sikrer tilstrækkelig sikkerhed for de pågældende personoplysninger, herunder beskyttelse mod uautoriseret eller ulovlig behandling og mod hændeligt tab, tilintetgørelse eller beskadigelse, under anvendelse af passende tekniske eller organisatoriske foranstaltninger (»integritet og fortrolighed«).

[...]«

26 Denne forordnings artikel 6 har følgende ordlyd:

»1. Behandling er kun lovlige, hvis og i det omfang mindst ét af følgende forhold gør sig gældende:

[...]

- c) Behandling er nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse, som påhviler den dataansvarlige.

[...]

3. Grundlaget for behandling i henhold til stk. 1, litra c) og e), skal fremgå af:

- a) EU-retten, eller

- b) medlemsstaternes nationale ret, som den dataansvarlige er underlagt.

Formålet med behandlingen skal være fastlagt i dette retsgrundlag [...] Dette retsgrundlag kan indeholde specifikke bestemmelser med henblik på at tilpasse anvendelsen af bestemmelserne i denne forordning, bl.a. de generelle betingelser for lovlighed af den dataansvarliges behandling, hvilke typer oplysninger der skal behandles, berørte registrerede, hvilke enheder personoplysninger må videregives til, og formålet hermed, formålsbegrænsninger, opbevaringsperioder og behandlingsaktiviteter samt behandlingsprocedurer, herunder foranstaltninger til sikring af lovlige og rimelige behandling såsom i andre specifikke databehandlingssituationer som omhandlet i kapitel IX. EU-retten eller medlemsstaternes nationale ret skal opfylde et formål i samfundets interesse og stå i rimeligt forhold til det legitime mål, der forfølges.

[...]«

27 Den nævnte forordnings artikel 23 bestemmer:

»1. EU-ret eller medlemsstaternes nationale ret, som den dataansvarlige eller databehandleren er underlagt, kan ved lovgivningsmæssige foranstaltninger begrænse rækkevidden af de forpligtelser og rettigheder, der er omhandlet i artikel 12-22 og 34 samt artikel 5, for så vidt bestemmelserne heri svarer til rettighederne og forpligtelserne i artikel 12-22, når en sådan begrænsning respekterer det væsentligste indhold af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og er en nødvendig og forholdsmæssig foranstaltning i et demokratisk samfund af hensyn til:

- a) statens sikkerhed

- b) forsvaret

- c) den offentlige sikkerhed

- d) forebyggelse, efterforskning, afsløring eller retsforfølgning af strafbare handlinger eller fuldbyrdelse af strafferetlige sanktioner, herunder beskyttelse mod og forebyggelse af trusler mod den offentlige sikkerhed
- e) andre vigtige målsætninger i forbindelse med beskyttelse af Unionens eller en medlemsstats generelle samfundsinteresser, navnlig Unionens eller en medlemsstats væsentlige økonomiske eller finansielle interesser, herunder valuta-, budget- og skatteanliggender, folkesundhed og social sikkerhed
- f) beskyttelse af retsvæsenets uafhængighed og retssager
- g) forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning i forbindelse med brud på etiske regler for lovregulerede erhverv
- h) kontrol-, tilsyns- eller reguleringsfunktioner, herunder opgaver af midlertidig karakter, der er forbundet med offentlig myndighedsudøvelse i de tilfælde, der er omhandlet i litra a)-e) og g)
- i) beskyttelse af den registrerede eller andres rettigheder og frihedsrettigheder
- j) håndhævelse af civilretlige krav.

2. Navnlig skal enhver lovgivningsmæssig foranstaltning, der er omhandlet i stk. 1, som minimum, hvor det er relevant, indeholde specifikke bestemmelser vedrørende:

- a) formålene med behandlingen eller kategorierne af behandling
- b) kategorierne af personoplysninger
- c) rækkevidden af de indførte begrænsninger
- d) garantierne for at undgå misbrug eller ulovlig adgang eller overførsel
- e) specifikation af den dataansvarlige eller kategorierne af dataansvarlige
- f) opbevaringsperioder og de gældende garantier under hensyntagen til behandlingens karakter, omfang og formål eller kategorier af behandling
- g) risiciene for de registreredes rettigheder og frihedsrettigheder, og
- h) de registreredes ret til at blive underrettet om begrænsningen, medmindre dette kan skade formålet med begrænsningen.«

28 Den nævnte forordnings artikel 79, stk. 1, er affattet således:

»Uden at det berører andre tilgængelige administrative eller udenretslige klageadgange, herunder retten til at indgive klage til en tilsynsmyndighed i henhold til artikel 77, skal den enkelte registrerede have adgang til effektive retsmidler, hvis vedkommende finder, at vedkommendes rettigheder i henhold til denne forordning er blevet krænket som følge af behandling af vedkommendes personoplysninger i strid med denne forordning.«

29 Artikel 94 i forordning 2016/679 har følgende ordlyd:

»1. Direktiv [95/46] ophæves med virkning fra den 25. maj 2018.

2. Henvisninger til det ophævede direktiv gælder som henvisninger til denne forordning. Henvisninger til Gruppen vedrørende Beskyttelse af Personer i forbindelse med Behandling af Personoplysninger, der er nedsat ved artikel 29 i direktiv [95/46], gælder som henvisninger til Det Europæiske Databeskyttelsesråd oprettet ved denne forordning.«

30 Denne forordnings artikel 95 bestemmer:

»Denne forordning indfører ikke yderligere forpligtelser for fysiske eller juridiske personer for så vidt angår behandling i forbindelse med levering af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester i offentlige kommunikationsnet i Unionen for så vidt angår spørgsmål, hvor de er underlagt specifikke forpligtelser med samme formål som det, der er fastsat i direktiv [2002/58].«

Fransk ret

Lov om indre sikkerhed

31 Bog VIII i den dispositive del af code de la sécurité intérieure (lov om indre sikkerhed, herefter »CSI«) indeholder i artikel L. 801-1 til L. 898-1 regler om efterretninger.

32 CSI's artikel L. 811-3 bestemmer:

»De specialiserede efterretningstjenester kan alene med henblik på udførelsen af deres respektive opgaver anvende de teknikker, der er nævnt i denne bogs afsnit V, med henblik på indsamling af følgende efterretninger om forsvar og om fremme af statens grundlæggende interesser:

- 1° statens uafhængighed, territoriale integritet og forsvar
- 2° væsentlige udenrigspolitiske interesser, opfyldelse af Frankrigs europæiske og internationale forpligtelser og forebyggelse af enhver form for udenlandsk indblanding
- 3° Frankrigs væsentlige økonomiske, industrielle og videnskabelige interesser
- 4° forebyggelse af terrorisme
- 5° forebyggelse af:
 - a) angreb på institutioners republikanske grundlag
 - b) handlinger, der har til formål at bevare eller videreføre grupper, der er blevet opløst i henhold til artikel L. 212-1
 - c) kollektive voldshandlinger, der alvorligt påvirker opretholdelsen af lov og orden.
- 6° forebyggelse af kriminalitet, herunder organiseret kriminalitet
- 7° forebyggelse af spredning af masseødelæggelsesvåben.«

33 CSI's artikel L. 811-4 bestemmer:

»I et dekret, der vedtages efter høring af Conseil d'État [(øverste domstol i forvaltningsretlige sager)], og efter indhentelse af en udtalelse fra Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement [(den nationale tilsynskommission for efterretningsteknikker)], udpeges de tjenester, der ud over de specialiserede efterretningstjenester henhører under forsvars-, indenrigs- og justitsministeren samt ministrene med ansvar for økonomi-, finans- og toldområdet, og som kan gives

tilladelse til at anvende de teknikker, der er nævnt i denne bogs afsnit V, på de i denne bog fastsatte betingelser. I dette dekret angives for hver enkelt tjeneste de formål, der er nævnt i artikel L. 811-3, og de teknikker, der kan give anledning til tilladelse.«

34 CSI's artikel L. 821-1, stk. 1, er affattet som følger:

»Anvendelse på statens område af de teknikker til indsamling af efterretninger, der er nævnt kapitel I-IV i denne bogs afsnit V, er betinget af, at der fra premierministeren indhentes en forudgående tilladelse, som meddeles efter udtalelse fra den nationale tilsynskommission for efterretningsteknikker.«

35 CSI's artikel L. 821-2 fastsætter:

»Den i artikel L. 821-1 omhandlede tilladelse udstedes efter skriftlig og begrundet anmodning fra forsvarsministeren, indenrigsministeren, justitsministeren eller ministeren med ansvar for økonomi-, finans- eller toldområdet. Den enkelte minister kan individuelt kun delegere denne beføjelse til direkte underordnede medarbejdere, der er godkendt til at håndtere forsvarshemmeligheder.

Anmodningen skal indeholde oplysning om:

- 1° den eller de teknikker, der skal anvendes
- 2° den tjeneste, som anmodningen vedrører
- 3° det eller de forfulgte formål
- 4° den eller de grunde, hvorpå foranstaltningerne er baseret
- 5° tilladelsens gyldighedsperiode
- 6° den eller de personer samt det eller de steder eller køretøjer, som anmodningen vedrører.

Med henblik på anvendelsen af nr. 6° kan personer, hvis identitet ikke er kendt, udpeges med angivelse af en identifikator eller deres stilling, og steder eller køretøjer kan udpeges ved henvisning til de personer, der er omfattet af anmodningen.

[...]«

36 CSI's artikel L. 821-3, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Anmodningen indgives til formanden, eller i dennes forfald til et af de medlemmer af den nationale tilsynskommission for efterretningsteknikker, der er nævnt i artikel L. 831-1, nr. 2° og 3°, som afgiver udtalelse til premierministeren inden for en frist på 24 timer. Hvis anmodningen behandles af tilsynskommissionen i dennes begrænsede eller fulde sammensætning, underrettes premierministeren straks, og udtalelsen afgives inden for en frist på 72 timer.«

37 CSI's artikel L. 821-4 bestemmer:

»Premierministeren meddeler tilladelse til at anvende de teknikker, der er nævnt i kapitel I-IV i denne bogs afsnit V, for en periode på højst fire måneder. [...] I tilladelsen angives de grunde og oplysninger, der er nævnt i artikel L.821-2, nr. 1°-6°. Tilladelsen kan forlænges på samme betingelser som dem, der er fastsat i dette kapitel.

Når tilladelsen udstedes efter en negativ udtalelse fra den nationale tilsynskommission for efterretningsteknikker, skal den indeholde oplysning om grundene til, at denne udtalelse ikke er blevet fulgt.

[...]«

38 CSI's artikel L. 833-4, der er indeholdt i dette afsnits kapitel III, bestemmer:

»Kommissionen kan på eget initiativ eller på grundlag af en klage fra enhver, der ønsker en kontrol af, at den pågældende ikke er genstand for ulovlige efterretningsteknikker, gennemføre et tilsyn med den eller de angivne teknikker med henblik på at kontrollere, om denne eller disse teknikker er blevet anvendt i overensstemmelse med denne bog. Kommissionen underretter klageren om, at de nødvendige undersøgelser er foretaget, uden hverken at be- eller afkræfte, at sådanne efterretningsteknikker er blevet anvendt.«

39 CSI's artikel L. 841-1, stk. 1 og 2, har følgende ordlyd:

»Med forbehold af de særlige bestemmelser i denne lovs i artikel L. 854-9 har Conseil d'État [(øverste domstol i forvaltningsretlige sager)] kompetence til under de betingelser, der er fastsat i kapitel IIIa, afsnit VII, bog VII i code de justice administrative [(lov om administrativ retspleje)], at påkende søgsmål vedrørende anvendelse af de efterretningsteknikker, der er nævnt i denne bogs afsnit V.

Søgsmål kan anlægges ved Conseil d'État [(øverste domstol i forvaltningsretlige sager)] af:

1° Enhver, der ønsker en kontrol af, at den pågældende ikke er genstand for ulovlige efterretningsteknikker, og som kan godtgøre, at den i artikel L. 833-4 omhandlede procedure er blevet gennemført.

2° Den nationale tilsynskommission for efterretningsteknikker under de betingelser, der er fastsat i artikel L. 833-8.«

40 Afsnit V i bog VIII i den dispositive del af CSI, der vedrører »teknikker til indsamling af efterretninger, som kræver tilladelse«, indeholder bl.a. et kapitel I med overskriften »Administrativ adgang til forbindelsesdata«, som indeholder CSI's artikel L. 851-1 til L. 851-7.

41 CSI's artikel L. 851-1 bestemmer:

»Under de betingelser, som er fastsat i kapitel 1 i denne bogs afsnit II, kan indsamling tillades fra operatører inden for elektronisk kommunikation og de personer, der henvises til i [CPCE's] artikel L. 34-1, samt fra de personer, der henvises til i artikel 6, stk. I-1 og I-2, i loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique [(lov nr. 2004-575 af 21.6.2004 om tillid til den digitale økonomi, JORF af 22.6.2004, s. 11168)], af oplysninger eller dokumenter, der er behandlet eller lagret af deres elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester, herunder tekniske data vedrørende identificering af abonnementsnumre eller forbindelsesnumre til elektroniske kommunikationstjenester, opgørelse af alle en bestemt persons abonnements- eller forbindelsesnumre, lokalisering af anvendt terminaludstyr samt en abonnents kommunikationer for så vidt angår oversigten over opkaldte og opkaldende numre, varigheden af og datoen for kommunikationerne.

Uanset artikel L. 821-2 indgiver de individuelt udpegede og bemyndigede agenter fra de i artikel L. 811-2 og L. 811-4 nævnte efterretningstjenester skriftlige og begrundede anmodninger om tekniske data vedrørende identificering af abonnementsnumre eller forbindelsesnumre til elektroniske kommunikationstjenester, eller om opgørelse af alle en bestemt persons abonnements- eller forbindelsesnumre, direkte til den nationale tilsynskommission for efterretningsteknikker. Kommissionen afgiver sin udtalelse på de betingelser, der er fastsat i artikel L. 821-3.

En tjenestegren under premierministeren har til opgave at indsamle oplysninger eller dokumenter fra de operatører og personer, der er nævnt i denne artikels stk. 1. Den nationale tilsynskommission for efterretningsteknikker har permanent, fuldstændig, direkte og umiddelbar adgang til de indsamlede oplysninger eller dokumenter.

Gennemførelsesbestemmelserne til denne artikel fastsættes ved dekret efter høring af Conseil d'État [(øverste domstol i forvaltningsretlige sager)] og efter udtalelse fra Commission nationale de l'informatique et des libertés [(den nationale kommission for databehandling og frihedsrettigheder)] og den nationale tilsynskommission for efterretningsteknikker.«

42 CSI's artikel L. 851-2 bestemmer:

»I. – På de betingelser, der er fastsat i denne bogs afsnit II, kapitel I, og alene med henblik på at forebygge terrorisme, kan der gives individuel tilladelse til fra de netværksoperatører og de personer, der er nævnt i artikel L. 851-1, at foretage indsamling i realtid af de oplysninger eller dokumenter, der er nævnt i samme artikel L. 851-1, og som vedrører en person, som på forhånd er identificeret som en person, der kan have forbindelse til en trussel. Hvis der foreligger tungtvejende grunde til at antage, at en eller flere personer, der tilhører den personkreds, som den person, der er omfattet af tilladelsen, færdes i, er i stand til at tilvejebringe oplysninger, der vedrører det formål, som ligger til grund for tilladelsen, kan der desuden individuelt gives en sådan tilladelse med hensyn til hver enkelt af disse personer.

Ia. Det maksimale antal tilladelser med samtidig gyldighed, der kan udstedes i henhold til denne artikel, fastsættes af premierministeren efter udtalelse fra den nationale tilsynskommission for efterretningsteknikker. Kommissionen underrettes om afgørelsen om denne kvote og denne kvotes fordeling mellem de ministre, der er nævnt i artikel L. 821-2, stk. 1, og om antallet af udstedte tilladelser til opfangning.

[...]«

43 CSI's artikel L. 851-3 fastsætter:

»I. – Under de betingelser, der er fastsat i kapitel I i denne bogs afsnit II, og alene med henblik på at forebygge terrorisme, kan det pålægges de operatører og personer, der er nævnt i artikel L. 851-1, at anvende automatiserede behandlinger i deres netværk med henblik på i overensstemmelse med de parametre, som præciseres i tilladelsen, at opdage forbindelser, der vil kunne afsløre en terrortrussel.

Disse automatiserede behandlinger anvender udelukkende de oplysninger eller dokumenter, der er nævnt i artikel L. 851-1, uden at indsamle andre data end dem, der opfylder designparametrene, og uden at gøre det muligt at identificere de personer, som oplysningerne eller dokumenterne vedrører.

Premierministerens tilladelse skal under overholdelse af proportionalitetsprincippet indeholde en præcisering af det tekniske område, der er genstand for anvendelsen af disse behandlinger.

II. – Den nationale tilsynskommission for efterretningsteknikker afgiver en udtalelse om anmodningen om tilladelse til at foretage automatiserede behandlinger og om de anvendte overvågningsparametre. Kommissionen har permanent, fuldstændig og direkte adgang til disse behandlinger og til de indsamlede oplysninger og data. Kommissionen underrettes om enhver ændring af behandlingerne og parametrene og kan afgive anbefalinger.

Den første tilladelse til at anvende automatiserede behandlinger som omhandlet i denne artikels stk. I udstedes for en periode på to måneder. Tilladelsen kan forlænges under de betingelser for varighed, der er fastsat i kapitel I i denne bogs afsnit II. En anmodning om forlængelse skal indeholde en oversigt over antallet af identifikatorer, der er indberettet ved hjælp af automatiseret behandling, og en analyse af disse indberetningers relevans.

III. – De betingelser, der er fastsat i artikel L. 871-6, finder anvendelse på de fysiske operationer, som udføres af de operatører og personer, der er nævnt i artikel L. 851-1, med henblik på at gennemføre en sådan automatiseret behandling.

IV. – Når der som følge af de i stk. I nævnte behandlinger fremkommer data, der giver anledning til at antage, at der foreligger en terrortrussel, kan premierministeren eller en af denne bemyndiget person efter udtalelse fra den nationale tilsynskommission for efterretningsteknikker, der er afgivet i henhold til de betingelser, der er fastsat i kapitel I i denne bogs afsnit II, give tilladelse til, at der foretages identifikation af den eller de berørte personer og indsamling af oplysninger om pågældende. Disse data skal anvendes senest 60 dage efter, at de er blevet indsamlet, og tilintetgøres efter udløbet af denne frist, medmindre der foreligger alvorlige oplysninger, der bekræfter, at en eller flere af de berørte personer udgør en terrortrussel.

[...]«

44 CSI's artikel L. 851-4 er affattet således:

»Under de betingelser, der er fastsat i kapitel I i denne bogs afsnit II, kan de tekniske oplysninger vedrørende lokaliseringen af det i artikel L. 851-1 omhandlede terminaludstyr indsamles efter anmodning fra netværket og overføres i realtid af operatørerne til en tjeneste under premierministeren.«

45 CSI's artikel L. 851-5, der er indeholdt i denne lovs dispositive del, bestemmer:

»I. – Med undtagelse af indholdet af den udvekslede korrespondance og de oplysninger, hvorom der er forespurgt, udgør de oplysninger eller dokumenter, der er omhandlet i artikel L. 851-1, følgende:

1° de oplysninger, der er nævnt i [CPCE's] artikel R. 10-13 og R. 10-14 og artikel 1 i dekret [nr. 2011-219]

2° tekniske data, bortset fra de under nr. 1° nævnte:

- a) der gør det muligt at lokalisere terminaludstyr
- b) der vedrører terminaludstyrs adgang til netværk eller offentlige onlinekommunikationstjenester
- c) der vedrører overførsel af elektronisk kommunikation via netværk
- d) der vedrører identifikation og autentificering af en bruger, en forbindelse, et netværk eller en offentlig onlinekommunikationstjeneste
- e) der vedrører terminaludstyrets egenskaber og konfigurationsdataene for dets software.

II. – Der kan i henhold til artikel L. 851-1 kun indsamles de oplysninger og dokumenter, der er nævnt i stk. 1, nr. 1°. Denne indsamling gennemføres ikke i realtid.

De oplysninger, der er nævnt i stk. I, nr. 2°, kan kun indsamles i henhold til artikel L. 851-2 og L. 851-3 på de betingelser og med de begrænsninger, der er fastsat i disse artikler og med forbehold af artikel R. 851-9.«

Lov om postvæsen og elektronisk kommunikation

46 CPCE's artikel L. 34-1 bestemmer:

»I. – Denne artikel finder anvendelse på behandling af personoplysninger i forbindelse med levering af elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden, herunder navnlig i de netværk, der indeholder anordninger til indsamling af oplysninger og identifikation.

II. – Operatører inden for elektronisk kommunikation, og navnlig personer, hvis virksomhed består i at tilbyde adgang til offentlige onlinekommunikationstjenester, skal slette eller anonymisere samtlige trafikdata, med forbehold af stk. III, IV, V og VI.

Leverandører af elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden skal under iagttagelse af bestemmelserne i foregående afsnit fastlægge interne procedurer med henblik på at efterkomme de kompetente myndigheders krav.

Personer, som gennem en erhvervsmæssig hoved- eller bibeskæftigelse offentligt udbyder en forbindelse, der giver mulighed for onlinekommunikation via netværksadgang, herunder også vederlagsfrit, har pligt til at overholde de gældende bestemmelser for operatører inden for elektronisk kommunikation, der er fastsat i denne artikel.

III. – Med henblik på at efterforske, fastslå og retsforfølge strafbare handlinger eller manglende opfyldelse af den i artikel L. 336-3 i code de la propriété intellectuelle [(lov om intellektuelle ejendomsrettigheder)] fastsatte forpligtelse, eller med henblik på at forebygge de angreb på automatiserede databehandlingsystemer, som er omhandlet og sanktioneret i artikel 323-1 til 323-3-1 i code pénal [(straffeloven)], og med det ene formål i givet fald at tillade en tilrådighedsstilling for den retslige myndighed eller øverste myndighed, som er nævnt i artikel L. 331-12 i [lov om intellektuelle ejendomsrettigheder], eller for den nationale sikkerhedsmyndighed på området for informationssystemer, som er nævnt i artikel L. 2321-1 i code de la défense [(forsvarsloven)], kan de aktiviteter, der har til formål at slette eller anonymisere bestemte kategorier af tekniske data, udskydes i op til et år. Et dekret efter høring af Conseil d'État [(øverste domstol i forvaltningsretlige sager)], som vedtages efter indhentelse af en udtalelse fra den nationale kommission for databehandling og frihedsrettigheder, fastlægger, inden for de grænser, som er fastsat i stk. VI, disse kategorier af data og varigheden af deres lagring, afhængigt af operatørernes virksomhed og kommunikationernes karakter, samt vilkårene for eventuel godtgørelse af identificerbare og specifikke meromkostninger forbundet med de tjenester, som i denne forbindelse leveres af operatørerne på statens anmodning.

[...]

VI. – De data, der lagres og behandles under de i stk. III, IV og V fastsatte betingelser, omfatter udelukkende identifikationen af brugerne af de af operatørerne leverede tjenester, de tekniske egenskaber for den kommunikation, der stilles til rådighed af sidstnævnte, og lokaliseringen af terminaludstyret.

De må i intet tilfælde omfatte indholdet af den udvekslede korrespondance eller de oplysninger, hvorom der er forespurgt – i en hvilken som helst form – i forbindelse med den pågældende kommunikation.

Lagringen og behandlingen af data skal ske under iagttagelse af bestemmelserne i loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés [(lov nr. 78-17 af 6.1.1978 om IT, registre og frihedsrettigheder)].

Operatørerne træffer alle de nødvendige foranstaltninger med henblik på at forebygge, at disse data anvendes til andre formål end de i denne artikel fastsatte.«

47 CPCE's artikel R. 10-13 er affattet således:

»I. – Operatører inden for elektronisk kommunikation har i henhold til artikel L. 34-1, stk. III, pligt til af hensyn til efterforskning, afsløring og retsforfølgning af strafbare handlinger at lagre:

- a) oplysninger, der gør det muligt at fastslå brugerens identitet
- b) oplysninger om det anvendte terminaludstyr
- c) de tekniske kendetegn samt dato, tidspunkt og varighed af hver kommunikation
- d) oplysninger vedrørende de supplerende tjenester, der er anmodet om eller anvendt, samt leverandørerne heraf
- e) oplysninger, der gør det muligt at fastslå identiteten på den eller de modtagere, som kommunikationen er rettet til.

II. – I forbindelse med telefonitjenester skal operatøren lagre de i stk. II nævnte oplysninger og de oplysninger, der kan bidrage til at fastslå kommunikationens oprindelse og lokaliseringen heraf.

III. – De i denne artikel nævnte oplysninger skal lagres i et år, regnet fra den dato, hvor de er blevet registreret.

IV. – De identificerbare og specifikke meromkostninger, som er afholdt af de operatører, der af retslige myndigheder er blevet pålagt at udlevere data, som er omfattet af de i denne artikel nævnte kategorier, modtager kompensation i henhold til i artikel R. 213-1 i code de procédure pénale [(strafferetsplejeloven)].«

48 CPCE's artikel L. 10-14 bestemmer:

»I. – I henhold til artikel L. 34-1, stk. IV, har operatører inden for elektronisk kommunikation ret til i forbindelse med deres fakturerings- og betalingstransaktioner at lagre tekniske data, der gør det muligt at fastslå identiteten på brugeren, og de data, der er nævnt i artikel R. 10-13, stk. I, litra b), c) og d).

II. – I forbindelse med telefonitjenester kan operatørerne ud over de i stk. I nævnte data lagre tekniske data, der vedrører lokaliseringen af kommunikationen, identifikation af modtageren eller modtagerne af kommunikationen og de data, der gør det muligt at foretage fakturering.

III. – De i denne artikels stk. I og II nævnte data må kun lagres, hvis de er nødvendige for faktureringen af og betalingen for de leverede tjenester. Lagringen af disse data skal begrænses til det tidsrum, der er strengt nødvendigt for at nå dette formål, og må ikke overstige et år.

IV. – Operatører kan af hensyn til netværks- og udstyrssikkerheden i en periode på højst tre måneder lagre:

- a) data, der gør det muligt at identificere kommunikationens oprindelse

- b) de tekniske kendetegn samt dato, tidspunkt og varighed af hver kommunikation
- c) tekniske data, der gør det muligt at fastslå identiteten på modtageren eller modtagerne af kommunikationen
- d) data vedrørende de supplerende tjenester, der er anmodet om eller anvendt, samt leverandørerne heraf.«

Lov nr. 2004-575 af 21. juni 2004 om tillid til den digitale økonomi

- ⁴⁹ Artikel 6 i loi n° 2004-575, du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique (lov nr. 2004-575 af 21.6.2004 om tillid til den digitale økonomi, JORF af 22.6.2004, s. 11168, herefter »LCEN«) bestemmer:

»I. – 1. Personer, hvis virksomhed består i at tilbyde offentlige onlinekommunikationstjenester, informerer deres abonnenter om de tekniske funktioner, der gør det muligt at begrænse adgangen til visse tjenester eller at vælge mellem disse tjenester, og tilbyder dem mulighed for at anvende mindst en af disse funktioner.

[...]

2. Fysiske eller juridiske personer, der, selv vederlagsfrit, med henblik på tilrådighedsstillelse for offentligheden via offentlige onlinekommunikationstjenester varetager oplagring af signaler, skrift, billeder, lyd eller meddelelser af enhver art, der leveres af modtagere af disse tjenester, ifalder ikke civilretligt ansvar som følge af, at de efter anmodning fra en modtager af disse tjenester har udført handlinger eller lagret oplysninger, hvis de ikke havde konkret kendskab til, at disse handlinger eller lagringen af disse oplysninger var ulovlig, eller til de faktiske forhold og omstændigheder, der gjorde det muligt at konstatere denne ulovlighed, eller hvis de på det tidspunkt, hvor de fik kendskab hertil, straks tog skridt til at fjerne eller hindre adgangen til disse data.

[...]

II. – De personer, der er nævnt i stk. I-1 og I-2, skal lagre og opbevare data på en sådan måde, at det er muligt at identificere enhver, der har bidraget til at skabe indholdet eller en del af indholdet af de tjenester, som de leverer.

De giver de personer, der leverer en offentlig onlinekommunikationstjeneste, adgang til tekniske funktioner, der gør det muligt for disse sidstnævnte personer, at opfylde de identifikationskrav, der er fastsat i stk. III.

En retslig myndighed kan kræve, at de i stk. I nævnte data videregives til de tjenesteudbydere, der er nævnt i stk. I-1 og I-2.

[Straffelovens] artikel 226-17, 226-21 og 226-22 finder anvendelse på behandlingen af disse data.

I et dekret, der vedtages efter høring af Conseil d'État [(øverste domstol i forvaltningsretlige sager)], og efter indhentelse af en udtalelse fra den nationale databehandling og frihedsrettigheder, gives præcisering af de i stk. I nævnte data og af lagringens varighed og metode.

[...]«

Dekret 2011-219

50 Kapitel I i dekret 2011-219, der er vedtaget på grundlag af LCEN's artikel 6, stk. II, sidste stykke, indeholder dette dekrets artikel 1-4.

51 Artikel 1 i dekret 2011-219 bestemmer:

»De data, der er nævnt i [LCEN's] artikel 6, stk. II, i hvilken forbindelse der i henhold til denne bestemmelse består en lagringspligt, omfatter:

- 1° for personer, der er nævnt i samme artikels stk. I-1, og for hver enkelt abonnentforbindelse:
 - a) forbindelsesidentifikatoren
 - b) den identifikator, som disse personer har tildelt abonnenten
 - c) identifikatoren for den terminal, der anvendes, når de tilgår forbindelsen
 - d) dato og tidspunkt for forbindelsens opstart og afslutning
 - e) kendetegnene på abonnentlinjen.
- 2° for de personer, der er nævnt i samme artikels stk. I-2, og for hver enkelt handling, hvorved der skabes indhold:
 - a) identifikatoren for forbindelsen på kommunikationens oprindelsessted
 - b) den identifikator, som af informationssystemet tildeles det indhold, der er genstand for aktiviteten
 - c) de anvendte protokoltyper ved forbindelsen til tjenesten og ved overførsel af indhold
 - d) aktivitetens art
 - e) dato og tidspunkt for aktiviteten
 - f) den identifikator, der er anvendt af den, der har foretaget aktiviteten, når den pågældende har tildelt identifikatoren
- 3° for de personer, der er nævnt i samme artikels stk. I-1 og I-2, de oplysninger, der er tilvejebragt af en bruger ved indgåelsen af en aftale eller oprettelsen af en konto:
 - a) forbindelsesidentifikatoren ved oprettelsen af denne konto
 - b) for- og efternavne eller virksomhedsnavn
 - c) de tilknyttede postadresser
 - d) de anvendte pseudonymer
 - e) de tilknyttede e-mailadresser eller kontoadresser
 - f) telefonnumre
 - g) den opdaterede adgangskode samt de oplysninger, der gør det muligt at kontrollere eller ændre denne.
- 4° for de personer, der er nævnt i samme artikels stk. I-1 og I-2, når der i forbindelse med indgåelsen af en aftale eller oprettelsen af en konto opkræves betaling, for hver enkelt betalingstransaktion:
 - a) den anvendte betalingsform
 - b) betalingsreferencen
 - c) beløbet
 - d) dato og tidspunkt for transaktionen.

De data, der er nævnt i nr. 3° og 4°, må kun lagres, for så vidt som disse personer sædvanligvis indsamler sådanne data.«

52 Dette dekrets artikel 2 har følgende ordlyd:

»Aktiviteter, der bidrager til indholdsskabelse, omfatter følgende:

- a) den oprindelige indholdsskabelse

- b) ændringer af indhold og de data, der er forbundet med dette indhold
- c) fjernelse af indhold.«

53 Det nævnte dekrets artikel 3 bestemmer:

»Lagringsperioden for de i artikel 1 nævnte data, er:

- a) med hensyn til de data, der er nævnt i nr. 1° og 2°, et år regnet fra den dag, hvor indholdet skabes, for hver enkelt aktivitet, der bidrager til at skabe indhold som defineret i artikel 2
- b) med hensyn til de data, der er nævnt i nr. 3°, et år regnet fra den dag, hvor aftalen opsiges, eller hvor kontoen lukkes
- c) med hensyn til de data, der er nævnt i nr. 4°, et år regnet fra datoen for udstedelsen af fakturaen eller for betalingstransaktionen, for hver enkelt faktura eller betalingstransaktion.«

Belgisk ret

54 Ved lov af 29. maj 2016 blev der bl.a. foretaget ændringer af loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (lov af 13.6.2005 om elektronisk kommunikation, *Moniteur belge* af 20.6.2005, s. 28070, herefter »lov af 13. juni 2005«), code d’instruction criminelle (strafferetsplejeloven) og loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité (lov af 30.11.1998 om organiseringen af efterretnings- og sikkerhedstjenester, *Moniteur belge* af 18.12.1998, s. 40312, herefter »lov af 30. november 1998«).

55 Artikel 126, i lov af 13. juni 2005 i den affattelse, der følger af lov af 29. maj 2016, bestemmer:

»1. Uden at det berører loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l’égard des traitements de données à caractère personnel [(lov af 8.12.1992 om beskyttelse af privatlivets fred i forbindelse med behandling af personoplysninger)] skal udbydere af telefontjenester til offentligheden, herunder IP-telefoni, internetadgang, e-mailtjenester, operatører, der udbyder offentlige elektroniske kommunikationsnet, samt operatører, der udbyder en af disse tjenester, lagre de data, der er omhandlet i stk. 3, og som genereres eller behandles af disse i forbindelse med leveringen af de pågældende elektroniske kommunikationstjenester.

Denne artikel omfatter ikke indholdet af kommunikationen.

Den i stk. 3 nævnte forpligtelse til lagring af data finder også anvendelse på forgæves opkaldsforsøg, når disse data i forbindelse med leveringen af de pågældende elektroniske kommunikationstjenester:

- 1° genereres eller behandles af operatører af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller et offentligt elektronisk kommunikationsnet, for så vidt angår telefonidata, eller
- 2° arkiveres af disse udbydere, for så vidt angår internetdata.

2. Det er alene følgende myndigheder, der har ret til efter anmodning at indhente de data, der lagres i henhold til denne artikel, fra de i stk. 1, første afsnit, nævnte udbydere og operatører til de formål og på de betingelser, der er opregnet nedenfor:

- 1° retslige myndigheder med henblik på undersøgelse, efterforskning og retsforfølgning af strafbare handlinger, med henblik på gennemførelse af de foranstaltninger, der er omhandlet i [strafferetsplejelovens] artikel 46a og 88a, og på de betingelser, der er fastsat i disse artikler
- 2° efterretnings- og sikkerhedstjenester med henblik på at udføre deres efterretningsopgaver under anvendelse af de metoder for indsamling af data, der er omhandlet i artikel 16/2, 18/7 og 18/8 i [lov af 30.11.1998 om organiseringen af efterretnings- og sikkerhedstjenester] og under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i denne lov
- 3° retshåndhævelsespersonale ved [Institut belge des services postaux et des télécommunications (det belgiske institut for posttjenester og telekommunikation)] med henblik på undersøgelse, efterforskning og retsforfølgning af overtrædelser af artikel 114, 124 og nærværende artikel
- 4° beredskabstjenester, der yder hjælp på stedet, såfremt de efter et alarmopkald ikke fra den pågældende udbyder eller operatør kan få identifikationsoplysninger for den, der har foretaget opkaldet, på grundlag af oplysningerne i den database, der er nævnt i artikel 107, stk. 2, tredje afsnit, eller får ufuldstændige eller ukorrekte data. Der kan kun anmodes om identifikationsoplysninger for den, der foretager opkaldet, og anmodningen skal fremsættes senest 24 timer efter opkaldet.
- 5° retshåndhævelsespersonale ved Cellule des personnes disparues de la Police Fédérale [(forbundspolitiets enhed for savnede personer)] inden for rammerne af dennes opgave med at yde hjælp til personer i fare, eftersøgning af savnede personer og såfremt der foreligger formodning eller stærke indicier for, at den savnede persons fysiske integritet er i overhængende fare. Det er kun de data, der er omhandlet i stk. 3, første og andet afsnit, vedrørende den savnede person, som er blevet lagret i 48 timer inden anmodningen om adgang til oplysninger, der kan forlanges udleveret fra den berørte operatør eller udbyder, af en af kongen udnævnt bestemt polititjenestegren
- 6° Service de médiation pour les télécommunications [(ombudstjenesten for telekommunikation)], med henblik på identifikation af den person, der har foretaget en fejlagtig anvendelse af et net eller en elektronisk kommunikationstjeneste, i overensstemmelse med de betingelser, der er omhandlet i artikel 43a, stk. 3, nr. 7), i loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques [(lov af 21.3.1991 om reform af visse offentlige virksomheder)]. Der kan kun anmodes om identifikationsdata.

De udbydere og operatører, der er omhandlet i stk. 1, første afsnit, skal sikre, at der er ubegrænset adgang til de data fra Belgien, der er omhandlet i stk. 3, og at disse data og alle øvrige oplysninger, der er nødvendige vedrørende disse data, kan overføres straks og kun til de myndigheder, der er omhandlet i dette stykke.

Med forbehold af andre lovbestemmelser kan de udbydere og operatører, der er omhandlet i stk. 1, første afsnit, ikke anvende de data, der er lagret i henhold til stk. 3 til andre formål.

3. Data til identifikation af brugeren eller abonnenten og kommunikationsmidlerne med undtagelse af de data, der er specifikt nævnt i andet og tredje afsnit, skal lagres i 12 måneder regnet fra datoen, hvor en meddelelse er mulig for sidste gang ved hjælp af den anvendte tjeneste.

Data vedrørende terminaludstyrets adgang og forbindelse til nettet og lokaliseringen af dette udstyr, herunder nettermineringspunktet, skal lagres i 12 måneder regnet fra datoen for meddelelsen.

Kommunikationsdata med undtagelse af indholdet, herunder deres oprindelse og destination, skal lagres i 12 måneder regnet fra datoen for meddelelsen.

Kongen fastsætter ved bekendtgørelse godkendt af Conseil des ministres [(ministerrådet)] og efter forslag fra justitsministeren og [den ansvarlige minister for området for elektronisk kommunikation] og efter udtalelse fra Commission de la protection de la vie privée [(kommissionen for beskyttelse af privatlivet)] og instituttet de data, der skal lagres efter type af de kategorier, der er omhandlet i første til tredje afsnit, samt de krav, som de pågældende data skal opfylde.

[...]«

Twisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

Sag C-511/18

- 56 Ved søgsmål anlagt den 30. november 2015 og den 16. marts 2016 ved Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Frankrig), og senere forenet i hovedsagen, har Quadrature du Net, French Data Network, Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs og Igwan.net nedlagt påstand om annullation af dekret 2015-1185, 2015-1211, 2015-1639 og 2016-67, bl.a. med den begrundelse, at disse dekreter tilsidesætter den franske forfatning, den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«) samt direktiv 2000/31 og 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 47.
- 57 Hvad navnlig angår de anbringender, der vedrører tilsidesættelse af direktiv 2000/31, har den forelæggende ret anført, at CSI's artikel L. 851-3 pålægger operatører inden for elektronisk kommunikation og udbydere af tekniske tjenester »at anvende automatiseret behandling i deres netværk med henblik på i overensstemmelse med de parametre, som præciseres i tilladelsen, at opdage forbindelser, der vil kunne afsløre en terrortrussel«. Denne teknik tager udelukkende sigte på, i et begrænset tidsrum og blandt samtlige de forbindelsesdata, som disse operatører og disse udbydere behandler, at indsamle de data, der vil kunne have forbindelse til en sådan alvorlig strafbar handling. Under disse omstændigheder tilsidesætter de nævnte bestemmelser, der ikke pålægger en generel forpligtelse til aktiv overvågning, ikke artikel 15 i direktiv 2000/31.
- 58 Hvad angår de anbringender, der vedrører tilsidesættelse af direktiv 2002/58, er den forelæggende ret af den opfattelse, at det af bestemmelserne i dette direktiv og af dom af 21. december 2016, Tele2 Sverige og Watson m.fl. (C-203/15 og C-698/15, herefter »Tele2-dommen«, EU:C:2016:970), bl.a. følger, at de nationale bestemmelser, der pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester forpligtelser, såsom en forpligtelse til at foretage generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata vedrørende deres brugere og abonnenter, af de hensyn, der fremgår af det nævnte direktivs artikel 15, stk. 1, herunder hensynet til beskyttelse af den nationale sikkerhed, forsvaret og den offentlige sikkerhed, henhører under anvendelsesområdet for dette samme direktiv, for så vidt som disse bestemmelser regulerer de nævnte udbyderes virksomhed. Det samme gør sig gældende for de bestemmelser, der regulerer de nationale myndigheders adgang til og brug af disse data.
- 59 Den forelæggende ret har heraf udledt, at såvel den forpligtelse til lagring, der følger af CSI's artikel L. 851-1, som den administrative adgang til de nævnte data, herunder adgang i realtid, i henhold til den nævnte lovs artikel L. 851-1, L. 851-2 og L. 851-4, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58. Dette gælder efter den forelæggende rets opfattelse også for den samme lovs artikel L. 851-3, der ganske vist ikke pålægger de pågældende operatører en generel lagringsforpligtelse, men dog pålægger dem i deres netværk at anvende automatiserede behandlinger, der er bestemt til at opdage forbindelser, som vil kunne afsløre en terrortrussel.

- 60 Denne ret er til gengæld af den opfattelse, at de bestemmelser i CSI, der er genstand for annullationspåstandene, og som vedrører de teknikker til indsamling af efterretninger, der anvendes direkte af staten, uden at regulere den virksomhed, der udøves af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, ved at pålægge dem specifikke forpligtelser, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58. Disse bestemmelser kan derfor ikke anses for at gennemføre EU-retten, hvilket indebærer, at de anbringender, der vedrører spørgsmålet om, hvorvidt disse bestemmelser tilsidesætter direktiv 2002/58, ikke med føje kan gøres gældende.
- 61 For at kunne tage stilling til de tvister, der vedrører lovligheden af dekret 2015-1185, 2015-1211, 2015-1639 og 2016-67 i lyset af direktiv 2002/58, for så vidt som disse dekreter er vedtaget til gennemførelse af CSI's artikel L. 851-1 til L. 851-4, er det således nødvendigt at besvare tre spørgsmål om fortolkning af EU-retten.
- 62 Hvad angår fortolkningen af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 ønsker den forelæggende ret for det første oplyst, om en forpligtelse til at foretage generel og udifferentieret lagring, som pålægges udbydere af elektroniske kommunikationstjenester på grundlag af CSI's artikel L. 851-1 og R. 851-5, navnlig henset til de garantier og den kontrol, der derefter er forbundet med den administrative adgang til forbindelsesdata og anvendelsen heraf, skal anses for at udgøre et indgreb, der er begrundet i retten til personlig sikkerhed, som er sikret ved chartrets artikel 6, og i hensyn til den nationale sikkerhed, som medlemsstaterne er eneansvarlige for i medfør af artikel 4 TEU.
- 63 Hvad for det andet angår de øvrige forpligtelser, der kan pålægges udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, har den forelæggende ret anført, at CSI's artikel L. 851-2 alene med henblik på forebyggelse af terrorisme tillader indsamling af de oplysninger eller dokumenter, der er nævnt i denne lovs artikel L. 851-1, fra de samme personer. Denne indsamling, som kun vedrører en eller flere personer, der på forhånd er identificeret som personer, der kan have forbindelse til en terrortrussel, foretages i realtid. Det samme gælder den nævnte lovs artikel L. 851-4, hvorefter operatører i realtid kun kan overføre tekniske data, der vedrører lokaliseringen af terminaludstyr. Disse teknikker regulerer med henblik på andre formål og efter andre regler den administrative adgang i realtid til de data, der er lagret i henhold til CPCE og LCEN, uden at pålægge de pågældende udbydere et yderligere krav om lagring i forhold til, hvad der er nødvendigt for at foretage fakturering og levering af deres tjenester. Endvidere indebærer artikel L. 851-3, der foreskriver en forpligtelse for tjenesteudbydere til at foretage en automatiseret analyse af forbindelserne i deres netværk, heller ikke en generel og udifferentieret lagring.
- 64 Den forelæggende ret er imidlertid for det første af den opfattelse, at den operationelle nytte af såvel generel og udifferentieret lagring som adgang i realtid til forbindelsesdata savner modstykke i en situation, der er præget af alvorlige og vedvarende trusler mod den nationale sikkerhed, navnlig risikoen for terror. Generel og udifferentieret lagring gør det nemlig muligt for efterretningstjenesterne at få adgang til kommunikationsdata, før grundene til at antage, at en bestemt person udgør en trussel mod den offentlige sikkerhed, forsvaret eller statens sikkerhed, er identificeret. Endvidere gør adgang i realtid til forbindelsesdata det muligt med høj reaktionshastighed at følge den adfærd, som udvises af de personer, der kan udgøre en umiddelbar trussel mod den offentlige orden.
- 65 For det andet gør den teknik, der er fastsat i CSI's artikel L. 851-3, det muligt, på grundlag af præcist definerede kriterier herfor, at opdage personer, hvis adfærd, når deres kommunikationsmåder tages i betragtning, vil kunne afsløre en terrortrussel.
- 66 Hvad for det tredje angår de kompetente myndigheders adgang til de lagrede data ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktiv 2002/58, sammenholdt med chartret, skal fortolkes således, at det i alle tilfælde gør lovligheden af procedurer til indsamling af forbindelsesdata betinget af opfyldelsen af et krav om underretning af de berørte personer, når en sådan underretning ikke længere kan skade de

kompetente myndigheders efterforskning, eller om sådanne procedurer kan anses for at være lovlige, henset til alle de andre proceduremæssige garantier, der er fastsat i national ret, når disse sikrer, at adgangen til retsmidler er effektiv.

- 67 Hvad angår disse andre proceduremæssige garantier har den forelæggende ret bl.a. præciseret, at enhver, der ønsker en kontrol af, at den pågældende ikke er genstand for ulovlige efterretningsteknikker, kan anlægge sag ved den specialiserede afdeling ved Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), som det derefter påhviler under hensyn til de oplysninger, som denne domstol har modtaget, og uden at gennemføre en kontradiktorisk procedure, at foretage en prøvelse af, om der har været anvendt en sådan teknik i forhold til sagsøgeren, og om anvendelsen af denne teknik er sket i overensstemmelse med bog VIII i CSI. De beføjelser, som denne afdeling er tillagt med hensyn til at oplyse sagerne, sikrer, at den retslige prøvelse, som den udøver, er effektiv. Denne afdeling har således kompetence til at oplyse sagerne, af egen drift at påpege alle de ulovligheder, som den konstaterer, og at pålægge forvaltningen at træffe alle relevante foranstaltninger med henblik på at afhjælpe de konstaterede ulovligheder. Endvidere tilkommer det den nationale tilsynskommission for efterretningsteknikker at kontrollere, at teknikkerne til indsamling af efterretninger på nationalt område bliver anvendt i overensstemmelse med de krav, der følger af CSI. Den omstændighed, at de i hovedsagen omhandlede lovbestemmelser ikke foreskriver, at de berørte personer skal underrettes om de overvågningsforanstaltninger, som de har været genstand for, udgør således ikke i sig selv et uforholdsmæssigt indgreb i retten til respekt for privatlivet.
- 68 Under disse omstændigheder har Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal den forpligtelse til generel og udifferentieret lagring, som pålægges udbyderne på grundlag af bestemmelserne i artikel 15, stk. 1, i direktiv [2002/58], i en situation, der er præget af alvorlige og vedvarende trusler mod den nationale sikkerhed og navnlig af risikoen for terror, anses for et indgreb, der er begrundet i retten til personlig sikkerhed, som er sikret ved [chartrets] artikel 6 [...], og hensyn til den nationale sikkerhed, som medlemsstaterne er eneansvarlige for i medfør af artikel 4 [TEU]?
- 2) Skal direktiv [2002/58,] sammenholdt med [chartret,] fortolkes således, at det tillader lovgivningsmæssige foranstaltninger, såsom foranstaltninger med henblik på indsamling i realtid af trafik- og lokaliseringsdata vedrørende bestemte personer, som ganske vist påvirker rettigheder og forpligtelser for udbydere af en elektronisk kommunikationstjeneste, men dog ikke pålægger dem en specifik forpligtelse til lagring af deres data?
- 3) Skal direktiv [2002/58,] sammenholdt med [chartret,] fortolkes således, at det i alle tilfælde gør [lovligheden] af procedurer til indsamling af forbindelsesdata betinget af opfyldelsen af et krav om underretning af de berørte personer, når en sådan underretning ikke længere kan skade de kompetente myndigheders efterforskning, eller kan sådanne procedurer anses for at være [lovlige,] henset til samtlige øvrige eksisterende proceduremæssige garantier, idet disse sikrer, at adgangen til retsmidler er effektiv?«

Sag C-512/18

- 69 Ved et søgsmål anlagt den 1. september 2015 ved Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har French Data Network, Quadrature du Net og Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs nedlagt påstand om annullation af den stiltiende afgørelse om afslag, der fulgte af premierministerens manglende reaktion på deres anmodning om ophævelse af CPCE's artikel R. 10-13 og af dekret 2011-219, bl.a. med den begrundelse, at disse tekster er i strid med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11. Privacy International og Center for Democracy and Technology har fået tilladelse til at intervenere i hovedsagen.

- 70 Hvad angår CPCE's artikel R. 10-13 og den deri fastsatte forpligtelse til at foretage generel og udifferentieret lagring af kommunikationsdata har den forelæggende ret, der har anført betragtninger svarende til dem, der er fremsat i forbindelse med sag C-511/18, nævnt, at en sådan lagring gør det muligt for den retslige myndighed at få adgang til data om kommunikation, som en person har taget del i, før vedkommende er blevet mistænkt for at have begået en strafbar handling, hvilket indebærer, at nytten af denne lagring med henblik på at efterforske, fastslå og retsforfølge strafbare handlinger savner modstykke.
- 71 Hvad angår dekret 2011-219 er den forelæggende ret af den opfattelse, at LCEN's artikel 6, stk. II, der udelukkende pålægger en forpligtelse til bevaring og lagring af data, der vedrører skabelse af indhold, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58, idet dette anvendelsesområde i overensstemmelse med dette direktivs artikel 3, stk. 1, er begrænset til at omfatte offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, der stilles til rådighed via offentlige kommunikationsnet i Unionen, men inden for anvendelsesområdet for direktiv 2000/31.
- 72 Den forelæggende ret er imidlertid af den opfattelse, at det af artikel 15, stk. 1 og 2, i direktiv 2000/31 følger, at dette direktiv ikke indfører et principielt forbud mod lagring af data, der vedrører skabelse af indhold, som kun kan fraviges undtagelsesvis. Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt det nævnte direktivs artikel 12, 14 og 15, sammenholdt med chartrets artikel 6-8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at disse bestemmelser tillader en medlemsstat at indføre en national lovgivning, såsom LCEN's artikel 6, stk. II, der pålægger de berørte personer at lagre data, som vil kunne gøre det muligt at identificere enhver, der har bidraget til at skabe indholdet eller en del af indholdet af de tjenester, som de leverer, for at den retslige myndighed i påkommende tilfælde kan kræve videregivelse heraf med henblik på at sikre overholdelsen af reglerne om civil- eller strafferetligt ansvar.
- 73 Under disse omstændigheder har Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Skal den forpligtelse til generel og udifferentieret lagring, som pålægges udbyderne på grundlag af bestemmelserne i artikel 15, stk. 1, i direktiv [2002/58], navnlig henset til de garantier og den kontrol, som derefter er knyttet til indsamlingen og anvendelsen af disse forbindelsesdata, anses for et indgreb, der er begrundet i retten til personlig sikkerhed, som er sikret ved [chartrets] artikel 6 [...], og hensyn til den nationale sikkerhed, som medlemsstaterne er eneansvarlige for i medfør af artikel 4 [TEU]?
- 2) Skal bestemmelserne i direktiv [2000/31,] sammenholdt med [chartrets] artikel 6, 7, 8, 11 og artikel 52, stk. 1, [...] fortolkes således, at de tillader en stat at indføre en national lovgivning, der pålægger personer, hvis virksomhed består i at tilbyde adgang til offentlige onlinekommunikationstjenester, og fysiske eller juridiske personer, der, selv vederlagsfrit, med henblik på tilrådighedsstillelse for offentligheden via offentlige onlinekommunikationstjenester varetager oplagring af signaler, skrift, billeder, lyd eller meddelelser af enhver art, der leveres af modtagere af disse tjenester, at lagre data, som vil kunne gøre det muligt at identificere enhver, der har bidraget til at skabe indholdet eller en del af indholdet af de tjenester, som de leverer, for at den retslige myndighed i påkommende tilfælde kan kræve videregivelse heraf med henblik på at sikre overholdelsen af reglerne om civil- eller strafferetligt ansvar?«

Sag C-520/18

- 74 Ved søgsmål anlagt den 10. januar, den 16. januar, den 17. januar og den 18. januar 2017 ved Cour constitutionnelle (forfatningsdomstol, Belgien), og senere forenet i hovedsagen, har Ordre des barreaux francophones et germanophone, Académie Fiscale ASBL og UA, Liga voor Mensenrechten ASBL og Ligue des Droits de l'Homme ASBL samt VZ, WY og XX nedlagt påstand om annullation af

lov af 29. maj 2016 med den begrundelse, at denne lov tilsidesætter artikel 10 og 11 i den belgiske forfatning, sammenholdt med EMRK's artikel 5, 6-11, 14, 15, 17 og 18, chartrets artikel 7, 8, 11 og 47 samt artikel 52, stk. 1, artikel 17 i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder, vedtaget af De Forenede Nationers Generalforsamling den 16. december 1966 og trådt i kraft den 23. marts 1976, generelle principper om retssikkerhed, proportionalitet og selvbestemmelse på informationsområdet samt artikel 5, stk. 4, TEU.

- 75 Sagsøgerne i hovedsagen har til støtte for deres søgsmål i det væsentlige gjort gældende, at lov af 29. maj 2016 navnlig som følge af den omstændighed, at denne lov overskrider grænserne for det strengt nødvendige og ikke fastsætter tilstrækkelige garantier for beskyttelse, er ulovlig. Hverken denne lovs bestemmelser om datalagring eller dens bestemmelser om myndighedernes adgang til lagrede data opfylder de krav, der følger af dom af 8. april 2014, Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 og C-594/12, herefter »Digital Rights-dommen«, EU:C:2014:238), og af 21. december 2016, Tele2 (C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970). Disse bestemmelser medfører nemlig en risiko for, at der udfærdiges personprofiler, som kan føre til misbrug fra de kompetente myndigheders side, og fastsætter heller ikke et passende sikkerheds- og beskyttelsesniveau for de lagrede data. Endelig omfatter denne lov de personer, der er underlagt tavshedspligt, og de personer, der er underlagt en fortrolighedsforpligtelse, og vedrører følsomme personoplysninger uden at indeholde særlige garantier med henblik på at beskytte disse sidstnævnte oplysninger.
- 76 Den forelæggende ret har anført, at de data, som udbyderne af telefontjenester, herunder IP-telefoni, internetadgang, e-mailtjenester, og de operatører, der udbyder offentlige elektroniske kommunikationsnet i henhold til lov af 29. maj 2016 er de samme som dem, der er nævnt i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15. marts 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), uden at der er foretaget en sontring med hensyn til de berørte personer eller ud fra det forfulgte formål. I denne sidstnævnte henseende har den forelæggende ret præciseret, at det formål, som lovgiver forfølger med denne lov, ikke kun er at bekæmpe terrorisme og børnepornografi, men ligeledes at kunne anvende de lagrede oplysninger i en række forskellige situationer i forbindelse med strafferetlig efterforskning. Den forelæggende ret har endvidere anført, at det af begrundelsen for den nævnte lov fremgår, at den nationale lovgiver var af den opfattelse, at det i lyset af det forfulgte formål ikke var muligt at indføre en forpligtelse til at foretage målrettet og differentieret lagring, og at denne lovgiver valgte at lade forpligtelsen til at foretage generel og udifferentieret lagring ledsage af strenge garantier med hensyn til såvel de lagrede data som adgangen hertil, med henblik på at begrænse indgrebet i retten til respekt for privatlivet til et minimum.
- 77 Den forelæggende ret har tilføjet, at artikel 126, stk. 2, nr. 1° og 2°, i lov af 13. juni 2005 i den affattelse, der følger af lov af 29. maj 2016, fastsætter de betingelser, hvorunder henholdsvis de retslige myndigheder og efterretnings- og sikkerhedstjenesterne kan få adgang til de lagrede data, og undersøgelsen af, om denne lov i lyset af de krav, der følger af EU-retten, er lovlig, bør derfor udsættes, indtil Domstolen har truffet afgørelse i de to præjudicielle sager, der verserer for den, og som vedrører en sådan adgang.
- 78 Endelig har den forelæggende ret anført, at lov af 29. maj 2016 har til formål at gøre det muligt at sikre effektiv strafferetlig efterforskning af og effektive sanktioner over for seksuelt misbrug af mindreårige og at gøre det muligt at foretage identifikation af gerningsmanden bag en sådan overtrædelse, selv i de tilfælde, hvor der gøres brug af elektroniske kommunikationsmidler. Under sagen for den forelæggende ret er opmærksomheden i denne henseende blevet henledt på de positive forpligtelser, der følger af EMRK's artikel 3 og 8. Disse forpligtelser kan ligeledes følge af de tilsvarende bestemmelser i chartret, hvilket kan påvirke fortolkningen af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58.

79 Under disse omstændigheder har Cour constitutionnelle (forfatningsdomstol) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal artikel 15, stk. 1, i direktiv [2002/58], sammenholdt med den ret til sikkerhed, der er sikret ved [chartrets] artikel 6 [...], og retten til respekt for personoplysninger, som er sikret ved [chartrets] artikel 7, 8 og artikel 52, stk. 1, [...], fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en national lovgivning – såsom den omhandlede, der fastsætter en generel pligt for operatører og udbydere af elektroniske kommunikationstjenester til at lagre trafik- og lokaliseringsdata som omhandlet i direktiv [2002/58], der genereres og behandles af dem inden for rammerne af udbuddet af disse tjenester – som ikke kun har efterforskning, afsløring og retsforfølgning af grov kriminalitet som formål, men ligeledes sikring af den nationale sikkerhed, forsvar af territoriet, den offentlige sikkerhed, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af andre grunde end grov kriminalitet eller forebyggelse af ulovlig brug af elektroniske kommunikationssystemer eller gennemførelse af et andet formål i henhold til artikel 23, stk. 1, i forordning [2016/679], og som endvidere er undergivet præcise garantier i denne lovgivning vedrørende lagring af data og adgangen dertil?
- 2) Skal artikel 15, stk. 1, i direktiv [2002/58], sammenholdt med [chartrets] artikel 4, 7, 8, 11 og artikel 52, stk. 1, [...] fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en national lovgivning – såsom den omhandlede, der fastsætter en generel pligt for operatører og udbydere af elektroniske kommunikationstjenester til at lagre trafik- og lokaliseringsdata som omhandlet i direktiv [2002/58], der genereres og behandles af dem inden for rammerne af udbuddet af disse tjenester – såfremt denne lovgivning bl.a. har til formål at opfylde de positive forpligtelser, der påhviler myndigheden i henhold til chartrets artikel 4 og [7], der består i at fastsætte en retlig ramme, der muliggør en effektiv strafferetlig efterforskning af og en effektiv retshåndhævelse over for seksuelt misbrug af mindreårige, og som rent faktisk gør det muligt at identificere gerningsmanden bag overtrædelsen, selv i tilfælde, hvor der gøres brug af elektroniske kommunikationsmidler?
- 3) Såfremt Cour constitutionnelle (forfatningsdomstol) på grundlag af besvarelserne af det første og det andet præjudicielle spørgsmål konkluderer, at den anfægtede lov er i strid med en eller flere af de forpligtelser, der følger af de i disse spørgsmål nævnte bestemmelser, kan Cour constitutionnelle (forfatningsdomstol) da midlertidigt opretholde virkningerne af lov af [29. maj 2016] med henblik på at undgå retsusikkerhed og muliggøre, at data, der forinden er blevet indsamlet og lagret, stadig kan anvendes til de formål, der er omhandlet i loven?»

Retsforhandlingerne for Domstolen

80 Ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 25. september 2018 er sag C-511/18 og sag C-512/18 blevet forenet med henblik på den skriftlige forhandling, den mundtlige forhandling og dommen. Ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 9. juli 2020 er sag C-520/18 blevet forenet med disse sager med henblik på dommen.

De præjudicielle spørgsmål

De første spørgsmål i sagerne C-511/18 og C-512/18 og det første og det andet spørgsmål i sag C-520/18

81 Med det første spørgsmål i sagerne C-511/18 og C-512/18 og det første og det andet spørgsmål i sag C-520/18, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en

national lovgivning, der med henblik på de formål, der er fastsat i denne artikel 15, stk. 1, pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at foretage generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata.

Indledende bemærkninger

- 82 Det fremgår af de sagsakter, som Domstolen råder over, at de i hovedsagerne omhandlede lovgivninger omfatter alle elektroniske kommunikationsmidler og alle de brugere, der anvender disse midler, uden i denne henseende at foreskrive nogen form for sondring eller undtagelse. De data, som udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester i medfør af disse lovgivninger skal lagre, er endvidere navnlig de data, der er nødvendige for at spore kilden til en kommunikation og dens bestemmelsessted, fastslå en kommunikations dato, tidspunkt, varighed og type, identificere det anvendte kommunikationsudstyr og foretage lokalisering af terminaludstyret og kommunikationerne, dvs. data, der navnlig omfatter navn og adresse på brugeren, telefonnummer på den, der foretager opkaldet, og det kaldte nummer samt for internettjenester en IP-adresse. De nævnte data omfatter derimod ikke indholdet af den pågældende kommunikation.
- 83 De data, der i henhold til de i hovedsagerne omhandlede nationale lovgivninger skal lagres i et år, gør det således navnlig muligt at få kendskab til, med hvilken person brugeren af et elektronisk kommunikationsmiddel har kommunikeret, og ved hjælp af hvilket middel denne kommunikation har fundet sted, at fastslå datoen og tidspunktet for samt varigheden af kommunikationen og internetforbindelsen, og den lokalitet, hvorfra den har fundet sted, og at få kendskab til lokaliseringen af terminaludstyr, uden at der nødvendigvis er sket overføring af kommunikation. Desuden gør disse data det muligt at få kendskab til hyppigheden af brugerens kommunikation med bestemte personer i en given periode. Hvad endelig angår den i sagerne C-511/18 og C-512/18 omhandlede nationale lovgivning synes denne lovgivning, for så vidt som den også omfatter de data, der vedrører overføring af elektronisk kommunikation via netværk, at gøre det muligt at identificere arten af de oplysninger, der er tilgængelige online.
- 84 Hvad angår de forfulgte formål skal det bemærkes, at de i sagerne C-511/18 og C-512/18 omhandlede lovgivninger bl.a. har til formål at gøre det muligt at efterforske, fastslå og retsforfølge strafbare handlinger i almindelighed og at sikre hensynet til statens uafhængighed, den territoriale integritet og det nationale forsvar, væsentlige udenrigspolitiske interesser, opfyldelsen af Frankrigs europæiske og internationale forpligtelser, Frankrigs væsentlige økonomiske, industrielle og videnskabelige interesser samt hensynet til at forebygge terrorisme, angreb mod institutioners republikanske grundlag og kollektive voldshandlinger, der alvorligt påvirker opretholdelsen af lov og orden. Hvad angår den i sag C-520/18 omhandlede lovgivning har denne bl.a. til formål at gøre det muligt at efterforske, afsløre og retsforfølge strafbare handlinger samt at varetage hensynet til beskyttelsen af den nationale sikkerhed, forsvaret af territoriet og den offentlige sikkerhed.
- 85 De forelæggende retter ønsker nærmere bestemt oplyst, hvilken eventuel indvirkning retten til personlig sikkerhed, der er sikret ved chartrets artikel 6, har på fortolkningen af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58. De ønsker endvidere oplyst, om det indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er sikrede ved chartrets artikel 7 og 8, som den lagring af data, der er fastsat bestemmelse om i de i hovedsagerne omhandlede lovgivninger, medfører, kan anses for at være begrundet som følge af eksistensen af regler, der begrænser de nationale myndigheders adgang til de lagrede data. Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) er endvidere af den opfattelse, at eftersom dette spørgsmål er opstået i en situation, der er præget af alvorlige og vedvarende trusler mod den nationale sikkerhed, skal det desuden vurderes i lyset af artikel 4, stk. 2, TEU. Cour constitutionnelle (forfatningsdomstol) har anført, at den i sag C-520/18 omhandlede nationale lovgivning endvidere gennemfører de positive forpligtelser, der følger af chartrets artikel 4 og 7, og som består i at fastsætte en retlig ramme, der gør det muligt at foretage effektiv retshåndhævelse over for seksuelt misbrug af mindreårige.

86 Mens såvel Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) som Cour constitutionnelle (forfatningsdomstol) har taget udgangspunkt i den forudsætning, at de i hovedsagerne omhandlede nationale lovgivninger, som regulerer lagring af trafikdata og lokaliseringsdata, samt de nationale myndigheders adgang til disse data med henblik på de formål, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, såsom beskyttelsen af den nationale sikkerhed, er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, har visse af parterne i hovedsagerne og visse af de medlemsstater, der har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen, i denne forbindelse givet udtryk for en anden opfattelse, navnlig med hensyn til fortolkningen af det nævnte direktivs artikel 1, stk. 3. Det skal derfor først undersøges, om de nævnte lovgivninger er omfattet af anvendelsesområdet for dette samme direktiv.

Anvendelsesområdet for direktiv 2002/58

87 La Quadrature du Net, Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, Igwan.net, Privacy International og Center for Democracy and Technology har i denne henseende under henvisning til Domstolens praksis vedrørende anvendelsesområdet for direktiv 2002/58 i det væsentlige anført, at såvel lagringen af data som adgangen til de lagrede data er omfattet af dette anvendelsesområde, uanset om denne adgang finder sted med forsinkelse eller i realtid. Eftersom formålet om at beskytte den nationale sikkerhed udtrykkeligt er nævnt i dette direktivs artikel 15, stk. 1, kan forfølgelsen af dette formål ikke medføre, at det nævnte direktiv ikke finder anvendelse. Artikel 4, stk. 2, TEU, som de forelæggende retter har henvist til, påvirker ikke denne vurdering.

88 Hvad angår de efterretningsforanstaltninger, som de kompetente franske myndigheder anvender direkte, uden at regulere den virksomhed, der udøves af udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester, ved at pålægge dem specifikke forpligtelser, har Center for Democracy and Technology anført, at disse foranstaltninger nødvendigvis er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58 og af anvendelsesområdet for chartret, eftersom de udgør undtagelser fra det fortrolighedsprincip, der er sikret ved dette direktivs artikel 5. De nævnte foranstaltninger skal således overholde de krav, der følger af dette direktivs artikel 15, stk. 1.

89 Den franske, den tjekkiske og den estiske regering, Irland, den cypriotiske, den ungarske, den polske og den svenske regering samt Det Forenede Kongeriges regering har derimod i det væsentlige gjort gældende, at direktiv 2002/58 ikke finder anvendelse på nationale lovgivninger som de i hovedsagerne omhandlede, for så vidt som disse lovgivninger har til formål at beskytte den nationale sikkerhed. For så vidt som efterretningstjenesternes aktiviteter vedrører opretholdelse af lov og orden samt beskyttelse af den interne sikkerhed og den territoriale integritet, henhører de under medlemsstaternes centrale funktioner og dermed under medlemsstaternes enekompetence, således som det bl.a. fremgår af artikel 4, stk. 2, tredje punktum, TEU.

90 Disse regeringer og Irland har endvidere henvist til artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58, hvorefter dette direktivs anvendelsesområde i lighed med, hvad der allerede fremgik af artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46, ikke omfatter de aktiviteter, der vedrører den offentlige sikkerhed, forsvaret og statens sikkerhed. Disse procesdeltagere har i denne henseende støttet sig på den fortolkning af denne sidstnævnte bestemmelse, der fremgår af dom af 30. maj 2006, Parlamentet mod Rådet og Kommissionen (C-317/04 og C-318/04, EU:C:2006:346).

91 Det skal i denne henseende bemærkes, at det af artikel 1, stk. 1, i direktiv 2002/58 fremgår, at dette direktiv bl.a. 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.

- 92 Dette direktivs artikel 1, stk. 3, udelukker fra sit anvendelsesområde »statens aktiviteter« på de områder, som er nævnt deri, herunder statens aktiviteter på det strafferetlige område og aktiviteter, der vedrører den offentlige sikkerhed, forsvaret, statens sikkerhed, herunder statens økonomiske interesser, når disse aktiviteter er forbundet med spørgsmål vedrørende statens sikkerhed. De aktiviteter, der er nævnt som eksempler heri, er under alle omstændigheder statens eller statslige myndigheders aktiviteter, der ikke har noget at gøre med området for den enkelte borgers aktiviteter (dom af 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).
- 93 Det fremgår endvidere af artikel 3 i direktiv 2002/58, at dette direktiv finder anvendelse på behandling af personoplysninger i forbindelse med, at offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester stilles til rådighed via offentlige kommunikationsnet i Unionen, herunder offentlige kommunikationsnet med dataindsamlings- og identifikationsudstyr (herefter »de elektroniske kommunikationstjenester«). Det nævnte direktiv skal derfor anses for at regulere den virksomhed, som udbydere af sådanne tjenester udøver (dom af 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).
- 94 I denne henseende gør artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 det muligt for medlemsstaterne under iagttagelse af de i direktivet fastsatte betingelser at vedtage »retsforskrifter med henblik på at indskrænke rækkevidden af de rettigheder og forpligtelser, der omhandles i [dette direktivs] artikel 5, artikel 6, artikel 8, stk. 1, 2, 3 og 4, og artikel 9« (dom af 21.12.2016, Tele2, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 71).
- 95 Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 forudsætter imidlertid nødvendigvis, at de heri omhandlede nationale retsforskrifter er omfattet af det nævnte direktivs anvendelsesområde, idet det af direktivet udtrykkeligt fremgår, at medlemsstaterne kun må vedtage sådanne retsforskrifter under iagttagelse af de i direktivet fastsatte betingelser. Sådanne retsforskrifter regulerer desuden med de i bestemmelsen fastsatte formål for øje den virksomhed, som udøves af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester (dom af 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).
- 96 Domstolen fastslog bl.a. ud fra disse betragtninger, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med dette direktivs artikel 3, skal fortolkes således, at det ikke kun er en retsforskrift, der pålægger udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester at lagre trafikdata og lokaliseringsdata, der er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, men også en retsforskrift, der pålægger disse udbydere at give de kompetente nationale myndigheder adgang til disse data. Sådanne retsforskrifter indebærer nemlig nødvendigvis, at de nævnte udbydere behandler de nævnte oplysninger, og kan, for så vidt som de regulerer de nævnte udbyderes virksomhed, ikke sidestilles med statens aktiviteter, der er omfattet af det nævnte direktivs artikel 1, stk. 3 (jf. i denne retning dom af 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 35 og 37 og den deri nævnte retspraksis).
- 97 Henset til de betragtninger, der fremgår af denne doms præmis 95, og til den generelle opbygning af direktiv 2002/58 ville en fortolkning af dette direktiv, hvorefter de retsforskrifter, der er nævnt i dets artikel 15, stk. 1, er udelukket fra det nævnte direktivs anvendelsesområde som følge af, at de formål, som sådanne retsforskrifter skal opfylde, i det væsentlige kan sammenholdes med de formål, der forfølges med de i dette samme direktivs artikel 1, stk. 3, omhandlede aktiviteter, endvidere fratage denne artikel 15, stk. 1, enhver effektiv virkning (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, Tele2, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 72 og 73).
- 98 Begrebet »aktiviteter«, der er anvendt i artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58, kan, således som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 75 i forslaget til afgørelse i sagen La Quadrature du Net m.fl. (C-511/18 og C-512/18, EU:C:2020:6), derfor ikke fortolkes således, at det omfatter de retsforskrifter, der er omhandlet i dette direktivs artikel 15, stk. 1.

- 99 Artikel 4, stk. 2, TEU, som de regeringer, der er nævnt i denne doms præmis 89, har henvist til, kan ikke rejse tvivl om denne konklusion. Det fremgår nemlig af Domstolens faste praksis, at selv om det tilkommer medlemsstaterne at fastsætte deres væsentlige sikkerhedsinteresser og at træffe de nødvendige foranstaltninger til at opretholde deres indre og ydre sikkerhed, kan alene den omstændighed, at en national foranstaltning er blevet truffet med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed, ikke medføre, at EU-retten ikke finder anvendelse, og fritage medlemsstaterne fra at sikre den nødvendige overholdelse af denne ret (jf. i denne retning dom af 4.6.2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, præmis 38, af 20.3.2018, Kommissionen mod Østrig (Statstrykkeri), C-187/16, EU:C:2018:194, præmis 75 og 76, og af 2.4.2020, Kommissionen mod Polen, Ungarn og Den Tjekkiske Republik (Midlertidig flytningsordning for ansøgere om international beskyttelse), C-715/17, C-718/17 og C-719/17, EU:C:2020:257, præmis 143 og 170).
- 100 Det er korrekt, at Domstolen i dom af 30. maj 2006, Parlamentet mod Rådet og Kommissionen (C-317/04 og C-318/04, EU:C:2006:346, præmis 56-59), fastslog, at luftfartsselskabers videregivelse af personoplysninger til offentlige myndigheder i et tredjeland med henblik på at forebygge og bekæmpe terrorisme og andre alvorlige forbrydelser i henhold til artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46 ikke var omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, eftersom denne videregivelse skete inden for rammer, der var indført af de offentlige myndigheder, og som vedrørte den offentlige sikkerhed.
- 101 Henset til de betragtninger, der fremgår af denne doms præmis 93, 95 og 96, kan denne retspraksis imidlertid ikke overføres på fortolkningen af artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58. Således som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 70-72 i forslag til afgørelse La Quadrature du Net m.fl. (C-511/18 og C-512/18, EU:C:2020:6), udelukkede artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46, som den nævnte retspraksis omhandlede, nemlig generelt »behandling, der vedrører den offentlige sikkerhed, forsvar, statens sikkerhed«, fra dette sidstnævnte direktivs anvendelsesområdet, uden at foretage en sontring ud fra, hvem der havde behandlet de pågældende data. Det er i forbindelse med fortolkningen af artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58, til gengæld nødvendigt at foretage en sådan sontring. Som det fremgår af denne doms præmis 94-97, henhører al behandling af personoplysninger, der foretages af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, nemlig under det nævnte direktivs anvendelsesområde, herunder de behandlinger, der følger af de forpligtelser, som disse udbydere er pålagt af de offentlige myndigheder, selv om disse sidstnævnte behandlinger i givet fald kunne være omfattet af den undtagelse, der er fastsat i artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46, som følge af den bredere formulering af denne bestemmelse, der omhandler alle behandlinger, uanset hvem der foretager dem, og som vedrører den offentlige sikkerhed, forsvaret eller statens sikkerhed.
- 102 Det skal i øvrigt bemærkes, at direktiv 95/46, der var genstand for den sag, der gav anledning til dom af 30. maj 2006, Parlamentet mod Rådet og Kommissionen (C-317/04 og C-318/04, EU:C:2006:346), i henhold til artikel 94, stk. 1, i forordning 2016/679 blev ophævet og erstattet af denne sidstnævnte forordning med virkning fra den 25. maj 2018. Selv om det af den nævnte forordnings artikel 2, stk. 2, litra d), fremgår, at denne forordning ikke gælder for behandlinger, som foretages af »kompetente myndigheder« med henblik på bl.a. at forebygge og afsløre strafbare handlinger, herunder beskytte og forebygge trusler mod den offentlige sikkerhed, fremgår det af samme forordnings artikel 23, stk. 1, litra d) og h), at behandling af personoplysninger, der af privatpersoner foretages med henblik på de samme formål, er omfattet af forordningens anvendelsesområde. Det følger heraf, at den ovenfor anførte fortolkning af artikel 1, stk. 3, artikel 3 og artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 er i overensstemmelse med den afgrænsning af anvendelsesområdet for forordning 2016/679, som dette direktiv supplerer og præciserer.
- 103 Når medlemsstaterne direkte vedtager foranstaltninger, der fraviger kravet om fortrolighed i forbindelse med elektronisk kommunikation, uden at pålægge de udbydere, der tilbyder denne form for kommunikation, behandlingsforpligtelser, henhører beskyttelsen af de pågældende personoplysninger til gengæld ikke under direktiv 2002/58, men udelukkende under national ret, dog med forbehold af anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/680 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med kompetente myndigheders behandling af personoplysninger med

henblik på at forebygge, efterforske, afsløre eller retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af Rådets rammeafgørelse 2008/977/RIA (EUT 2006, L 119, s. 89), hvilket indebærer, at de omhandlede foranstaltninger skal overholde bl.a. de nationale regler, der har forfatningsrang, og de krav, der følger af EMRK.

- 104 Det følger af de ovenfor anførte betragtninger, at en national lovgivning, der pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at lagre trafikdata og lokaliseringsdata med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed og bekæmpe kriminalitet, såsom de i hovedsagerne omhandlede lovgivninger, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58.

Fortolkningen af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58

- 105 Det skal indledningsvis bemærkes, at det af fast retspraksis fremgår, at der ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse ikke blot skal tages hensyn til dennes ordlyd, men også til den sammenhæng, hvori den indgår, og til de mål, der forfølges med den lovgivning, som den er en del af, og bl.a. til denne lovgivnings tilblivelse (jf. i denne retning dom af 17.4.2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 44).
- 106 Som det bl.a. fremgår af sjette og syvende betragtning til direktiv 2002/58, har dette direktiv til formål at beskytte brugerne af elektroniske kommunikationstjenester mod de risikomomenter for deres personoplysninger og privatliv, der følger af anvendelsen af ny teknologi, og navnlig den øgede mulighed for at foretage automatiseret opbevaring og behandling af oplysninger. Det nævnte direktiv søger, således som det fremgår af anden betragtning hertil, især at sikre fuld overholdelse af de rettigheder, der er nævnt i chartrets artikel 7 og 8. Det fremgår i denne henseende af begrundelsen til forslaget til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (KOM(2000) 385 endelig), der lå til grund for direktiv 2002/58, at EU-lovgiver ønskede »at sikre, at der fortsat garanteres en høj grad af beskyttelse af personoplysninger og privatlivets fred i forbindelse med alle elektroniske kommunikationstjenester, uanset hvilken teknologi der anvendes«.
- 107 Artikel 5, stk. 1, i direktiv 2002/58 fastsætter i denne henseende princippet om fortrolighed i forbindelse med såvel elektronisk kommunikation som de dermed forbundne trafikdata, og indebærer navnlig, at det for andre end brugerne principielt er forbudt for enhver at lagre denne kommunikation og disse data, uden at disse brugere har givet samtykke hertil.
- 108 Hvad navnlig angår den behandling og lagring af trafikdata, der foretages af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, fremgår det af artikel 6 i samt af 22. og 26. betragtning til direktiv 2002/58, at en sådan behandling kun er tilladt i det omfang og tidsrum, der er nødvendigt af hensyn til markedsføringen og faktureringen af tjenesterne, samt leveringen af tillægstjenester. Når denne frist er udløbet, skal de behandlede eller lagrede data slettes eller gøres anonyme. Hvad angår andre lokaliseringsdata end trafikdata bestemmer det nævnte direktivs artikel 9, stk. 1, at disse data kun kan behandles under visse betingelser og kun, når de er gjort anonyme, eller når brugeren eller abonnenten har givet sit samtykke hertil (dom af 21.12.2016, Tele2, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 86 og den deri nævnte retspraksis).
- 109 EU-lovgiver har således med vedtagelsen af dette direktiv konkretiseret de rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, hvilket indebærer, at brugerne af elektroniske kommunikationsmidler principielt med rette kan forvente, at deres kommunikation og de dermed forbundne data forbliver anonyme, så længe de ikke har givet deres samtykke, og ikke kan gøres til genstand for registrering.

- 110 Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 gør det imidlertid muligt for medlemsstaterne at indføre undtagelser til såvel den i dette direktivs artikel 5, stk. 1, fastsatte principielle forpligtelse til at sikre fortroligheden af personoplysninger som til de tilsvarende forpligtelser, der bl.a. er anført i det nævnte direktivs artikel 6 og 9, hvis en sådan indskrænkning er nødvendig, passende og forholdsmæssig i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, forsvaret, den offentlige sikkerhed, eller forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning i straffesager eller uautoriseret brug af det elektroniske kommunikationssystem. Med henblik herpå kan medlemsstaterne bl.a. vedtage retsfor skrifter om lagring af data i en begrænset periode, som kan begrundes i et af disse hensyn.
- 111 Når dette er sagt, kan den mulighed for at fravige de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat i artikel 5, 6 og 9 i direktiv 2002/58, ikke begrundes, at en fravigelse af den principielle pligt til at sikre fortroligheden af elektronisk kommunikation og de dermed forbundne data, og navnlig af det forbud mod at lagre disse data, der udtrykkeligt er fastsat i dette direktivs artikel 5, bliver hovedreglen (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 89 og 104).
- 112 Hvad angår de formål, som kan begrundes en begrænsning af de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat i navnlig artikel 5, 6 og 9 i direktiv 2002/58, har Domstolen allerede fastslået, at opregningen af de formål, der er fastsat i dette direktivs artikel 15, stk. 1, første punktum, er udtømmende, således at en retsfor skrift, der er vedtaget i henhold til denne bestemmelse, faktisk og præcist skal opfylde et af disse formål (jf. i denne retning dom af 2.10.2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).
- 113 Det fremgår endvidere af artikel 15, stk. 1, tredje punktum, i direktiv 2002/58, at medlemsstaterne kun har mulighed for at vedtage retsfor skrifter med henblik på at indskrænke rækkevidden af de rettigheder og forpligtelser, der er omhandlet i dette direktivs artikel 5, 6 og 9, såfremt dette sker i overensstemmelse med EU-rettens generelle principper, som bl.a. omfatter proportionalitetsprincippet, og de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartret. Domstolen har i denne henseende allerede fastslået, at den pligt, som en medlemsstat i henhold til en national lovgivning har pålagt udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, til at lagre trafikdata med henblik på i påkommende tilfælde at gøre dem tilgængelige for de kompetente nationale myndigheder, ikke blot rejser en række spørgsmål vedrørende overholdelsen af chartrets artikel 7 og 8, der vedrører henholdsvis respekten for privatlivet og beskyttelsen af personoplysninger, men ligeledes vedrørende artikel 11, der omhandler ytringsfriheden (jf. i denne retning dom af 8.4.2014, *Digital Rights*, C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 25 og 70, og af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 91 og 92 og den deri nævnte retspraksis).
- 114 I forbindelse med fortolkningen af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 skal der således tages hensyn til betydningen af såvel retten til respekt for privatlivet, der er sikret ved chartrets artikel 7, som retten til beskyttelse af personoplysninger, der er sikret ved dette charters artikel 8, således som denne betydning fremgår af Domstolens praksis, og retten til ytringsfrihed, idet denne grundlæggende rettighed, der er sikret ved chartrets artikel 11, udgør et af de væsentlige grundlag for et demokratisk og pluralistisk samfund, og er en del af de værdier, som Unionen i overensstemmelse med artikel 2 TEU er støttet på (jf. i denne retning dom af 6.3.2001, *Connolly mod Kommissionen*, C-274/99 P, EU:C:2001:127, præmis 39, og af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 93 og den deri nævnte retspraksis).
- 115 Det skal i denne henseende præciseres, at lagring af trafikdata og lokaliseringsdata i sig selv udgør dels en undtagelse fra det forbud mod at lagre disse data, der er fastsat i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2002/58, og som gælder for alle andre end brugerne, dels et indgreb i den grundlæggende ret til respekt for privatlivet og til beskyttelse af personoplysninger, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, idet det ikke er afgørende, om de pågældende oplysninger vedrørende privatlivet er følsomme, eller om dette indgreb har medført eventuelle ubehageligheder for de berørte (jf. i denne retning udtalelse 1/15

(PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 124 og 126 og den deri nævnte retspraksis; jf. analogt om EMRK's artikel 8, Menneskerettighedsdomstolen, 30.1.2020, Breyer mod Tyskland, CE:ECHR:2020:0130JUD005000112, § 81).

- 116 Det er desuden ikke afgørende, om de lagrede data efterfølgende anvendes (jf. analogt om EMRK's artikel 8, Menneskerettighedsdomstolen, 16.2.2000, Amann mod Schweiz, CE:ECHR:2000:0216JUD002779895, § 69, og af 13.2.2020, Trjakovski og Chipovski mod Nordmakedonien, CE:ECHR:2020:0213JUD005320513, § 51), idet adgangen til sådanne data, uanset hvorledes disse data efterfølgende anvendes, udgør et særskilt indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er nævnt i den foregående præmis (jf. i denne retning udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 124 og 126).
- 117 Denne konklusion forekommer så meget desto mere begrundet, som trafikdata og lokaliseringsdata kan afsløre oplysninger om en lang række forhold, der vedrører de berørte personers privatliv, herunder følsomme oplysninger, såsom oplysninger om seksuel orientering, politiske anskuelser, samfundsmæssige, filosofiske, religiøse og andre overbevisninger samt oplysninger om helbredstilstand, mens sådanne oplysninger i øvrigt nyder en særlig beskyttelse i EU-retten. De nævnte data vil tilsammen kunne gøre det muligt at drage meget præcise slutninger vedrørende privatlivet for de personer, hvis data er blevet lagret, såsom vaner i dagligdagen, midlertidige eller varige opholdssteder, daglige eller andre rejser, hvilke aktiviteter der udøves, disse personers sociale relationer og de sociale miljøer, de frekventerer. Særligt gør disse data det muligt at lave en profil af de berørte personer, hvilken oplysning, henset til retten for respekt af privatlivet, er lige så følsom som selve indholdet af kommunikationen (jf. i denne retning dom af 8.4.2014, Digital Rights, C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 27, og af 21.12.2016, Tele2, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 99).
- 118 For det første bemærkes, at lagring af trafikdata og lokaliseringsdata med henblik på politimæssige formål i sig selv kan medføre et indgreb i retten til respekt for kommunikation, der er sikret ved chartrets artikel 7, og have afskrækkende virkninger, der kan afholde brugerne af elektroniske kommunikationsmidler fra at udøve deres ret til ytringsfrihed, der er sikret ved dette charters artikel 11 (jf. i denne retning dom af 8.4.2014, Digital Rights, C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 28, og af 21.12.2016, Tele2, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 101). Sådanne afskrækkende virkninger kan imidlertid navnlig påvirke de personer, hvis kommunikation i henhold til nationale bestemmelser er undergivet tavshedspligt, og de whistleblowere, hvis aktiviteter er beskyttet i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1937 af 23. oktober 2019 om beskyttelse af personer, der indberetter overtrædelser af EU-retten (EUT 2019, L 305, s. 17). Disse virkninger er desuden så meget desto mere alvorlige i betragtning af, at der er tale om store mængder af lagrede data af meget forskellig art.
- 119 For det andet bemærkes, at henset til den store mængde trafikdata og lokaliseringsdata, der løbende kan lagres ved hjælp af en generel og udifferentieret lagringsforanstaltning, og den følsomme karakter af de oplysninger, som disse data kan give adgang til, medfører alene den omstændighed, at udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester lagrer de nævnte data, en risiko for misbrug og ulovlig adgang.
- 120 Når dette er sagt, afspejler artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, for så vidt som den giver medlemsstaterne mulighed for at indføre de undtagelser, der er nævnt i denne doms præmis 110, det forhold, at de rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7, 8 og 11, ikke er absolutte rettigheder, men skal ses i sammenhæng med deres funktion i samfundet (jf. i denne retning dom af 16.7.2020, Facebook Ireland og Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, præmis 172 og den deri nævnte retspraksis).

- 121 Som det fremgår af chartrets artikel 52, stk. 1, tillader dette charter nemlig begrænsninger i udøvelsen af disse rettigheder, for så vidt som disse begrænsninger er fastlagt i lovgivningen og respekterer de nævnte rettigheders væsentligste indhold, og for så vidt som disse begrænsninger under iagttagelse af proportionalitetsprincippet er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.
- 122 I forbindelse med fortolkningen af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 i lyset af chartret skal der således også tages hensyn til betydningen af de rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 3, 4, 6 og 7, og den betydning, som formålene om beskyttelse af den nationale sikkerhed og om bekæmpelse af grov kriminalitet har som følge af, at de bidrager til beskyttelsen af andres rettigheder og friheder.
- 123 Chartrets artikel 6, som Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) og Cour constitutionnelle (forfatningsdomstol) har henvist til, fastsætter i denne henseende ikke blot retten for enhver til frihed, men også til personlig sikkerhed, og sikrer rettigheder, der svarer til dem, der er sikret ved EMRK's artikel 5 (jf. i denne retning dom af 15.2.2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, præmis 47, af 28.7.2016, JZ, C-294/16 PPU, EU:C:2016:610, præmis 48, og af 19.9.2019, Rayonna prokuratura Lom, C-467/18, EU:C:2019:765, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).
- 124 Det skal endvidere bemærkes, at chartrets artikel 52, stk. 3, har til formål at sikre den nødvendige sammenhæng mellem de i chartret indeholdte rettigheder og de tilsvarende ved EMRK sikrede rettigheder, uden at dette berører EU-retten og Den Europæiske Unions Domstols autonomi. Der skal derfor ved fortolkningen af chartret tages hensyn til de tilsvarende rettigheder i EMRK som tærskel for minimumsbeskyttelse (jf. i denne retning dom af 12.2.2019, TC, C-492/18 PPU, EU:C:2019:108, præmis 57, og af 21.5.2019, Kommissionen mod Ungarn (Brugsrettigheder over landbrugsarealer), C-235/17, EU:C:2019:432, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis).
- 125 Hvad angår EMRK's artikel 5, der fastsætter »retten til frihed« og »retten til personlig sikkerhed«, har denne artikel ifølge Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis til formål at beskytte individet mod enhver form for vilkårlig eller ubegrundet frihedsberøvelse (jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolen, 18.3.2008, Ladent mod Polen, CE:ECHR:2008:0318JUD001103603, §§ 45 og 46, 29.3.2010, Medvedyev m.fl. mod Frankrig, CE:ECHR:2010:0329JUD000339403, §§ 76 og 77, og af 13.12.2012, El-Masri mod »The former Yugoslav Republic of Macedonia«, CE:ECHR:2012:1213JUD003963009, § 239). Eftersom denne bestemmelse omhandler frihedsberøvelse, der foretages af en offentlig myndighed, kan chartrets artikel 6 imidlertid ikke fortolkes således, at den pålægger de offentlige myndigheder en pligt til at vedtage specifikke foranstaltninger med henblik på at retsforfølge visse strafbare handlinger.
- 126 Hvad navnlig angår den effektive bekæmpelse af strafbare handlinger, som navnlig mindreårige og andre sårbare personer er ofre for, og som Cour constitutionnelle (forfatningsdomstol) har henvist til, skal det derimod fremhæves, at der i medfør af chartrets artikel 7 kan påhvile de offentlige myndigheder positive forpligtelser til at vedtage retlige foranstaltninger, der har til formål at beskytte privatlivet og familielivet (jf. i denne retning dom af 18.6.2020, Kommissionen mod Ungarn (Foreningers gennemsigtighed), C-78/18, EU:C:2020:476, præmis 123 og den deri nævnte praksis fra Menneskerettighedsdomstolen). Sådanne forpligtelser kan ligeledes følge af den nævnte artikel 7 med hensyn til den beskyttelse, der gælder for en persons hjem og kommunikation, af artikel 3 og 4 med hensyn til beskyttelsen af en persons fysiske og psykiske integritet og af forbuddet mod tortur og umenneskelig og nedværdigende behandling.
- 127 Som følge af eksistensen af disse forskellige positive forpligtelser, er det imidlertid nødvendigt, at der foretages en afvejning mellem de omhandlede forskellige interesser og rettigheder.
- 128 Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har således fastslået, at de positive forpligtelser, der følger af EMRK's artikel 3 og 8, idet chartrets artikel 4 og 7 indeholder de tilsvarende garantier, navnlig indebærer, at der skal vedtages materielle og proceduremæssige bestemmelser samt praktiske

foranstaltninger, der gør det muligt effektivt at bekæmpe lovovertrædelser mod personer gennem effektiv efterforskning og retsforfølgning, idet denne forpligtelse er så meget desto vigtigere, når et barns fysiske og psykiske velbefindende er truet. Når dette er sagt, skal de foranstaltninger, som det tilkommer de kompetente myndigheder at træffe, fuldt ud respektere adgangen til retsmidler og de andre garantier, der kan begrænse omfanget af de strafferetlige efterforskningsbeføjelser, og de andre rettigheder og frihedsrettigheder. Der skal efter denne domstols opfattelse navnlig indføres en retlig ramme, der gør det muligt at foretage en afvejning mellem de forskellige interesser og rettigheder, der skal beskyttes (Menneskerettighedsdomstolen, 28.10.1998, Osman mod Det Forenede Kongerige, CE:ECHR:1998:1028JUD002345294, §§ 115 og 116, 4.3.2004, M.C. mod Bulgarien, CE:ECHR:2003:1204JUD003927298, § 151, 24.6.2004, Von Hannover mod Tyskland, CE:ECHR:2004:0624JUD005932000, §§ 57 og 58, og 2.12.2008, K.U. mod Finland, CE:ECHR:2008:1202JUD000287202, §§ 46, 48 og 49).

- 129 Hvad angår overholdelsen af proportionalitetsprincippet bestemmer artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58, at medlemsstaterne kan vedtage en foranstaltning, der fraviger princippet om fortroligheden af kommunikation og de dermed forbundne trafikdata, når en sådan foranstaltning er »nødvendig, passende og forholdsmæssig i et demokratisk samfund« af hensyn til de formål, der er nævnt i denne bestemmelse. Det fremgår af 11. betragtning til dette direktiv, at en foranstaltning af denne art skal stå i »åbenbart« rimeligt forhold til det mål, der forfølges.
- 130 Det skal i denne henseende bemærkes, at det af Domstolens faste praksis fremgår, at beskyttelsen af den grundlæggende ret til respekt for privatlivet kræver, at undtagelserne til og begrænsningerne af beskyttelsen af personoplysninger holdes inden for det strengt nødvendige. Desuden kan et mål af almen interesse ikke forfølges uden hensyntagen til den omstændighed, at dette mål skal forenes med de grundlæggende rettigheder, der er berørt af foranstaltningen, ved at foretage en rimelig afvejning mellem målet af almen interesse og de pågældende rettigheder (jf. i denne retning dom af 16.12.2008, Satakunnan Markkinapörssi og Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, præmis 56, af 9.11.2010, Volker und Markus Schecke og Eifert, C-92/09 og C-93/09, EU:C:2010:662, præmis 76, 77 og 86, og af 8.4.2014, Digital Rights, C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 52, samt udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 140).
- 131 Det fremgår nærmere bestemt af Domstolens praksis, at medlemsstaternes mulighed for at begrunde en begrænsning af de rettigheder og forpligtelser, der navnlig er fastsat i artikel 5, 6 og 9 i direktiv 2002/58, skal vurderes ved at bedømme alvoren af det indgreb, som en sådan begrænsning indebærer, og ved at kontrollere, at betydningen af det mål af almen interesse, der forfølges med denne begrænsning, står i forhold til denne alvor (jf. i denne retning dom af 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).
- 132 For at opfylde kravet om proportionalitet skal en lovgivning fastsætte klare og præcise regler, der regulerer rækkevidden og anvendelsen af den pågældende foranstaltning, og som opstiller en række mindstekrav, således at de personer, hvis personoplysninger er berørt, råder over tilstrækkelige garantier, der gør det muligt effektivt at beskytte disse oplysninger mod risikoen for misbrug. Denne lovgivning skal være retligt bindende i national ret og navnlig angive, under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser der kan vedtages en foranstaltning om behandling af sådanne oplysninger, hvorved det sikres, at indgrebet begrænses til det strengt nødvendige. Nødvendigheden af at råde over sådanne garantier er så meget desto større, når personoplysningerne er undergivet en automatiseret behandling, navnlig når der eksisterer en betydelig risiko for ulovlig adgang til disse oplysninger. Disse betragtninger gør sig især gældende, når der er tale om beskyttelse af den særlige kategori af personoplysninger, som følsomme oplysninger udgør (jf. i denne retning dom af 8.4.2014, Digital Rights, C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 54 og 55, og af 21.12.2016, Tele2, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 117, samt udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 141).

133 En lovgivning, der foreskriver lagring af personoplysninger, skal således altid opfylde objektive kriterier, som fastlægger et forhold mellem de oplysninger, der skal lagres, og det forfulgte mål (jf. i denne retning udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 191 og den deri nævnte retspraksis, og dom af 3.10.2019, A m.fl., C-70/18, EU:C:2019:823, præmis 63).

– *De lovgivningsmæssige foranstaltninger, der foreskriver forebyggende lagring af trafikdata og lokaliseringsdata med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed*

134 Det skal bemærkes, at Domstolen i de domme, hvori den har foretaget en fortolkning af direktiv 2002/58, endnu ikke konkret har taget stilling til det formål om beskyttelse af den nationale sikkerhed, som de forelæggende retter og de regeringer, der har afgivet indlæg, har henvist til.

135 Det skal i denne henseende indledningsvis bemærkes, at det af artikel 4, stk. 2, TEU fremgår, at den nationale sikkerhed forbliver den enkelte medlemsstats eneansvar. Dette ansvar svarer til den primære interesse i at beskytte statens væsentlige funktioner og grundlæggende samfundsinteresser og omfatter forebyggelse og bekæmpelse af aktiviteter, der alvorligt kan destabilisere et lands grundlæggende forfatningsmæssige, politiske, økonomiske eller sociale strukturer og navnlig direkte true samfundet, befolkningen eller staten som sådan, såsom bl.a. terrorvirksomhed.

136 Formålet om beskyttelse af den nationale sikkerhed, sammenholdt med artikel 4, stk. 2, TEU, vejere tungere end de andre formål, der er indeholdt i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, bl.a. formålet om bekæmpelse af kriminalitet i almindelighed, herunder også grov kriminalitet, og om beskyttelse af den offentlige sikkerhed. Trusler som dem, der er nævnt i den foregående præmis, adskiller sig nemlig på grund af deres art og særligt alvorlige karakter fra den generelle risiko for, selv alvorlige, spændinger eller forstyrrelser, for den offentlige sikkerhed. Med forbehold for overholdelsen af de øvrige krav, der er fastsat i chartrets artikel 52, stk. 1, kan formålet om beskyttelse af den nationale sikkerhed derfor begrunde foranstaltninger, der indebærer indgreb i de grundlæggende rettigheder, som er mere alvorlige end dem, som disse andre formål kan begrunde.

137 I situationer som dem, der er beskrevet i denne doms præmis 135 og 136, er artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, således principielt ikke til hinder for en lovgivningsmæssig foranstaltning, der giver de kompetente myndigheder mulighed for at pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at foretage lagring af trafikdata og lokaliseringsdata, der vedrører alle de brugere, som anvender elektroniske kommunikationsmidler i en begrænset periode, når der foreligger tilstrækkeligt konkrete omstændigheder, der gør det muligt at antage, at den berørte medlemsstat står over for en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed som den, der er nævnt i denne doms præmis 135 og 136, og som må anses for at være reel og aktuel eller forudsigelig. Selv om en sådan foranstaltning uden forskel omfatter alle brugere af elektroniske kommunikationsmidler, uden at disse umiddelbart synes at have en forbindelse som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 133, til en trussel mod denne medlemsstats nationale sikkerhed, skal det ikke desto mindre fastslås, at den omstændighed, at der foreligger en sådan trussel, i sig selv kan godtgøre, at der består en sådan forbindelse.

138 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. Desuden skal en sådan lagring af data være omfattet af begrænsninger og underlagt strenge garantier, der gør det muligt effektivt at beskytte de berørte personers personoplysninger mod risikoen for misbrug. Denne lagring må således ikke have en systematisk karakter.

139 Henset til alvoren af det indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er sikrede ved chartrets artikel 7 og 8, som følger af en sådan generel og udifferentieret datalagringsforanstaltning, er det vigtigt at sikre, at anvendelsen af denne foranstaltning rent faktisk begrænses til de situationer, hvor der foreligger en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, såsom de situationer, der er omhandlet i denne doms præmis 135 og 136. Det er i denne henseende væsentligt, at en afgørelse, hvorved udbyderne 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.

– *De lovgivningsmæssige foranstaltninger, der foreskriver forebyggende lagring af trafikdata og lokaliseringsdata med henblik på bekæmpelse af kriminalitet og beskyttelse af den offentlige sikkerhed*

140 Hvad angår formålet om forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af strafbare handlinger er det i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet kun bekæmpelsen af grov kriminalitet og forebyggelsen af alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed, der kan begrunde alvorlige indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, såsom de indgreb, som lagring af trafikdata og lokaliseringsdata indebærer. Det er således kun de indgreb i de nævnte grundlæggende rettigheder, der ikke er alvorlige, som kan begrundes i formålet om forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af strafbare handlinger (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 102, og af 2.10.2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 56 og 57, samt udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 149).

141 En national lovgivning, der foreskriver generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet, overskrider det strengt nødvendige og kan i et demokratisk samfund ikke anses for at være begrundet, således som det er påkrævet i henhold til artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1 (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 107).

142 Henset til den følsomme karakter af de oplysninger, som trafikdata og lokaliseringsdata kan give adgang til, er det nemlig af afgørende betydning for retten til respekt for privatlivet, at disse data behandles med fortrolighed. Når der henses til dels de afskrækkende virkninger for udøvelsen af de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 11, og som er nævnt i denne doms præmis 118, som lagringen af disse data kan have, dels alvoren af det indgreb, som en sådan lagring indebærer, er det i et demokratisk samfund således væsentligt, at dette indgreb, således som det er tilfældet for det system, der er indført ved direktiv 2002/58, udgør undtagelsen og ikke reglen, og at disse data ikke kan gøres til genstand for en systematisk og løbende lagring. Denne konklusion gælder selv med hensyn til formålene om bekæmpelse af grov kriminalitet og forebyggelse af alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed samt den betydning, som disse formål skal tillægges.

143 Domstolen har endvidere fastslået, at en lovgivning, der foreskriver generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata, omfatter elektronisk kommunikation, der foretages af praktisk talt hele befolkningen, uden nogen form for differentiering, begrænsning eller undtagelse under hensyn til det forfulgte mål. En sådan lovgivning omfatter i modsætning til det krav, der er nævnt i denne doms præmis 133, generelt alle personer, der gør brug af elektroniske kommunikationstjenester, uden at disse personer – end ikke indirekte – befinder sig i en situation, der vil kunne give anledning til strafferetlig forfølgning. Den finder dermed anvendelse selv på personer, for hvis vedkommende der ikke findes noget som helst indicium for, at deres adfærd kan have – selv en indirekte eller fjern – sammenhæng med dette formål om at bekæmpe handlinger i form af grov kriminalitet, og navnlig uden at der er foreligger nogen sammenhæng mellem de data, som foreskrives lagret, og en trussel

mod den offentlige sikkerhed (jf. i denne retning dom af 8.4.2014, *Digital Rights*, C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 57 og 58, og af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 105).

- 144 Som Domstolen allerede har fastslået, er en sådan lovgivning navnlig ikke begrænset til en lagring, som er rettet mod data vedrørende et bestemt tidsrum og/eller et bestemt geografisk område og/eller en given personkreds, der på den ene eller anden måde vil kunne være indblandet i alvorlige lovovertrædelser, eller mod personer, der af andre grunde gennem lagring af deres data ville kunne bidrage til bekæmpelse af grov kriminalitet (jf. i denne retning dom af 8.4.2014, *Digital Rights*, C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 59, og af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 106).
- 145 Selv de positive forpligtelser for medlemsstaterne, der alt efter omstændighederne kan følge af chartrets artikel 3, 4 og 7, og som, således som det er anført i denne doms præmis 126 og 128, vedrører indførelsen af regler, der gør det muligt effektivt at bekæmpe strafbare handlinger, kan imidlertid ikke begrunde indgreb, der er så alvorlige som de indgreb, som en lovgivning, der foreskriver lagring af trafikdata og lokaliseringsdata, indebærer i de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, og som berører praktisk talt hele befolkningen, uden at de berørte personers data kan afsløre en forbindelse, endog ikke indirekte, til det forfulgte formål.
- 146 I overensstemmelse med det i denne doms præmis 142-144 anførte og henset til den afvejning, der nødvendigvis skal foretages mellem de omhandlede rettigheder og interesser, kan formålene om bekæmpelse af grov kriminalitet og om forebyggelse af alvorlige angreb mod den offentlige sikkerhed og a fortiori formålet om beskyttelse af den nationale sikkerhed i betragtning af deres betydning og under hensyn til de positive forpligtelser, der er nævnt i den foregående præmis, hvortil Cour constitutionnelle (forfatningsdomstol) bl.a. har henvist, til gengæld begrunde det særligt alvorlige indgreb, som en målrettet lagring af trafikdata og data indebærer.
- 147 Som Domstolen allerede har fastslået, er artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, således ikke til hinder for, at en medlemsstat vedtager en lovgivning, der som en forebyggende foranstaltning muliggør en målrettet lagring af trafikdata og lokaliseringsdata med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet og forebyggelse af alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed, samt med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed, forudsat at en sådan lagring begrænses til det strengt nødvendige for så vidt angår kategorierne af data, der skal lagres, de omhandlede kommunikationsmidler, de berørte personer og den fastsatte varighed af lagringen (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 108).
- 148 Hvad angår den afgrænsning, der skal foretages med hensyn til en sådan datalagringsforanstaltning, kan denne foranstaltning navnlig fastsættes på grundlag af kategorier af berørte personer, idet artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 ikke er til hinder for en lovgivning, der er baseret på objektive forhold, som gør det muligt at fokusere målrettet på de personer, hvis trafikdata og lokaliseringsdata kan afsløre en forbindelse, i det mindste indirekte, til grov kriminalitet, bidrage til bekæmpelse af grov kriminalitet på den ene eller den anden måde eller forhindre en alvorlig fare for den offentlige sikkerhed eller endog en risiko for den nationale sikkerhed (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 111).
- 149 I denne henseende skal det præciseres, at de således omhandlede personer bl.a. kan være sådanne, som på forhånd inden for rammerne af de gældende nationale procedurer og på grundlag af objektive forhold er blevet identificeret som en trussel mod den pågældende medlemsstats offentlige sikkerhed eller nationale sikkerhed.

- 150 Afgrænsningen af en foranstaltning, der foreskriver lagring af trafikdata og lokaliseringsdata, kan endvidere baseres på et geografisk kriterium, når de kompetente nationale myndigheder på grundlag af objektive og ikke-diskriminerende forhold finder, at der i et eller flere geografiske områder er en forhøjet risiko for, at grov kriminalitet bliver planlagt eller begået (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 111). Disse områder kan navnlig være steder, der er kendetegnet ved et højt antal tilfælde af grov kriminalitet, steder, hvor der i særlig grad kan begås grov kriminalitet, såsom steder eller infrastrukturer, der regelmæssigt besøges af et meget stort antal personer, eller strategiske steder, såsom lufthavne, banegårde eller vejafgiftsområder.
- 151 For at sikre, at det indgreb, som de målrettede lagringsforanstaltninger, der er beskrevet i denne doms præmis 147-150, indebærer, er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, må deres varighed ikke overstige, hvad der er strengt nødvendigt i forhold til det forfulgte formål og de omstændigheder, der begrundes dem, dog med forbehold af muligheden for at forlænge foranstaltningen som følge af, at det fortsat er nødvendigt at foretage en sådan lagring.

– De lovgivningsmæssige foranstaltninger, der foreskriver forebyggende lagring af IP-adresser og data vedrørende personers identitet med henblik på bekæmpelse af kriminalitet og beskyttelse af den offentlige sikkerhed

- 152 Det bemærkes, at selv om IP-adresser indgår blandt de forskellige former for trafikdata, genereres de uden at være knyttet til en bestemt kommunikation og tjener hovedsageligt til gennem udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at identificere den fysiske person, der ejer det terminaludstyr, hvorfra en kommunikation via internettet foretages. Hvad angår e-mail og IP-telefoni afslører IP-adresser, for så vidt som det kun er IP-adresserne på kilden til kommunikationen og ikke IP-adresserne på modtageren af kommunikationen, der lagres, således ikke som sådan nogen oplysninger om de tredjemænd, der har været i kontakt med den person, som har foretaget kommunikationen. Denne kategori af data er derfor mindre følsomme end andre former for trafikdata.
- 153 Eftersom IP-adresser kan anvendes til bl.a. at foretage en udtømmende sporing af en internetbrugers søgemønstre og dermed af den pågældendes onlineaktiviteter, gør disse oplysninger det imidlertid muligt at skabe en detaljeret profil af denne internetbruger. Den lagring og analyse af de nævnte IP-adresser, som en sådan sporing kræver, udgør således alvorlige indgreb i internetbrugerens grundlæggende rettigheder, som er sikrede ved chartrets artikel 7 og 8, og som kan have afskrækkende virkninger som dem, der er nævnt i denne doms præmis 118.
- 154 Med henblik på at foretage den nødvendige afvejning af de omhandlede rettigheder og interesser, som kræves i henhold til den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 130, skal der tages hensyn til den omstændighed, at IP-adressen i det tilfælde, hvor en lovovertrædelse er begået online, kan udgøre det eneste efterforskningsmiddel, der kan gøre det muligt at identificere den person, som denne adresse var tildelt på det tidspunkt, hvor den pågældende overtrædelse blev begået. Hertil kommer den omstændighed, at den lagring af IP-adresser, som udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester måtte foretage ud over den periode, for hvilken disse data er tildelt, principielt ikke forekommer at være nødvendig for faktureringen af de omhandlede tjenester, hvilket indebærer, at det af denne grund ikke vil være muligt at afsløre lovovertrædelser, der er begået online, således som flere regeringer har anført i deres indlæg for Domstolen, uden at anvende en lovgivningsmæssig foranstaltning i henhold til artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58. Som disse regeringer har gjort gældende, kan dette bl.a. være tilfældet for særligt alvorlige lovovertrædelser på området for børnepornografi, såsom erhvervelse, udbredelse, transmission eller tilrådighedsstillelse online af børnepornografi som omhandlet i artikel 2, litra c), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/93/EU af 13. december 2011 om bekæmpelse af seksuelt misbrug og seksuel udnyttelse af børn og børnepornografi og om erstatning af Rådets rammeforordning 2004/68/RIA (EUT 2011, L 335, s. 1).

- 155 Under disse omstændigheder, og selv om det er korrekt, at en lovgivningsmæssig foranstaltning, der foreskriver lagring af IP-adresser på alle de fysiske personer, der ejer terminaludstyr, hvorfra det er muligt at tilgå internettet, vil omfatte personer, der ikke umiddelbart har en forbindelse som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 133, til de forfulgte formål, og at internetbrugere i overensstemmelse med, hvad der er fastslået i denne doms præmis 109, har ret til i henhold til chartrets artikel 7 og 8 at forvente, at deres identitet principielt ikke afsløres, forekommer en lovgivningsmæssig foranstaltning, der foreskriver generel og udifferentieret lagring af de IP-adresser, der er tildelt kilden til en forbindelse, principielt ikke at være i strid med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, under forudsætning af, at denne mulighed er betinget af en streng overholdelse af de materielle og proceduremæssige betingelser, der skal gælde for brugen af disse data.
- 156 Henset til den alvorlige karakter af det indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er sikrede ved chartrets artikel 7 og 8, som denne lagring indebærer, er det kun bekæmpelsen af grov kriminalitet og forebyggelsen af alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed, der i lighed med beskyttelsen af den nationale sikkerhed kan begrunde dette indgreb. Lagringsperioden må endvidere ikke overstige, hvad der er strengt nødvendigt for at nå det forfulgte formål. Endelig skal en foranstaltning af denne art indeholde strenge betingelser og garantier for så vidt angår brugen af disse data, bl.a. ved hjælp af sporing, med hensyn til de kommunikationer og de aktiviteter, som de berørte personer foretager online.
- 157 Hvad endelig angår de data, der vedrører identiteten på brugerne af elektroniske kommunikationsmidler, gør disse data det ikke i sig selv muligt at få kendskab til datoen og tidspunktet for samt varigheden og modtagerne af den kommunikation, der er foretaget, og heller ikke de steder, hvorfra denne kommunikation har fundet sted, eller oplysning om, hvor ofte denne kommunikation har været foretaget med visse personer i en bestemt periode, hvilket indebærer, at disse data bortset fra de pågældendes kontaktoplysninger, såsom deres adresser, ikke tilvejebringer nogen form for oplysninger om den foretagne kommunikation og dermed om disse personers privatliv. Det indgreb, som en lagring af disse data indebærer, kan således principielt ikke kvalificeres som alvorligt (jf. i denne retning dom af 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 59 og 60).
- 158 Det følger heraf, således som der er redegjort for i denne doms præmis 140, at de lovgivningsmæssige foranstaltninger, der vedrører behandlingen af disse data som sådan, herunder lagringen af og adgangen til disse data alene med henblik på at identificere den pågældende bruger, og uden at de nævnte data kan kædes sammen med oplysninger om den foretagne kommunikation, kan begrundes i det formål om forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning i straffesager i almindelighed, hvortil artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58 henviser (jf. i denne retning dom af 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 62).
- 159 Henset til den nødvendige afvejning af de omhandlede rettigheder og interesser og af de grunde, der er anført i denne doms præmis 131 og 158, skal det under disse omstændigheder fastslås, at selv i de tilfælde, hvor der ikke foreligger nogen forbindelse mellem samtlige brugere af elektroniske kommunikationsmidler og de forfulgte mål, er artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, ikke til hinder for en lovgivningsmæssig foranstaltning, der uden at fastsætte en særlig frist pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at foretage lagring af data, der vedrører identiteten på alle de brugere, der anvender elektroniske kommunikationsmidler, med henblik på forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af strafbare handlinger samt beskyttelse af den offentlige sikkerhed, uden at det er nødvendigt, at der foreligger alvorlige strafbare handlinger eller alvorlige trusler eller angreb mod den offentlige sikkerhed.

– De lovgivningsmæssige foranstaltninger, der foreskriver hurtig lagring af trafikdata og lokaliseringsdata med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet

- 160 Hvad angår de trafikdata og lokaliseringsdata, som behandles og lagres af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester på grundlag af artikel 5, 6 og 9 i direktiv 2002/58, eller på grundlag af de lovgivningsmæssige foranstaltninger, der er vedtaget i henhold til dette direktivs artikel 15, stk. 1, således som disse er beskrevet i denne doms præmis 134-159, skal det bemærkes, at disse data principielt skal slettes eller gøres anonyme efter udløbet af de lovbestedte frister, inden for hvilke disse data skal behandles og lagres i overensstemmelse med de nationale bestemmelser, der gennemfører dette direktiv.
- 161 Under denne behandling og lagring kan der imidlertid opstå situationer, hvori det er nødvendigt at lagre de nævnte data ud over disse frister for at opklare alvorlige strafbare handlinger eller angreb mod den nationale sikkerhed, såvel i den situation, hvor disse strafbare handlinger eller disse angreb allerede har kunnet konstateres, som i den situation, hvor der efter en objektiv undersøgelse af samtlige relevante omstændigheder foreligger rimelig grund til at mistænke, at der er begået sådanne strafbare handlinger eller angreb.
- 162 I denne henseende bemærkes, at artikel 14 i Europarådets konvention af 23. november 2001 om [it]-kriminalitet (European Treaty Series – nr. 185), som blev undertegnet af 27 medlemsstater og ratificeret af 25 af disse medlemsstater, og hvis formål er at lette bekæmpelsen af strafbare handlinger, der begås ved hjælp af it-netværk, bestemmer, at de kontraherende parter med henblik på konkret efterforskning eller retsforfølgning af straffesager skal vedtage visse foranstaltninger med hensyn til allerede lagrede trafikdata, såsom hurtig lagring af disse data. Navnlig bestemmer denne konventions artikel 16, stk. 1, at de kontraherende parter skal vedtage de lovgivningsmæssige foranstaltninger, som måtte være nødvendige for, at deres kompetente myndigheder kan meddele pålæg om eller på anden lignende måde opnå hurtig sikring af data, herunder trafikdata, der er lagret ved hjælp af et it-system, navnlig hvis der er grund til at antage, at disse data er særligt udsat for at gå tabt eller blive ændret.
- 163 I en situation som den, der er omhandlet i denne doms præmis 161, står det, henset til den nødvendige afvejning af de omhandlede rettigheder og interesser, der er nævnt i denne doms præmis 130, medlemsstaterne frit for i en lovgivning, der vedtages i henhold til artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, at fastsætte muligheden for ved en afgørelse fra den kompetente myndighed, som er underlagt en effektiv domstolsprøvelse, at pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester i en begrænset periode at foretage hurtig lagring af de trafikdata og lokaliseringsdata, som de råder over.
- 164 For så vidt som formålet med en sådan hurtig lagring ikke længere svarer til de formål, hvortil oplysningerne oprindeligt blev indsamlet og lagret, og eftersom enhver behandling af data i henhold til chartrets artikel 8, stk. 2, skal opfylde udtrykkeligt angivne formål, skal medlemsstaterne i deres lovgivning præcisere det formål, med henblik på hvilket en hurtig lagring af data kan finde sted. Henset til den alvorlige karakter af det indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er sikrede ved chartrets artikel 7 og 8, som en sådan lagring kan indebære, er det kun bekæmpelsen af grov kriminalitet og a fortiori beskyttelsen af den nationale sikkerhed, der kan begrunde dette indgreb. For at sikre, at det indgreb, som en foranstaltning af denne type indebærer, er begrænset til det strengt nødvendige, må lagringspligten desuden for det første kun vedrøre de trafikdata og lokaliseringsdata, der kan bidrage til at opklare alvorlige strafbare handlinger eller angreb mod den berørte nationale sikkerhed. For det andet skal datalagringsens varighed begrænses til det strengt nødvendige, idet denne dog kan forlænges, når dette er begrundet i omstændighederne og det formål, der forfølges med den nævnte foranstaltning.
- 165 Det skal i denne forbindelse præciseres, at en sådan hurtig lagring ikke skal begrænses til data om de personer, der konkret er mistænkt for at have begået en strafbar handling eller et angreb mod den nationale sikkerhed. Under overholdelse af den ramme, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, og under hensyn til de

betragtninger, der fremgår af denne doms præmis 133, kan en sådan foranstaltning afhængigt af det valg, som lovgiver træffer, og såfremt den holder sig inden for det strengt nødvendige, udvides til at omfatte de trafikdata og lokaliseringsdata, der vedrører andre personer end dem, der mistænkes for at have planlagt eller begået en alvorlig strafbar handling eller et angreb mod den nationale sikkerhed, for så vidt som disse data på grundlag af objektive og ikke-diskriminerende forhold kan bidrage til at opklare en sådan strafbar handling eller et sådant angreb mod den nationale sikkerhed, såsom oplysninger om offeret for den strafbare handling eller angrebet, om den pågældendes sociale og arbejdsmæssige omgangskreds eller om bestemte geografiske områder, såsom de steder, hvor den omhandlede strafbare handling eller det omhandlede angreb mod den nationale sikkerhed blev begået eller planlagt. De kompetente myndigheders adgang til de således lagrede data skal desuden finde sted under iagttagelse af de betingelser, der følger af den retspraksis, hvori der er anlagt en fortolkning af direktiv 2002/58 (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 118-121 og den deri nævnte retspraksis).

- 166 Det skal desuden tilføjes, således som det navnlig fremgår af denne doms præmis 115 og 133, at adgangen til de trafikdata og lokaliseringsdata, som udbyderne lagrer som følge af en foranstaltning, der er vedtaget i henhold til artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, i princippet kun kan begrundes i det mål af almen interesse, med henblik på hvilket disse udbydere er blevet pålagt at foretage denne lagring. Det følger navnlig heraf, at der under ingen omstændigheder kan gives adgang til sådanne data med henblik på at retsforfølge og straffe en almindelig strafbar handling, når lagringen heraf er begrundet i formålet om bekæmpelse af grov kriminalitet eller a fortiori i formålet om beskyttelse af den nationale sikkerhed. I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, således som dette er blevet præciseret i denne doms præmis 131, kan en adgang til data, der er lagret med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet, under forudsætning af, at de i den foregående præmis nævnte materielle og proceduremæssige betingelser, der gælder for at opnå en sådan adgang, overholdes, til gengæld begrundes i formålet om beskyttelse af den nationale sikkerhed.
- 167 I denne henseende står det medlemsstaterne frit for i deres lovgivning at fastsætte, at der under overholdelse af disse samme materielle og proceduremæssige betingelser kan gives adgang til trafikdata og lokaliseringsdata med henblik på bekæmpelsen af grov kriminalitet eller beskyttelsen af den nationale sikkerhed, når de nævnte data af en udbyder lagres på en måde, der er i overensstemmelse med artikel 5, 6 og 9 eller artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58.
- 168 Henset til samtlige ovenfor anførte betragtninger skal de første spørgsmål i sagerne C-511/18 og C-512/18 og det første og det andet spørgsmål i sag C-520/18 besvares med, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for lovgivningsmæssige foranstaltninger, der med henblik på de formål, der er fastsat i denne artikel 15, stk. 1, i forebyggende øjemed foreskriver generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata. Den nævnte artikel 15, stk. 1, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, er derimod ikke til hinder for lovgivningsmæssige foranstaltninger
- der med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed gør det muligt at pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester et påbud om at foretage generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata i de situationer, hvor den pågældende medlemsstat står over for en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, som må anses for at være reel og aktuel eller forudsigelig, når den afgørelse, der fastsætter dette påbud, 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, og når det nævnte påbud kun kan udstedes for en periode, der er tidsmæssigt begrænset til det strengt nødvendige, men som kan forlænges i tilfælde af, at denne trussel består

- der med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed, bekæmpelse af grov kriminalitet og forebyggelse af alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed foreskriver målrettet lagring af de trafikdata og lokaliseringsdata, som på grundlag af objektive og ikke-diskriminerende forhold er afgrænset ud fra kategorier af berørte personer eller ved hjælp af et geografisk kriterium, i en periode, der er tidsmæssigt begrænset til det strengt nødvendige, men som kan forlænges
- der med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed, bekæmpelse af grov kriminalitet og forebyggelse af alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed foreskriver generel og udifferentieret lagring af de IP-adresser, der er tildelt kilden til en forbindelse, i en periode, der er tidsmæssigt begrænset til det strengt nødvendige
- der med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed, bekæmpelse af grov kriminalitet og beskyttelse af den offentlige sikkerhed foreskriver generel og udifferentieret lagring af de data, der vedrører identiteten på brugerne af elektroniske kommunikationsmidler, og
- der med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet og a fortiori med henblik på beskyttelsen af den nationale sikkerhed, gør det muligt ved en afgørelse fra den kompetente myndighed, som er underlagt en effektiv domstolsprøvelse, at pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester et påbud om i en begrænset periode at foretage hurtig lagring af de trafikdata og lokaliseringsdata, som disse tjenesteudbydere råder over

for så vidt som disse foranstaltninger ved klare og præcise regler sikrer, at lagringen af de omhandlede data er underlagt overholdelsen af de dermed forbundne materielle og proceduremæssige betingelser, og at de berørte personer råder over effektive garantier mod risikoen for misbrug.

Det andet og det tredje spørgsmål i sag C-511/18

- 169 Med det andet og det tredje spørgsmål i sag C-511/18 ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, der pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester at anvende foranstaltninger i deres netværk, der gør det muligt dels at foretage automatiseret analyse og indsamling i realtid af trafikdata og lokaliseringsdata, dels at foretage indsamling i realtid af de tekniske data, der vedrører lokaliseringen af det anvendte terminaludstyr, uden at der er fastsat bestemmelse om, at de berørte personer skal underrettes om disse behandlinger og disse indsamlinger.
- 170 Den forelæggende ret har præciseret, at de teknikker til indsamling af efterretninger, der er fastsat i CSI's artikel L. 851-2 til L. 851-4, ikke indebærer et specifikt krav om, at udbydere af elektroniske kommunikationstjenester skal foretage lagring af trafikdata og lokaliseringsdata. Hvad navnlig angår den automatiserede analyse, der er omhandlet i CSI's artikel L. 851-3, har denne ret anført, at denne behandling har til formål på grundlag af de kriterier, der er fastsat med henblik herpå, at opdage forbindelser, der kan afsløre en terrortrussel. Hvad angår den indsamling i realtid, der er nævnt i CSI's artikel L. 851-2, har denne ret konstateret, at denne indsamling kun vedrører en eller flere personer, der på forhånd er identificeret som personer, der kan have forbindelse til en terrortrussel. Denne samme ret har anført, at disse to teknikker kun kan anvendes med henblik på at forebygge terrorisme, og at de vedrører de data, der er omhandlet i CSI's artikel L. 851-1 og R. 851-5.
- 171 Det skal indledningsvis præciseres, at den omstændighed, at det af CSI's artikel L. 851-3 fremgår, at den deri fastsatte automatiserede analyse ikke som sådan gør det muligt at identificere de brugere, hvis data er genstand for denne analyse, ikke er til hinder for, at sådanne data kan kvalificeres som »personoplysninger«. Eftersom den procedure, der er fastsat i denne samme bestemmelses stk. IV, gør det muligt på et senere tidspunkt at identificere den eller de personer, der er omfattet af data, i hvilken forbindelse den automatiserede analyse har vist, at der kan foreligge en terrortrussel, er det nemlig

fortsat muligt ud fra disse data at identificere alle de personer, hvis oplysninger har været genstand for den automatiserede analyse. Det fremgår imidlertid af den definition af personoplysninger, der er indeholdt i artikel 4, nr. 1), i forordning 2016/679, at sådanne data udgør oplysninger, der bl.a. vedrører en identificerbar person.

Automatiseret analyse af trafikdata og lokaliseringsdata

- 172 Det fremgår af CSI's artikel L. 851-3, at den deri fastsatte automatiserede analyse i det væsentlige indebærer en filtrering af alle de trafikdata og lokaliseringsdata, der er lagret af udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, og som disse udbydere har foretaget på anmodning af de kompetente nationale myndigheder og under anvendelse af de parametre, som disse har fastsat. Det følger heraf, at alle de data, der vedrører brugerne af elektroniske kommunikationsmidler, kontrolleres, såfremt de opfylder disse parametre. En sådan automatiseret analyse skal derfor anses for at indebære, at de pågældende udbydere af elektroniske kommunikationstjenester på den kompetente myndigheds vegne foretager en generel og udifferentieret behandling i form af brug, der sker ved hjælp af en automatiseret behandling som omhandlet i artikel 4, nr. 2), i forordning 2016/679, og som omfatter samtlige trafikdata og lokaliseringsdata for alle brugere af elektroniske kommunikationsmidler. Denne behandling er uafhængig af den efterfølgende indsamling af de data, der vedrører de personer, som er blevet identificeret i forbindelse med den automatiserede analyse, idet en sådan indsamling er tilladt i henhold til CSI's artikel L. 851-3, stk. IV.
- 173 En national lovgivning, der gør det muligt at foretage en sådan automatiseret analyse af trafikdata og lokaliseringsdata, indebærer imidlertid en fravigelse fra den principielle forpligtelse, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 2002/58, til at sikre fortroligheden af elektronisk kommunikation og de dermed forbundne data. En sådan lovgivning udgør endvidere et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er sikrede ved chartrets artikel 7 og 8, uanset hvilken brug der efterfølgende gøres af disse data. Endelig kan den nævnte lovgivning i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 118, have afskrækkende virkning på udøvelsen af ytringsfriheden, som er sikret ved chartrets artikel 11.
- 174 Desuden må et indgreb, der følger af en automatiseret analyse af trafikdata og lokaliseringsdata som den i hovedsagen omhandlede, anses for at være særlig alvorligt, når den generelt og udifferentieret omfatter data om de personer, der gør brug af elektroniske kommunikationsmidler. Denne konstatering gælder så meget desto mere når de data, der er genstand for den automatiserede analyse, således som det fremgår af den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, kan afsløre arten af de oplysninger, der er blevet tilgået online. En sådan automatiseret analyse finder endvidere generelt anvendelse på alle de personer, der gør brug af elektroniske kommunikationsmidler, og dermed også på de personer, for hvis vedkommende der ikke findes noget som helst indicium for, at deres adfærd kan have – selv en indirekte eller fjern – forbindelse til terrorvirksomhed.
- 175 Hvad angår begrundelsen for et sådant indgreb skal det præciseres, at det krav, der er fastsat i chartrets artikel 52, stk. 1, om, at enhver begrænsning af udøvelsen af de grundlæggende rettigheder skal være fastlagt i lovgivningen, indebærer, at det retsgrundlag, som tillader et indgreb i disse rettigheder, selv skal definere rækkevidden af begrænsningen af udøvelsen af den pågældende rettighed (jf. i denne retning dom af 16.7.2020, Facebook Ireland og Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, præmis 175 og den deri nævnte retspraksis).
- 176 Desuden bemærkes, at for at opfylde kravet om proportionalitet, som er nævnt i denne doms præmis 130 og 131, ifølge hvilket undtagelserne fra og begrænsningerne af beskyttelsen af personoplysninger skal holdes inden for det strengt nødvendige, skal en national lovgivning, der regulerer de kompetente myndigheders adgang til lagrede trafikdata og lokaliseringsdata, overholde de krav, som følger af den retspraksis, der er henvist til i denne doms præmis 132. En sådan lovgivning kan navnlig ikke begrænse sig til at opstille et krav om, at myndighedernes adgang til oplysninger skal

opfyldte det med denne lovgivning forfulgte formål, men skal tillige fastsætte de materielle og processuelle betingelser for denne brug (jf. analogt udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 192 og den deri nævnte retspraksis).

- 177 I denne henseende skal det bemærkes, at det særligt alvorlige indgreb, som en generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata indebærer, og som er omhandlet i de betragtninger, der er anført i denne doms præmis 134-139, og det særligt alvorlige indgreb, som den automatiserede analyse indebærer, kun kan opfylde kravet om proportionalitet i de situationer, hvor en medlemsstat står over for en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, som må anses for at være reel og aktuel eller forudsigelig, og på betingelse af, at varigheden af denne lagring er begrænset til det strengt nødvendige.
- 178 I situationer som dem, der er nævnt i den foregående præmis, skal anvendelsen af en automatiseret analyse af trafikdata og lokaliseringsdata, der vedrører alle brugere af elektroniske kommunikationsmidler, i en strengt begrænset periode, anses for at være begrundet i forhold til de krav, der følger af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1.
- 179 Når dette er sagt, er det med henblik på at sikre, at anvendelsen af en sådan foranstaltning faktisk begrænser sig til, hvad der er strengt nødvendigt for at beskytte den nationale sikkerhed, og nærmere bestemt for at forebygge terrorisme, og i overensstemmelse med det i denne doms præmis 139 fastslåede, afgørende, at den afgørelse, der giver tilladelse til at foretage automatiseret analyse, 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 der foreligger en situation, der kan begrunde den nævnte foranstaltning, og om de betingelser og garantier, der skal være fastsat, er overholdt.
- 180 I denne henseende skal det præciseres, at de forud fastsatte modeller og kriterier, som ligger til grund for denne form for databehandlinger, dels skal være specifikke og pålidelige, hvorved det bliver gjort muligt at nå frem til resultater, som identificerer de personer, om hvilke der kan foreligge en rimelig mistanke om, at de deltager i terrorhandlinger, dels ikke-diskriminerende (jf. i denne retning udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 172).
- 181 Det skal desuden bemærkes, at enhver automatiseret analyse, der foretages på grundlag af modeller og kriterier, som er baseret på et postulat om, at racemæssig og etnisk baggrund, politisk, religiøs og filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssigt tilhørsforhold, eller en persons helbredsforhold og seksualliv i sig selv og uafhængigt af denne persons adfærd kan være relevant med henblik på at forebygge terrorisme, vil være i strid med de rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, sammenholdt med chartrets artikel 21. De modeller og kriterier, der er fastsat på forhånd med henblik på at foretage en automatiseret analyse, der har til formål at forhindre terrorvirksomhed, som udgør en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, kan således ikke alene baseres på disse følsomme oplysninger (jf. i denne retning udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 165).
- 182 Eftersom automatiserede analyser af trafikdata og lokaliseringsdata nødvendigvis indebærer en vis fejlmargen, skal ethvert positivt resultat, der opnås som følge af en automatiseret behandling, i øvrigt undergives en individuel ikke-automatisk gennemgang inden vedtagelsen af en individuel foranstaltning, der er bebyrdende for de pågældende personer, såsom den efterfølgende indsamling af trafikdata og lokaliseringsdata i realtid, idet en sådan foranstaltning nemlig ikke kan være endeligt baseret alene på resultatet af en automatiseret behandling. For i praksis at sikre, at de forud fastsatte modeller og kriterier, brugen heraf og de anvendte databaser ikke er udtryk for forskelsbehandling og er begrænset til det strengt nødvendige i forhold til formålet om at forebygge terrorvirksomhed, der indebærer en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, skal spørgsmålet om, hvorvidt disse forud

fastsatte modeller og kriterier samt de anvendte databaser er pålidelige og aktuelle, desuden gøres til genstand for en regelmæssig gennemgang (jf. i denne retning udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 173 og 174).

Indsamling i realtid af trafikdata og lokaliseringsdata

- 183 Hvad angår den indsamling i realtid af trafikdata og lokaliseringsdata, der er omhandlet i CSI's artikel L. 851-2, skal det bemærkes, at denne indsamling kan godkendes individuelt for så vidt angår »en person, som på forhånd er identificeret som en person, der kan have forbindelse til en [terror]trussel«. Det følger ligeledes af denne bestemmelse, at »[h]vis der foreligger tungtvejende grunde til at antage, at en eller flere personer, der tilhører den personkreds, som den person, der er omfattet af tilladelsen, færdes i, er i stand til at tilvejebringe oplysninger, der vedrører det formål, som ligger til grund for tilladelsen, kan der desuden individuelt gives en sådan tilladelse med hensyn til hver enkelt af disse personer«.
- 184 De data, der er genstand for en foranstaltning af denne art, gør det muligt for de kompetente nationale myndigheder i løbet af tilladelsens varighed kontinuerligt og i realtid at overvåge de personer, som de berørte personer kommunikerer med, de midler, som de anvender, varigheden af deres kommunikation og disse personers opholdssted og færden. Disse data synes desuden at kunne afsløre arten af de oplysninger, der er blevet tilgået online. Disse oplysninger gør det, således som det fremgår af denne doms præmis 117, samlet set muligt at drage meget præcise konklusioner vedrørende de berørte personers privatliv og at udfærdige en profil af disse personer, idet en sådan oplysning i lyset af retten til respekt for privatlivet er lige så følsom som selve indholdet af kommunikationen.
- 185 Hvad angår den i CSI's artikel L. 851-4 omhandlede indsamling af data i realtid tillader denne bestemmelse indsamling af de tekniske data, der vedrører lokaliseringen af terminaludstyr, og overførsel i realtid til en tjeneste under premierministeren. Det fremgår, at sådanne data giver den kompetente tjeneste mulighed for til enhver tid i løbet af tilladelsens varighed kontinuerligt og i realtid at foretage lokalisering af det anvendte terminaludstyr, såsom mobiltelefoner.
- 186 En national lovgivning, der tillader sådanne indsamlinger i realtid, fraviger i lighed med den lovgivning, der tillader automatiseret dataanalyse, den principielle forpligtelse, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 2002/58, til at sikre fortroligheden af elektronisk kommunikation og de dermed forbundne data. Denne lovgivning udgør derfor ligeledes et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, og som kan have afskrækkende virkning på udøvelsen af ytringsfriheden, der er sikret ved chartrets artikel 11.
- 187 Det skal bemærkes, at det indgreb, som indsamlingen af data i realtid, der gør det muligt at lokalisere et terminaludstyr, indebærer, forekommer særlig alvorligt, idet disse data giver de kompetente nationale myndigheder et middel til at foretage præcis og varig sporing af mobiltelefonbrugernes færden. Eftersom disse data således skal anses for at være særligt følsomme, skal der foretages en sondring mellem den adgang, som de kompetente myndigheder har til at tilgå sådanne data i realtid, og den adgang til disse data, der ikke sker i realtid, idet denne førstnævnte adgang er mere indgribende, for så vidt som den gør det muligt at foretage en næsten fuldstændig overvågning af disse brugere (jf. analogt for så vidt angår EMRK's artikel 8, Menneskerettighedsdomstolen, 8.2.2018, Ben Faiza mod Frankrig, CE:ECHR:2018:0208JUD003144612, § 74). Indgrebets intensitet forstærkes desuden, når indsamlingen i realtid også omfatter trafikdata vedrørende de berørte personer.
- 188 Selv om det formål om forebyggelse af terrorisme, der forfølges med den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, henset til dets betydning, kan begrunde det indgreb, som indsamlingen i realtid af trafikdata og lokaliseringsdata indebærer, kan en sådan foranstaltning på grund af dens særligt indgribende karakter kun iværksættes over for de personer, i forhold til hvilke der foreligger en gyldig grund til at mistænke, at de på den ene eller den anden måde er involveret i terrorvirksomhed. Hvad

angår de personoplysninger, der ikke er omfattet af denne kategori, kan disse oplysninger kun gøres til genstand for en adgang, der ikke sker i realtid, idet en sådan adgang i overensstemmelse med Domstolens praksis kun kan finde sted i særlige situationer, såsom de situationer, hvori der er tale om terrorvirksomhed, og når der foreligger objektive forhold, som gør det muligt at antage, at disse data i en konkret sag kan bidrage effektivt til bekæmpelsen af en sådan virksomhed (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 119 og den deri nævnte retspraksis).

- 189 En afgørelse, der tillader indsamling i realtid af trafikdata og lokaliseringsdata, skal endvidere være baseret på objektive kriterier, der er fastsat i den nationale lovgivning. Denne lovgivning skal i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 176, navnlig fastlægge de omstændigheder og betingelser, hvorunder en sådan indsamling kan tillades, og fastsætte, at det, således som det er blevet præciseret i den foregående præmis, kun er de personer, der har en forbindelse til formålet om at forebygge terrorisme, som kan gøres til genstand for en sådan indsamling. En afgørelse, der tillader indsamling i realtid af trafikdata og lokaliseringsdata, skal desuden være baseret på objektive og ikke-diskriminerende kriterier, der er fastsat i den nationale lovgivning. Med henblik på i praksis at sikre iagttagelse af disse betingelser er det afgørende, at anvendelsen af den foranstaltning, der tillader indsamling i realtid, er undergivet en forudgående prøvelse, der foretages af enten en domstol eller en uafhængig administrativ enhed, der træffer bindende afgørelser, idet denne domstol eller enhed bl.a. skal sikre sig, at en sådan indsamling i realtid kun tillades inden for rammerne af, hvad der er strengt nødvendigt (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 120). I et behørigt begrundet hastende tilfælde skal denne prøvelse foretages hurtigst muligt.

Underretning af de personer, hvis oplysninger er blevet indsamlet eller analyseret

- 190 Det er væsentligt, at de kompetente nationale myndigheder, der foretager indsamling i realtid af trafikdata og lokaliseringsdata, underretter de berørte personer herom inden for rammerne af de gældende nationale procedurer, for så vidt som og fra det tidspunkt, hvor denne underretning ikke kan skade udførelsen af de opgaver, der påhviler disse myndigheder. En sådan underretning er nemlig de facto nødvendig for at gøre det muligt for disse personer at udøve deres ret i henhold til chartrets artikel 7 og 8 til at anmode om indsigt i de personoplysninger, der vedrører dem, og som er omfattet af disse foranstaltninger, og til i givet fald at anmode om berigtigelse eller sletning af disse oplysninger, samt til i overensstemmelse med chartrets artikel 47, stk. 1, at have adgang til effektive retsmidler for en domstol, idet en sådan ret i øvrigt udtrykkeligt er sikret ved artikel 15, stk. 2, i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 79, stk. 1, i forordning 2016/679 (jf. i denne retning dom af 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, præmis 121 og den deri nævnte retspraksis, og udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 219 og 220).
- 191 Hvad angår de oplysninger, der kræves i forbindelse med en automatiseret analyse af trafikdata og lokaliseringsdata, har den kompetente nationale myndighed pligt til at offentliggøre generelle oplysninger om denne analyse uden at skulle foretage en individuel underretning af de berørte personer. I det tilfælde, hvor dataene opfylder de parametre, der er præciseret i den foranstaltning, som gør det muligt at foretage en automatiseret analyse, og hvor denne myndighed identificerer den berørte person med henblik på at foretage en mere dybtgående analyse af de data, der vedrører den pågældende, er det til gengæld nødvendigt at give vedkommende en individuel underretning. En sådan underretning skal imidlertid kun ske for så vidt som og fra det tidspunkt, hvor den ikke kan skade udførelsen af de opgaver, der påhviler den nævnte myndighed (jf. analogt udtalelse 1/15 (PNR-aftalen mellem EU og Canada) af 26.7.2017, EU:C:2017:592, præmis 222-224).

- 192 Henset til samtlige ovenfor anførte betragtninger skal det andet og det tredje spørgsmål i sag C-511/18 besvares med, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at denne bestemmelse ikke er til hinder for en national lovgivning, der pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester dels at gøre brug af automatiseret analyse og indsamling i realtid af navnlig trafikdata og lokaliseringsdata, dels at foretage indsamling i realtid af de tekniske data, der vedrører lokaliseringen af det anvendte terminaludstyr, når
- brugen af automatiseret analyse er begrænset til de situationer, hvor en medlemsstat står over for en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, der må anses for at være reel og aktuel eller forudsigelig, og brugen af denne analyse 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 der foreligger en situation, der kan begrunde den nævnte foranstaltning, og om de betingelser og garantier, der skal være fastsat, er overholdt, og når
 - indsamlingen i realtid af trafikdata og lokaliseringsdata er begrænset til de personer, med hensyn til hvilke der foreligger rimelig grund til at mistænke, at de på den ene eller den anden måde er involveret i terrorvirksomhed, og er underlagt en forudgående prøvelse, der foretages af enten en domstol eller en uafhængig administrativ enhed, der træffer bindende afgørelser, for at sikre, at en sådan indsamling i realtid kun tillades inden for rammerne af, hvad der er strengt nødvendigt. I et behørigt begrundet hastende tilfælde skal denne prøvelse foretages hurtigst muligt.

Det andet spørgsmål i sag C-512/18

- 193 Med det andet spørgsmål i sag C-512/18 ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om bestemmelserne i direktiv 2000/31, sammenholdt med chartrets artikel 6-8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at disse bestemmelser er til hinder for en national lovgivning, der pålægger udbydere af adgang til offentlige onlinekommunikationstjenester og udbydere af hostingtjenester at foretage generel og udifferentieret lagring navnlig af de personoplysninger, som disse tjenester gør brug af.
- 194 Den forelæggende ret har anført, at sådanne tjenester er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/31 og ikke anvendelsesområdet for direktiv 2002/58, og er af den opfattelse, at artikel 15, stk. 1 og 2, i direktiv 2000/31, sammenholdt med dette direktivs artikel 12 og 14, ikke i sig selv indfører et principielt forbud mod lagring af data, der vedrører skabelsen af indhold, som det kun undtagelsesvis er muligt at fravige. Denne ret er ikke desto mindre i tvivl om, hvorvidt denne vurdering skal følges, når der henses til den nødvendige hensyntagen til overholdelsen af de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 6-8 og 11.
- 195 Den forelæggende ret har præciseret, at dens spørgsmål omhandler den lagringspligt, der er fastsat i LCEN's artikel 6, sammenholdt med dekret 2011-219. De data, som de pågældende tjenesteudbydere skal lagre i denne forbindelse, omfatter navnlig oplysninger om identiteten på de personer, der har gjort brug af disse tjenester, såsom deres for- og efternavn, deres tilknyttede postadresser, e-mailadresser eller tilhørende konti, deres adgangskoder og, når der i forbindelse med indgåelsen af en aftale eller oprettelsen af en konto opkræves betaling, oplysninger om den anvendte betalingsmetode, betalingsreferencen, beløbet og datoen og tidspunktet for transaktionen.
- 196 De data, der er genstand for lagringspligten, omfatter identifikatorerne for abonnenterne, forbindelserne og det anvendte terminaludstyr, de identifikatorer, der er tildelt for indholdet, datoerne og tidspunkterne for forbindelsernes og aktiviteterernes opstart og afslutning samt de protokoltyper, der anvendes ved forbindelsen til tjenesten og til overførsel af indhold. Der kan under straffesager og civile sager anmodes om adgang til disse data, for hvilke lagringsperioden er på et år, med henblik på at sikre overholdelsen af reglerne om civil- eller strafferetligt ansvar og i forbindelse med de foranstaltninger til indsamling af efterretninger, hvorpå CSI's artikel L. 851-1 finder anvendelse.

- 197 Det skal i denne henseende bemærkes, at der i henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 2000/31 ved dette direktiv foretages en tilnærmelse af visse nationale bestemmelser om informations-samfundstjenester som omhandlet i dette direktivs artikel 2, litra a).
- 198 Sådanne tjenester omfatter ganske vist de tjenester, der teleformidles ved hjælp af elektronisk databehandlingsudstyr og dataoplagringsudstyr på individuel anmodning af en tjenestemodtager, og normalt mod vederlag, såsom internetadgangstjenester eller tjenester i form af adgang til et kommunikationsnet, og hostingtjenester (jf. i denne retning dom af 24.11.2011, *Scarlet Extended*, C-70/10, EU:C:2011:771, præmis 40, af 16.2.2012, *SABAM*, C-360/10, EU:C:2012:85, præmis 34, af 15.9.2016, *Mc Fadden*, C-484/14, EU:C:2016:689, præmis 55, og af 7.8.2018, *SNB-REACT*, C-521/17, EU:C:2018:639, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).
- 199 Det fremgår imidlertid af artikel 1, stk. 5, i direktiv 2000/31, at dette direktiv ikke finder anvendelse på spørgsmål, der vedrører informations-samfundstjenester, som er omfattet af direktiv 95/46 og 97/66. Det fremgår i denne forbindelse af 14. og 15. betragtning til direktiv 2000/31, at beskyttelsen af kommunikationshemmeligheden og beskyttelsen af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger med hensyn til informations-samfundstjenester udelukkende er reguleret ved direktiv 95/46 og 97/66, idet dette sidstnævnte direktiv i dets artikel 5 af hensyn til beskyttelsen af kommunikationshemmeligheden forbyder enhver form for opfangning eller overvågning af kommunikation.
- 200 De spørgsmål, der vedrører beskyttelsen af kommunikationshemmeligheden og af personoplysninger, skal således vurderes i lyset af direktiv 2002/58 og forordning 2016/679, som har erstattet henholdsvis direktiv 97/66 og direktiv 95/46, idet det præciseres, at den beskyttelse, som direktiv 2000/31 har til formål at sikre, under ingen omstændigheder kan berøre de krav, der følger af direktiv 2002/58 og forordning 2016/679 (jf. i denne retning dom af 29.1.2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, præmis 57).
- 201 Den forpligtelse, der i henhold til den nationale lovgivning, der er nævnt i denne doms præmis 195, påhviler udbydere af adgang til offentlige onlinekommunikationstjenester og udbydere af hostingtjenester, til at lagre de personoplysninger, der knytter sig til disse tjenester, skal, således som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 141 i forslag til afgørelse *La Quadrature du Net m.fl.* (C-511/18 og C-512/18, EU:C:2020:6), derfor vurderes i lyset af direktiv 2002/58 eller forordning 2016/679.
- 202 Afhængigt af, om leveringen af de tjenester, der er omfattet af denne nationale lovgivning, henhører eller ikke henhører under direktiv 2002/58, vil den således være reguleret enten ved dette sidstnævnte direktiv, navnlig ved dette direktivs artikel 15, stk. 1, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, eller ved forordning 2016/679, navnlig ved den nævnte forordnings artikel 23, stk. 1, sammenholdt med de samme bestemmelser i chartret.
- 203 I det foreliggende tilfælde kan det derfor ikke udelukkes, således som Europa-Kommissionen har anført i sit skriftlige indlæg, at visse af de tjenester, hvorpå den nationale lovgivning, der er omhandlet i denne doms præmis 195, finder anvendelse, udgør elektroniske kommunikationstjenester som omhandlet i direktiv 2002/58, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.
- 204 Det skal i denne henseende bemærkes, at direktiv 2002/58 omfatter de elektroniske kommunikationstjenester, der opfylder de betingelser, der er nævnt i artikel 2, litra c), i direktiv 2002/21, hvortil der er henvist i artikel 2 i direktiv 2002/58, og hvori elektronisk kommunikationstjeneste er defineret som »en tjeneste, som normalt ydes mod betaling, og som udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler via elektroniske kommunikationsnet, herunder telekommunikationstjenester og transmissionstjenester på net, der anvendes til radio- og tv-spredning«. Hvad angår informations-samfundstjenester som dem, der er omhandlet i denne doms præmis 197 og 198, og som er omfattet af direktiv 2000/31, udgør disse tjenester elektroniske

kommunikationstjenester, idet de udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler via elektroniske kommunikationsnet (jf. i denne retning dom af 5.6.2019, Skype Communications, C-142/18, EU:C:2019:460, præmis 47 og 48).

- 205 Internetadgangstjenester, som synes at være omfattet af den nationale lovgivning, der er nævnt i denne doms præmis 195, udgør, som det bekræftes i tiende betragtning til direktiv 2002/21, således elektroniske kommunikationstjenester i dette direktivs forstand (jf. i denne retning dom af 5.6.2019, Skype Communications, C-142/18, EU:C:2019:460, præmis 37). Dette er ligeledes tilfældet for meddelelsetjenester på internettet, i hvilken forbindelse det ikke synes udelukket, at disse tjenester også er omfattet af denne nationale lovgivning, idet de rent teknisk udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler via elektroniske kommunikationsnet (jf. i denne retning dom af 13.6.2019, Google, C-193/18, EU:C:2019:498, præmis 35 og 38).
- 206 Hvad angår de krav, der følger af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, skal der henvises til samtlige de konstateringer og vurderinger, der er foretaget i forbindelse med bevarelsen af de første spørgsmål i sagerne C-511/18 og C-512/18 og det første og det andet spørgsmål i sag C-520/18.
- 207 Hvad angår de krav, der følger af forordning 2016/679, skal det bemærkes, at denne forordning navnlig har til formål, således som det fremgår af tiende betragtning hertil, at sikre et højt niveau for beskyttelse af fysiske personer inden for Unionen, og med henblik herpå sikre, at reglerne for beskyttelse af disse personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder i forbindelse med behandling af personoplysninger anvendes konsekvent og ensartet overalt i Unionen (jf. i denne retning dom af 16.7.2020, Facebook Ireland og Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, præmis 101).
- 208 I denne henseende skal enhver behandling af personoplysninger med forbehold af de undtagelser, der er tilladte i henhold til artikel 23 i forordning 2016/679, overholde de principper, der gælder for behandling af personoplysninger, og de rettigheder, der tilkommer den berørte person, og som er fastsat i henholdsvis denne forordnings kapitel II og III. Navnlig skal enhver behandling af personoplysninger være i overensstemmelse med de principper, der er fastsat i den nævnte forordnings artikel 5, og desuden opfylde de betingelser for lovlighed, der er anført i denne samme forordnings artikel 6 (jf. analogt for så vidt angår direktiv 95/46 dom af 30.5.2013, Worten, C-342/12, EU:C:2013:355, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).
- 209 Hvad nærmere bestemt angår artikel 23, stk. 1, i forordning 2016/679 skal det bemærkes, at denne bestemmelse i lighed med, hvad der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, gør det muligt for medlemsstaterne med henblik på de deri fastsatte formål og ved hjælp af lovgivningsmæssige foranstaltninger at begrænse rækkevidden af de deri omhandlede forpligtelser og rettigheder, »når en sådan begrænsning respekterer det væsentligste indhold af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og er en nødvendig og forholdsmæssig foranstaltning i et demokratisk samfund af hensyn til« det forfulgte formål. Enhver lovgivningsmæssig foranstaltning, der vedtages på dette grundlag, skal navnlig opfylde de specifikke krav, der er fastsat i denne forordnings artikel 23, stk. 2.
- 210 Artikel 23, stk. 1 og 2, i forordning 2016/679 skal derfor ikke fortolkes således, at den kan tildele medlemsstaterne beføjelse til i strid med chartrets artikel 7 at foretage indgreb i retten til respekt for privatlivet og i de andre garantier, der er fastsat heri (jf. analogt for så vidt angår direktiv 95/46, dom af 20.5.2003, Österreichischer Rundfunk m.fl., C-465/00, C-138/01 og C-139/01, EU:C:2003:294, præmis 91). Nærmere bestemt kan den beføjelse, som medlemsstaterne er tildelt i medfør af artikel 23, stk. 1, i forordning 2016/679, i lighed med, hvad der gælder for artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, kun udøves under iagttagelse af kravet om proportionalitet, ifølge hvilket undtagelserne fra og begrænsningerne af beskyttelsen af personoplysninger skal holdes inden for det strengt nødvendige (jf. analogt for så vidt angår direktiv 95/46 dom af 7.11.2013, IPI, C-473/12, EU:C:2013:715, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

- 211 Det følger heraf, at de konstateringer og vurderinger, der er foretaget i forbindelse med besvarelsen af de første spørgsmål i sagerne C-511/18 og C-512/18 samt det første og det andet spørgsmål i sag C-520/18, finder tilsvarende anvendelse på artikel 23 i forordning 2016/679.
- 212 Henset til de ovenfor anførte betragtninger skal det andet spørgsmål i sag C-512/18 besvares med, at direktiv 2000/31 skal fortolkes således, at dette direktiv med hensyn til informations-samfundstjenester ikke finder anvendelse på området for beskyttelse af kommunikationshemmeligheden og af fysiske personer i forbindelse med behandlingen af personoplysninger, idet denne beskyttelse alt efter omstændighederne er reguleret ved direktiv 2002/58 eller forordning 2016/679. Artikel 23, stk. 1, i forordning 2016/679, sammenholdt med chartres artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, der pålægger udbydere af adgang til offentlige onlinekommunikationstjenester og udbydere af hostingtjenester at foretage generel og udifferentieret lagring navnlig af de personoplysninger, der er forbundet med brugen af disse tjenester.

Det tredje spørgsmål i sag C-520/18

- 213 Med det tredje spørgsmål i sag C-520/18 ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en national ret kan anvende en bestemmelse i den nationale lovgivning, som giver denne ret bemyndigelse til tidsmæssigt at begrænse virkningerne af en afgørelse om ulovlighed, som det i medfør af denne lovgivning påhviler denne ret at træffe, med hensyn til en national lovgivning, der pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester med henblik på bl.a. at forfølge formålene om at beskytte den nationale sikkerhed og om at bekæmpe kriminalitet, at foretage generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata, som følge af, at denne lovgivning er uforenelig med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1.
- 214 Ifølge princippet om EU-rettens forrang har EU-retten en fortrinsstilling i forhold til medlemsstaternes nationale ret. 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 (dom af 15.7.1964, Costa, 6/64, EU:C:1964:66, s. 1159 og 1160, og af 19.11.2019, A.K. m.fl. (Den øverste domstols disciplinærafdelings uafhængighed), C-585/18, C-624/18 og C-625/18, EU:C:2019:982, præmis 157 og 158 og den deri nævnte retspraksis).
- 215 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 (dom af 22.6.2010, Melki og Abdeli, C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:363, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis, af 24.6.2019, Popławski, C-573/17, EU:C:2019:530, præmis 58, og af 19.11.2019, A.K. m.fl. (Den øverste domstols disciplinærafdelings uafhængighed), C-585/18, C-624/18 og C-625/18, EU:C:2019:982, præmis 160).
- 216 Det er alene Domstolen, der undtagelsesvis og af tvingende retssikkerhedsmæssige hensyn kan træffe bestemmelse om en midlertidig udsættelse af den fortrængende virkning, som en EU-bestemmelse har i forhold til national ret, der er i strid hermed. Der kan alene træffes bestemmelse om en sådan tidsmæssig begrænsning af virkningerne af Domstolens fortolkning af EU-retten i selve den dom, der afgør fortolkningsspørgsmålet (jf. i denne retning dom af 23.10.2012, Nelson m.fl., C-581/10 og C-629/10, EU:C:2012:657, præmis 89 og 91, af 23.4.2020, Herst, C-401/18, EU:C:2020:295, præmis 56 og 57, og af 25.6.2020, A m.fl. (Vindmøller i Aalter og Nevele), C-24/19, EU:C:2020:503, præmis 84 og den deri nævnte retspraksis).

- 217 Hvis de nationale retsinstanser havde beføjelse til at give nationale bestemmelser forrang for EU-retten, som disse bestemmelser strider mod, også selv om det blot er midlertidigt, ville dette være til skade for EU-rettens forrang og ensartede anvendelse (jf. i denne retning dom af 29.7.2019, *Inter-Environnement Wallonie og Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*, C-411/17, EU:C:2019:622, præmis 177 og den deri nævnte retspraksis).
- 218 Domstolen fastslog imidlertid i en sag, der omhandlede spørgsmålet om, hvorvidt foranstaltninger, der var vedtaget i strid med den forpligtelse, som er fastsat i EU-retten, til at foretage en forudgående vurdering af et projekts indvirkning på miljøet og på en beskyttet lokalitet, at en national domstol, hvis dens nationale ret tillader det, undtagelsesvis kan opretholde virkningerne af sådanne foranstaltninger, hvis denne opretholdelse er begrundet ved tvingende hensyn knyttet til nødvendigheden af at fjerne en reel og alvorlig trussel om afbrydelse af forsyningen med elektricitet i den pågældende medlemsstat, som ikke kan imødegås med andre midler og alternativer, herunder navnlig inden for rammerne af det indre marked, idet den nævnte opretholdelse kun kan omfatte den tidsperiode, som er strengt nødvendig for at afhjælpe denne ulovlighed (jf. i denne retning dom af 29.7.2019, *Inter-Environnement Wallonie og Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*, C-411/17, EU:C:2019:622, præmis 175, 176, 179 og 181).
- 219 En tilsidesættelse af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, kan i modsætning til tilsidesættelsen af en procedurmæssig forpligtelse, såsom den forudgående vurdering af virkningerne af et projekt inden for det særlige område for miljøbeskyttelse, imidlertid ikke afhjælpes ved en procedure, der kan sammenlignes med den procedure, som er nævnt i den foregående præmis. Opretholdelsen af virkningerne af en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede ville nemlig indebære, at denne lovgivning fortsat ville pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester forpligtelser, der er i strid med EU-retten, og som ville medføre alvorlige indgreb i de grundlæggende rettigheder, der tilkommer de personer, hvis oplysninger er blevet lagret.
- 220 Den forelæggende ret kan derfor ikke anvende en bestemmelse i den nationale lovgivning, der giver den bemyndigelse til tidsmæssigt at begrænse virkningerne af en afgørelse om ulovlighed, som det i medfør af denne lovgivning påhviler denne ret at træffe, med hensyn til den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning.
- 221 Når dette er sagt, skal det bemærkes, at VZ, WY og XX i deres indlæg for Domstolen har gjort gældende, at det tredje spørgsmål indirekte, men nødvendigvis, rejser spørgsmålet om, hvorvidt EU-retten er til hinder for, at der i forbindelse med en straffesag anvendes oplysninger og beviser, der er opnået ved en generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata, som er uforenelig med EU-retten.
- 222 I denne henseende og med henblik på at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar skal det bemærkes, at det på EU-rettens nuværende udviklingstrin principielt er overladt alene til den nationale lovgivning at fastsætte de regler, der inden for rammerne af en straffesag, der er indledt mod personer, som er mistænkt for at have begået grov kriminalitet, gælder for antagelse og bedømmelse af oplysninger og beviser, som er opnået ved en sådan lagring af data i strid med EU-retten.
- 223 Det fremgår således af Domstolens faste praksis, at det i mangel af EU-retlige bestemmelser på området i medfør af princippet om procesautonomi tilkommer hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som borgerne har i medfør af EU-retten, dog på den betingelse, at disse ikke må være mindre gunstige end dem, som regulerer tilsvarende situationer, der er underlagt national ret (ækvivalensprincippet), og at de i praksis ikke umuliggør eller uforholdsmæssigt vanskeliggør udøvelsen af rettigheder, der er tillagt ved EU-retten (effektivitetsprincippet) (jf. i denne retning dom af

6.10.2015, Târșia, C-69/14, EU:C:2015:662, præmis 26 og 27, af 24.10.2018, XC m.fl., C-234/17, EU:C:2018:853, præmis 21 og 22 og den deri nævnte retspraksis, og af 19.12.2019, Deutsche Umwelthilfe, C-752/18, EU:C:2019:1114, præmis 33).

- 224 Hvad angår ækvivalensprincippet tilkommer det den nationale ret, ved hvilken en straffesag er indledt på grundlag af oplysninger eller beviser, der er opnået i strid med de krav, som følger af direktiv 2002/58, at efterprøve, om den nationale lovgivning, der gælder for en sådan sag, fastsætter regler, der er mindre gunstige med hensyn til antagelsen og bedømmelsen af sådanne oplysninger og sådanne beviser end dem, der gælder for de oplysninger og beviser, der er opnået i strid med den nationale lovgivning.
- 225 Hvad angår effektivitetsprincippet skal det bemærkes, at de nationale regler om antagelse og anvendelse af oplysninger og beviser har til formål i overensstemmelse med de valg, der er truffet i national ret, at undgå, at oplysninger og beviser, der er opnået ulovligt, uberettiget skader en person, der er mistænkt for at have begået strafbare handlinger. Dette formål kan i henhold til national ret imidlertid nås ikke blot ved et forbud mod at anvende sådanne oplysninger og sådanne beviser, men også ved de nationale regler og den nationale praksis, der gælder for bedømmelsen og vægtningen af oplysninger og beviser, eller ved i forbindelse med fastsættelsen af straffen at tage hensyn til disse oplysninger og bevisers ulovlige karakter.
- 226 Når dette er sagt, fremgår det af Domstolens praksis, at nødvendigheden af at udelukke oplysninger og beviser, der er indhentet i strid med kravene i EU-retten, navnlig skal vurderes i lyset af, hvilken risiko antagelsen af sådanne oplysninger og beviser vil medføre for iagttagelsen af kontradiktionsprincippet og dermed for retten til en retfærdig rettergang (jf. i denne retning dom af 10.4.2003, Steffensen, C-276/01, EU:C:2003:228, præmis 76 og 77). En ret, som er af den opfattelse, at en part ikke er i stand til effektivt at udtale sig om et bevismiddel, som henhører under et område, der ligger uden for rettens sagkundskab, og som kan have afgørende indflydelse på dens vurdering af de faktiske omstændigheder, skal fastslå, at der er sket en tilsidesættelse af retten til en retfærdig rettergang, og udelukke dette bevismiddel for at undgå en sådan tilsidesættelse (jf. i denne retning dom af 10.4.2003, Steffensen, C-276/01, EU:C:2003:228, præmis 78 og 79).
- 227 Effektivitetsprincippet pålægger derfor den nationale ret i straffesager at se bort fra de oplysninger og de beviser, der er opnået ved hjælp af en generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata, som er uforenelig med EU-retten, inden for rammerne af en straffesag, der er indledt mod personer, som er mistænkt for at have begået kriminelle handlinger, hvis disse personer ikke er i stand til effektivt at udtale sig om disse oplysninger og disse beviser, som henhører under et område, der ligger uden for rettens sagkundskab, og som kan have afgørende indflydelse på vurderingen af de faktiske omstændigheder.
- 228 Henset til de ovenfor anførte betragtninger skal det tredje spørgsmål i sag C-520/18 besvares med, at en national ret ikke kan anvende en bestemmelse i den nationale lovgivning, som giver den bemyndigelse til tidsmæssigt at begrænse virkningerne af en afgørelse om ulovlighed, som det i medfør af denne lovgivning påhviler denne ret at træffe, med hensyn til en national lovgivning, der pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester navnlig med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed og bekæmpelse af kriminalitet, at foretage en generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata, som er uforenelig med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1. Denne artikel 15, stk. 1, som fortolket i lyset af effektivitetsprincippet, pålægger den nationale ret i straffesager at se bort fra de oplysninger og de beviser, der er opnået ved hjælp af en generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata, som er uforenelig med EU-retten, inden for rammerne af en straffesag, der er indledt mod personer, som er mistænkt for at have begået kriminelle handlinger, hvis disse personer ikke er i stand til effektivt at udtale sig om disse oplysninger og disse beviser, som henhører under et område, der ligger uden for rettens sagkundskab, og som kan have afgørende indflydelse på vurderingen af de faktiske omstændigheder.

Sagsomkostninger

229 Da sagernes behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for de forelæggende retter, tilkommer det disse at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra de nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

- 1) 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, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for lovgivningsmæssige foranstaltninger, der med henblik på de formål, der er fastsat i denne artikel 15, stk. 1, i forebyggende øjemed foreskriver generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata. Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, som ændret ved direktiv 2009/136, sammenholdt med chartrets artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, er derimod ikke til hinder for lovgivningsmæssige foranstaltninger
 - der med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed gør det muligt at pålægge udbydere af elektroniske kommunikationstjenester et påbud om at foretage generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata i de situationer, hvor den pågældende medlemsstat står over for en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, som må anses for at være reel og aktuel eller forudsigelig, når den afgørelse, der fastsætter dette påbud, 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, og når det nævnte påbud kun kan udstedes for en periode, der er tidsmæssigt begrænset til det strengt nødvendige, men som kan forlænges i tilfælde af, at denne trussel består
 - der med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed, bekæmpelse af grov kriminalitet og forebyggelse af alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed foreskriver målrettet lagring af de trafikdata og lokaliseringsdata, som på grundlag af objektive og ikke-diskriminerende forhold er afgrænset ud fra kategorier af berørte personer eller ved hjælp af et geografisk kriterium, i en periode, der er tidsmæssigt begrænset til det strengt nødvendige, men som kan forlænges
 - der med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed, bekæmpelse af grov kriminalitet og forebyggelse af alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed foreskriver generel og udifferentieret lagring af de IP-adresser, der er tildelt kilden til en forbindelse, i en periode, der er tidsmæssigt begrænset til det strengt nødvendige
 - der med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed, bekæmpelse af grov kriminalitet og beskyttelse af den offentlige sikkerhed foreskriver generel og udifferentieret lagring af de data, der vedrører identiteten på brugerne af elektroniske kommunikationsmidler, og
 - der med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet og a fortiori med henblik på beskyttelsen af den nationale sikkerhed, gør det muligt ved en afgørelse fra den kompetente myndighed, som er underlagt en effektiv domstolsprøvelse, at pålægge

udbydere af elektroniske kommunikationstjenester et påbud om i en begrænset periode at foretage hurtig lagring af de trafikdata og lokaliseringsdata, som disse tjenesteudbydere råder over

for så vidt som disse foranstaltninger ved klare og præcise regler sikrer, at lagringen af de omhandlede data er underlagt overholdelsen af de dermed forbundne materielle og proceduremæssige betingelser, og at de berørte personer råder over effektive garantier mod risikoen for misbrug.

- 2) Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, som ændret ved direktiv 2009/136, sammenholdt med artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at denne bestemmelse ikke er til hinder for en national lovgivning, der pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester dels at gøre brug af automatiseret analyse og indsamling i realtid af navnlig trafikdata og lokaliseringsdata, dels at foretage indsamling i realtid af de tekniske data, der vedrører lokaliseringen af det anvendte terminaludstyr, når
 - brugen af automatiseret analyse er begrænset til de situationer, hvor en medlemsstat står over for en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, der må anses for at være reel og aktuel eller forudsigelig, og brugen af denne analyse 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 der foreligger en situation, der kan begrunde den nævnte foranstaltning, og om de betingelser og garantier, der skal være fastsat, er overholdt, og når
 - indsamlingen i realtid af trafikdata og lokaliseringsdata er begrænset til de personer, med hensyn til hvilke der foreligger rimelig grund til at mistænke, at de på den ene eller den anden måde er involveret i terrorvirksomhed, og er underlagt en forudgående prøvelse, der foretages af enten en domstol eller en uafhængig administrativ enhed, der træffer bindende afgørelser, for at sikre, at en sådan indsamling i realtid kun tillades inden for rammerne af, hvad der er strengt nødvendigt. I et behørigt begrundet hastende tilfælde skal denne prøvelse foretages hurtigst muligt.
- 3) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked («direktivet om elektronisk handel») skal fortolkes således, at dette direktiv med hensyn til informationssamfundstjenester ikke finder anvendelse på området for beskyttelse af kommunikationshemmeligheden og af fysiske personer i forbindelse med behandlingen af personoplysninger, idet denne beskyttelse alt efter omstændighederne er reguleret ved direktiv 2002/58, som ændret ved direktiv 2009/136 eller Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46. Artikel 23, stk. 1, i forordning 2016/679, sammenholdt med artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, der pålægger udbydere af adgang til offentlige onlinekommunikationstjenester og udbydere af hostingtjenester at foretage generel og udifferentieret lagring navnlig af de personoplysninger, der er forbundet med brugen af disse tjenester.
- 4) En national ret kan ikke anvende en bestemmelse i den nationale lovgivning, som giver den bemyndigelse til tidsmæssigt at begrænse virkningerne af en afgørelse om ulovlighed, som det i medfør af denne lovgivning påhviler denne ret at træffe, med hensyn til en national lovgivning, der pålægger udbydere af elektroniske kommunikationstjenester navnlig med henblik på beskyttelse af den nationale sikkerhed og bekæmpelse af kriminalitet at foretage



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
H. SAUGMANDSGAARD ØE
fremsat den 19. juli 2016¹

Forenede sager C-203/15 og C-698/15

Tele2 Sverige AB
mod
Post- og telestyrelsen (sag C-203/15)
og
Secretary of State for the Home Department
mod
Tom Watson,
Peter Brice,
Geoffrey Lewis (sag C-698/15)
procesdeltagere:
Open Rights Group,
Privacy International,
Law Society of England and Wales

(anmodninger om præjudiciel afgørelse indgivet af Kammarrätten i Stockholm (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Stockholm, Sverige) og Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager), Det Forenede Kongerige)

»Præjudiciel forelæggelse — direktiv 2002/58/EF — behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor — national lovgivning, som fastsætter en generel pligt til lagring af data vedrørende elektronisk kommunikation — artikel 15, stk. 1 — Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder — artikel 7 — ret til respekt for privatlivet — artikel 8 — ret til beskyttelse af personoplysninger — alvorligt indgreb — begrundelse — artikel 52, stk. 1 — betingelser — det legitime mål om bekæmpelse af grov kriminalitet — krav om et retsgrundlag i national ret — krav om streng nødvendighed — krav om proportionalitet i et demokratisk samfund«

Indhold

I – Indledning	3
II – Retsforskrifter	4
A – Direktiv 2002/58	4

¹ — Originalsprog: fransk.

B – Svensk ret	5
1. Om rækkevidden af lagringspligten	5
2. Om adgangen til de lagrede data	5
a) LEK	6
b) RB	6
c) Lov 2012/278	6
3. Om varigheden af datalagringen.....	7
4. Om beskyttelse og sikkerhed med hensyn til de lagrede data	7
C – Det Forenede Kongeriges ret	8
1. Om rækkevidden af lagringspligten	8
2. Om adgangen til de lagrede data	8
3. Om varigheden af datalagringen.....	9
4. Om beskyttelse og sikkerhed med hensyn til de lagrede data	9
III – Tvisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål	10
A – Sag C-203/15	10
B – Sag C-698/15	11
IV – Retsforhandlingerne for Domstolen.....	11
V – Bedømmelse af de præjudicielle spørgsmål.....	12
A – Om formaliteten med hensyn til det andet spørgsmål i sag C-698/15	13
B – Om foreneligheden af en generel pligt til datalagring med den ordning, der er fastsat i direktiv 2002/58	15
1. Om en generel pligt til datalagring er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58.	15
2. Om muligheden for at fravige den ordning, der er fastsat i direktiv 2002/58, ved at fastsætte en generel pligt til datalagring	16
C – Om chartret finder anvendelse på en generel pligt til datalagring	19
D – Om foreneligheden af en generel pligt til datalagring med de krav, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 og i chartrets artikel 7, artikel 8 og artikel 52, stk. 1	20
1. Om kravet om et retsgrundlag i national ret	21
2. Om respekten af det væsentligste indhold af de rettigheder, der er anerkendt ved chartrets artikel 7 og 8	24

3. Om der foreligger et mål af almen interesse, der er anerkendt i Unionen, og som kan begrunde en generel pligt til datalagring	25
4. Om en generel pligt til datalagring er passende, henset til bekæmpelsen af grov kriminalitet	27
5. Om en generel pligt til datalagring er nødvendig henset til bekæmpelsen af grov kriminalitet	28
a) Om en generel pligt til datalagring er strengt nødvendig	29
b) Om den ufravigelige karakter af de garantier, som Domstolen har opstillet i Digital Rights-dommens præmis 60-68, henset til kravet om streng nødvendighed	33
6. Om en generel pligt til datalagring er forholdsmæssig i et demokratisk samfund, henset til målet om bekæmpelse af grov kriminalitet	37
VI – Forslag til afgørelse	40

I – Indledning

1. I 1788 skrev James Madison, en af ophavsmændene til den amerikanske forfatning: »If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself«².

2. I de foreliggende sager befinder vi os i kernen af denne »betydelige vanskelighed«, som James Madison identificerede. Sagerne vedrører spørgsmålet om foreneligheden med EU-retten af nationale lovgivninger, som for udbydere af elektroniske kommunikationstjenester, der er tilgængelige for offentligheden (herefter »udbyderne«), fastsætter en pligt til at lagre data vedrørende elektronisk kommunikation (herefter »kommunikationsdata«) for så vidt angår alle kommunikationsmidler og alle brugere (herefter »den generelle pligt til datalagring«).

3. For det første gør lagringen af kommunikationsdata det muligt for »regeringen at kontrollere dem, der regeres«, ved at give de kompetente myndigheder et efterforskningsmiddel, som kan være til en vis nytte i forbindelse med bekæmpelsen af grov kriminalitet, herunder navnlig bekæmpelsen af terrorisme. Denne datalagring giver nærmere bestemt myndighederne en begrænset mulighed for at »læse fortiden« ved at få adgang til data om kommunikation, som en person har taget del i, allerede inden den pågældende blev mistænkt for at have forbindelse til grov kriminalitet³.

2 — J. Madison, »Federalist No. 51«, i A. Hamilton, J. Madison og J. Jay, red. M.A. Genovese, *The Federalist Papers*, Palsgrave Macmillan, New York, 2009, s. 120. James Madison var en af hovedophavsmændene til den amerikanske forfatning og en af de 39 personer, som undertegnede den (1787). Han blev efterfølgende USA's fjerde præsident (fra 1809-1817).

3 — Denne begrænsede mulighed for at »læse fortiden« kan bl.a. vise sig at være til stor nytte ved identifikationen af eventuelle medskyldige. Jf. punkt 178-184 i nærværende forslag til afgørelse.

4. For det andet er det imidlertid bydende nødvendigt at »forpligte regeringen til at kontrollere sig selv« for så vidt angår såvel lagringen af som adgangen til de lagrede data, henset til de alvorlige risici, der følger af eksistensen af sådanne databaser, som omfatter al kommunikation, der foretages på det nationale område. Disse databaser af betydeligt omfang giver således enhver person, som har adgang til dem, magten til øjeblikkeligt at katalogisere hele den pågældende befolkning⁴. Disse risici må belyses omhyggeligt ved hjælp af bl.a. en undersøgelse af, hvorvidt en generel pligt til datalagring som den i hovedsagerne omhandlede er strengt nødvendig og forholdsmæssig.

5. I forbindelse med nærværende sager skal Domstolen og de forelæggende retter således foretage en afvejning af den forpligtelse, der påhviler medlemsstaterne med hensyn til at garantere sikkerheden for de personer, der befinder sig på deres område, og overholdelsen af den grundlæggende ret til et privatliv og til beskyttelse af personoplysninger, som er fastsat i artikel 7 og 8 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

6. Det er i lyset af denne »betydelige vanskelighed«, at jeg vil undersøge de spørgsmål, der er forelagt Domstolen i de foreliggende sager. Disse sager vedrører nærmere bestemt spørgsmålet om, hvorvidt nationale lovgivninger, som fastsætter en generel pligt til datalagring, er forenelige med direktiv 2002/58/EF⁵ og chartrets artikel 7 og 8. Med henblik på besvarelsen af disse spørgsmål skal Domstolen bl.a. præcisere, hvilken fortolkning der i en national sammenhæng skal anlægges af dommen i sagen Digital Rights Ireland m.fl. (herefter »Digital Rights-dommen«)⁶, hvor Domstolens Store Afdeling fastslog, at direktiv 2006/24/EF⁷ var ugyldigt.

7. Af de grunde, som jeg i det følgende vil redegøre for, er det min opfattelse, at en generel pligt til datalagring, som en medlemsstat har indført, kan være forenelig med de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved EU-retten, forudsat at den er strengt afgrænset ved en række garantier, som jeg vil identificere i min redegørelse.

II – Retsforskrifter

A – Direktiv 2002/58

8. 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 og for at sikre fri omsætning af sådanne oplysninger og af elektronisk kommunikationsudstyr og elektroniske kommunikationstjenester i [Den Europæiske Union].

2. Med henblik på at nå de i stk. 1 omhandlede mål specificerer og supplerer dette direktivs bestemmelser direktiv [95/46]. Nærværende bestemmelser beskytter desuden legitime interesser hos abonnenter, der er juridiske personer.

4 — Jf. punkt 252-261 i nærværende forslag til afgørelse.

5 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.7.2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (Direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation) (EFT 2002, L 201, s. 37), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25.11.2009 (EUT 2009, L 337, s. 11).

6 — Dom af 8.4.2014 (C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238).

7 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 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).

3. Dette direktiv gælder ikke for aktiviteter, der ikke er omfattet af [TEUF], som f.eks. de aktiviteter, der er omfattet af afsnit V og VI i [TEU], 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.«

9. Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 med overskriften »Anvendelsesområdet for visse bestemmelser i direktiv [95/46]« har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne 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 [...] artikel 6, stk. 1 og 2[, TEU].«

B – Svensk ret

10. Direktiv 2006/24, der nu er ugyldigt, blev gennemført i svensk ret ved ændringer foretaget i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (den svenske lov 2003:389 om elektronisk kommunikation, herefter »LEK«) og förordningen (2003:396) om elektronisk kommunikation (forordning 2003:396 om elektronisk kommunikation, herefter »FEK«), som begge trådte i kraft den 1. maj 2012.

1. Om rækkevidden af lagringspligten

11. Det fremgår af bestemmelserne i LEK's kapitel 6, § 16a, at udbyderne er forpligtet til at lagre de data vedrørende elektronisk kommunikation, som er nødvendige for at identificere kommunikationskilden, kommunikationens bestemmelsessted, datoen og tidspunktet for og varigheden af kommunikationen, hvilket kommunikationsudstyr der er blevet anvendt, og lokaliseringen af mobilt kommunikationsudstyr, der er anvendt ved kommunikationens start og slut. Den type data, som skal lagres, er genstand for mere detaljerede bestemmelser i FEK's § 38-43.

12. Denne lagringspligt vedrører data, der behandles i forbindelse med telefonitjenester, telefoni via en mobil forbindelse, beskedoverførsel, internetadgang og levering af kapacitet for internetadgang.

13. De data, der skal lagres, omfatter ikke kun alle de data, der skulle lagres inden for rammerne af direktiv 2006/24, men ligeledes data vedrørende mislykkede opkald og data om lokalisering af stedet for mobil samtalers afslutning. I lighed med den ordning, der var fastsat ved nævnte direktiv, omfatter de data, der skal lagres, ikke indholdet af kommunikationen.

2. Om adgangen til de lagrede data

14. Adgangen til de lagrede data er reguleret ved tre retsakter, nemlig LEK, rättegångsbalken (retsplejeloven, herefter »RB«) og lagen (2012:278) om inhämtning av uppgifter om elektronisk kommunikation i de brottsbekämpande myndigheternas underrättelseverksamhet (den svenske lov 2012:278 om indhentning af data vedrørende elektronisk kommunikation i de retshåndhævende myndigheders efterretningsvirksomhed).

a) LEK

15. Ifølge bestemmelserne i LEK's kapitel 6, § 22, stk. 1, nr. 2, skal enhver udbyder udlevere abonnementsdata på forespørgsel fra anklagemyndigheden, politiet, Säkerhetspolisen (den svenske efterretningstjeneste, herefter »Säpo«) eller enhver anden retshåndhævende offentlig myndighed, såfremt disse data vedrører en formodet lovovertrædelse. I henhold til disse bestemmelser er det ikke et krav, at der er tale om grov kriminalitet.

16. Ved abonnementsdata forstås nærmere bestemt data vedrørende abonnentens navn, titel, adresse, telefonnummer og IP-adresse.

17. I medfør af LEK kræver udlevering af abonnementsdata ingen forudgående kontrol, men kan efterfølgende gøres til genstand for en administrativ kontrol. Der er desuden ikke fastsat nogen begrænsning for så vidt angår antallet af myndigheder, der kan få adgang til disse data.

b) RB

18. RB regulerer overvågningen af elektronisk kommunikation i forbindelse med indledende efterforskning.

19. Overvågning af elektronisk kommunikation kan nærmere bestemt kun iværksættes, hvis der er begrundet mistanke om, at en bestemt person har begået en lovovertrædelse, der straffes med fængsel i mindst seks måneder, eller andre specifikt opregnede lovovertrædelser, og hvis foranstaltningen i særlig grad er nødvendig for efterforskningen.

20. Ud over dette tilfælde kan der foretages overvågning med henblik på efterforskning af en lovovertrædelse, der straffes med fængsel i mindst to år, med henblik på at finde de personer, der begrundet kan mistænkes for at have begået lovovertrædelsen, hvis foranstaltningen i særlig grad er nødvendig for efterforskningen.

21. I henhold til RB's kapitel 27, § 21, skal anklagemyndigheden normalt indhente tilladelse fra den kompetente ret, inden der kan iværksættes overvågning af elektronisk kommunikation.

22. Hvis overvågning af elektronisk kommunikation er tvingende nødvendig for efterforskningen, og det må antages, at en indhentning af tilladelse fra den kompetente ret til at foretage nævnte overvågning synes uforenelig med uopsætteligheden af overvågnings gennemførelse eller vil medføre hindringer, kan anklagemyndigheden imidlertid give tilladelse hertil, indtil den kompetente ret træffer afgørelse. Anklagemyndigheden skal omgående give den kompetente ret skriftlig underretning herom. Den kompetente ret skal herefter hurtigst muligt efterprøve, om foranstaltningen er begrundet.

c) Lov 2012/278

23. I forbindelse med indhentning af oplysninger og i henhold til § 1 i lov 2012:278 kan det svenske politi, Säpo og Tullverket (de svenske toldmyndigheder) på de betingelser, der er fastsat i loven og uden udbyderens vidende, indsamle kommunikationsdata.

24. I henhold til § 2 og 3 i lov 2012:278 kan der indsamles data, hvis omstændighederne er sådanne, at foranstaltningen i særlig grad er nødvendig med henblik på at forebygge, forhindre eller opdage kriminel virksomhed, der enten omfatter en eller flere lovovertrædelser, der straffes med fængsel i mindst to år, eller en af de lovovertrædelser, der er opregnet i § 3 (bl.a. forskellige former for sabotage eller spionage).

25. Afgørelsen om at iværksætte en sådan foranstaltning træffes af chefen for den relevante myndighed eller af en anden person, som er bemyndiget hertil.

26. Afgørelsen skal angive, hvilken kriminel virksomhed og tidsperiode samt hvilket telefonnummer, hvilke andre adresser, hvilket elektronisk kommunikationsudstyr eller hvilket geografisk område der er omfattet af denne. Tilladelsens varighed kan ikke være længere end nødvendigt og kan ikke overstige en måned for så vidt angår tidsperioden efter afgørelsen.

27. Denne type foranstaltning er ikke undergivet en forudgående kontrol. I medfør af § 6 i lov 2012:278 skal Säkerhets- och integritetsskyddsmyndigheten (sikkerheds- og integritetsbeskyttelsesnævnet, Sverige) imidlertid underrettes om enhver afgørelse om at tillade indsamling af data. I henhold til § 1 i lagen (2007:980) om tillsyn över viss brottsbekämpande verksamhet (lov 2007:980 om tilsyn med visse retshåndhævende aktiviteter) skal nævnte myndighed føre tilsyn med de retshåndhævende myndigheders anvendelse af loven.

3. Om varigheden af datalagringen

28. Det fremgår af bestemmelserne i LEK's kapitel 6, § 16d, at de data, der henvises til i samme kapitels § 16a, skal lagres i seks måneder fra den dag, hvor kommunikationen blev afsluttet. Disse data skal derefter øjeblikkeligt tilintetgøres, medmindre andet følger af LEK's kapitel 6, § 16d, stk. 2. I henhold til sidstnævnte bestemmelser skal data, der er krævet udleveret før udløbet af lagringsfristen, men som endnu ikke er udleveret, øjeblikkeligt tilintetgøres, når udleveringen har fundet sted.

4. Om beskyttelse og sikkerhed med hensyn til de lagrede data

29. I henhold til LEK's kapitel 6, § 20, er det forbudt for enhver at videregive eller udnytte kommunikationsdata uden tilladelse.

30. Ifølge bestemmelserne i LEK's kapitel 6, § 3a, skal udbyderne træffe de tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der kræves for at sikre databeskyttelsen under behandlingen. Det fremgår af forarbejderne til disse bestemmelser, at det ikke er tilladt at fastsætte beskyttelsesniveauet på grundlag af en afvejning af teknologi og omkostninger i forhold til risikoen for en krænkelse af privatlivets fred.

31. Flere regler om databeskyttelse findes i FEK's § 37 og i Post- og telestyrelsens (den svenske myndighed for post- og teletilsyn) forskrifter og retningslinjer om beskyttelsesforanstaltninger ved lagring og anden behandling af data i forbindelse med kriminalitetsbekæmpelse (PTSFS nr. 2012:4). Af disse regler fremgår bl.a., at udbyderne skal træffe foranstaltninger til beskyttelse af data mod uforsætlig eller ulovlig destruktions, mod ulovlig lagring, behandling eller adgang og mod ulovlig udbredelse. Udbyderen skal ligeledes løbende og systematisk sørge for datasikkerheden under hensyntagen til de særlige risici, der er forbundet med lagringspligten.

32. Svensk ret indeholder ingen bestemmelser om, hvor data skal lagres.

33. I henhold til LEK's kapitel 7 kan tilsynsmyndigheden i tilfælde af, at en udbyder ikke overholder sine forpligtelser, udstede påbud og forbud, eventuelt i forbindelse med bøder, og den kan endvidere træffe afgørelse om, at virksomheden helt eller delvis skal ophøre.

C – Det Forenede Kongeriges ret

34. De bestemmelser, der regulerer datalagring, findes i Data Retention and Investigatory Powers Act 2014 (lov om datalagring og efterforskningsbeføjelser af 2014, herefter »DRIPA«), i Data Retention Regulations 2014 (SI 2014/2042) (bekendtgørelse om datalagring af 2014, herefter »bekendtgørelsen af 2014«) og i Retention of Communications Data Code of Practice (praksiskodeks for lagring af datalagring).

35. De bestemmelser, der regulerer adgangen til data, findes i kapitel 2 i del 1 i Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (lov om efterforskningsbeføjelser af 2000, herefter »RIPA«), i Regulation of Investigatory Powers (Communication Data) Order 2010 (SI 2010/480) (afgørelse om efterforskningsbeføjelser (kommunikationsdata) af 2010, som ændret ved Regulation of Investigatory Powers (Communications Data) (Amendment) Order 2015 (SI 2015/228)) og i Acquisition and Disclosure of Communications Data Code of Practice (praksiskodeksen for erhvervelse og videregivelse af kommunikationsdata, herefter »dataerhvervelseskodeksen«).

1. Om rækkevidden af lagringspligten

36. I medfør af DRIPA's section 1 kan Secretary of State for the Home Department (Det Forenede Kongeriges indenrigsminister, herefter »Secretary of State«) pålægge udbyderne en pligt til at lagre alle kommunikationsdata. Denne pligt vedrører nærmere bestemt samtlige data, der genereres i forbindelse med en afsluttet kommunikation under anvendelse af en posttjeneste eller et telekommunikationssystem, bortset fra kommunikationens indhold. Disse data omfatter bl.a. det sted, hvor tjenestens bruger befinder sig, og data til fastlæggelse af IP-adressen (internetprotokol) eller enhver anden identifikator, der er knyttet til afsenderen eller modtageren af en kommunikation

37. De formål, der kan begrunde vedtagelsen af en sådan lagringsforanstaltning, omfatter hensynet til den nationale sikkerhed, forebyggelse eller afsløring af kriminalitet eller forebyggelse af forstyrrelse af den offentlige orden, hensynet til Det Forenede Kongeriges økonomiske velfærd, for så vidt som dette hensyn også er relevant for hensynet til den nationale sikkerhed, hensynet til den offentlige sikkerhed, beskyttelse af folkesundheden, fastsættelse eller opkrævning af enhver form for skat eller afgift eller andet beløb, der skal betales til en offentlig myndighed, i nødstilfælde forebyggelse af skader på den fysiske eller mentale sundhed, bistand i forbindelse med efterforskning af tilfælde af fejlagtig domfældelse, identificering af en person, som er afgået ved døden, eller som ikke er i stand til at identificere sig selv, af anden årsag end som følge af en forbrydelse (såsom en naturkatastrofe eller en ulykke), udøvelse af funktioner i forbindelse med regulering af finansielle tjenesteydelser og markeder eller finansiell stabilitet og ethvert formål, der er fastsat i en afgørelse truffet af Secretary of State i henhold til DRIPA's section 22(2).

38. Det kræves ikke i henhold til national lovgivning, at udstedelsen af en meddelelse, som pålægger lagringspligt, skal være underlagt et krav om en forudgående retskendelse eller en tilladelse fra et uafhængigt organ. Secretary of State skal efterprøve, at lagringspligten er »nødvendig og forholdsmæssig« for et eller flere af de formål, der begrunder lagring af relevante kommunikationsdata.

2. Om adgangen til de lagrede data

39. I medfør af RIPA's section 22(4) kan offentlige myndigheder ved meddelelse pålægge udbyderne at videregive kommunikationsdata til dem. Formen og indholdet af sådanne meddelelser reguleres i RIPA's section 23(2). En sådan meddelelse er tidsbegrænset ved bestemmelser om ophævelse og forlængelse heraf.

40. Erhvervelsen af kommunikationsdata skal være nødvendig og forholdsmæssig for et eller flere af formålene i RIPA's section 22, som svarer til de formål til begrundelse af lagring, som er beskrevet i punkt 37 i nærværende forslag til afgørelse.

41. Det fremgår af dataerhvervelseskodeksen, at der kræves en retskendelse i tilfælde, hvor en anmodning om dataadgang indgives med henblik på at identificere en journalists kilde, og i tilfælde, hvor lokale myndigheder anmoder om adgang.

42. Ud over disse tilfælde er offentlige myndigheders adgang underlagt et krav om, at der er indhentet tilladelse hos den person, der er udpeget til dette formål hos den pågældende offentlige myndighed. En person, der er udpeget til dette formål, er en person, der har et bestemt embede eller en bestemt rang eller stilling inden for den pågældende offentlige myndighed, og som er blevet udpeget med henblik på erhvervelse af kommunikationsdata på grundlag af afgørelsen om efterforskningsbeføjelser (kommunikationsdata) af 2015, som ændret.

43. Der er intet særligt krav om en retskendelse eller en tilladelse fra et uafhængigt organ for så vidt angår adgang til kommunikationsdata, der er omfattet af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, eller kommunikationsdata i forbindelse med læger, parlamentsmedlemmer eller præster. Dataerhvervelseskodeksen præciserer alene, at der i forbindelse med en anmodning om adgang til sådanne data skal udvises særlig opmærksomhed for så vidt angår nødvendigheden og forholdsmæssigheden.

3. Om varigheden af datalagringen

44. I DRIPA's section 1(5) og i Regulation 4(2) i bekendtgørelsen af 2014 er der fastsat en maksimal datalagringsperiode på 12 måneder. Ifølge datalagringskodeksen må perioden ikke vare længere, end hvad der er nødvendigt og forholdsmæssigt. I henhold til Regulation 6 i bekendtgørelsen af 2014 skal Secretary of State løbende genoverveje en lagringsmeddelelse.

4. Om beskyttelse og sikkerhed med hensyn til de lagrede data

45. I henhold til DRIPA's section 1 må udbyderne ikke videregive lagrede data, medmindre videregivelsen er i overensstemmelse med kapitel 2 i del 1 i RIPA, med en retsafgørelse eller enhver anden retlig afgørelse eller retskendelse eller med en bekendtgørelse vedtaget af Secretary of State i henhold til DRIPA's section 1.

46. I medfør af Regulation 7 og 8 i bekendtgørelsen af 2014 skal udbyderne sikre de lagrede datas integritet og sikkerhed, beskytte dem mod hændelig eller ulovlig tilintetgørelse, hændeligt tab eller ændring eller ubeføjet eller ulovlig lagring, behandling, adgang eller videregivelse, tilintetgøre data for at gøre det umuligt at få adgang til dem, hvis lagringen ophører med at være tilladt, og indføre passende sikkerhedssystemer. Regulation 9 i bekendtgørelsen af 2014 pålægger Information Commissioner (informationskommissæren) at holde tilsyn med udbydernes overholdelse af disse krav.

47. De myndigheder, til hvilke udbyderne udleverer kommunikationsdata, skal behandle og opbevare disse data samt alle kopier, udskrifter og resuméer heraf sikkert. I henhold til dataerhvervelseskodeksen skal kravene i databeskyttelsesloven (Data Protection Act, herefter »DPA«), som gennemførte direktiv 95/46, overholdes.

48. Ved RIPA er indført en Interception of Communications Commissioner (kommissær med ansvar for aflytning af kommunikation, herefter »kommissæren med ansvar for aflytning«), der har til opgave at sørge for uafhængigt tilsyn med udøvelsen og udførelsen af beføjelserne og opgaverne i kapitel II i del I af RIPA. Kommissæren med ansvar for aflytning fører ikke tilsyn med anvendelsen af DRIPA's section 1. Nævnte kommissær skal regelmæssigt udarbejde rapporter til offentligheden og parlamentet

(RIPA's section 57(2) og section 58) og gøre rede for, hvad de offentlige myndigheder lagrer og indberetter (dataerhvervelseskodeksens punkt 6.1-6.8). Der kan indgives klage til Investigatory Powers Tribunal (domstol for efterforskningsbeføjelser), hvis der er en formodning om, at data er blevet erhvervet med urette (RIPA's section 65).

49. Det fremgår af dataerhvervelseskodeksen, at kommissæren med ansvar for aflytning ikke har beføjelse til at indbringe en sag for nævnte domstol. Nævnte kommissær må kun oplyse en person om en mistanke om ulovlig anvendelse af beføjelser, hvis kommissæren kan »godtgøre, at en person er blevet skadet af en forsætlig eller uforsvarlig fejl«. Selv hvis kommissæren med ansvar for aflytning finder, at der har været tale om en forsætlig eller uforsvarlig fejl, må denne imidlertid ikke videregive oplysninger, hvis en videregivelse ville bringe den nationale sikkerhed i fare.

III – Tvisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

A – Sag C-203/15

50. Den 9. april 2014, dvs. dagen efter Digital Rights-dommen blev afsagt, meddelte Tele2 Sverige Post- og telestyrelsen, at selskabet havde besluttet at ophøre med at lagre de data, der er omhandlet i LEK's kapitel 6. Tele2 Sverige ville også slette data, som frem til dette tidspunkt var lagret i henhold til dette kapitel. Det er Tele2 Sveriges opfattelse, at den svenske lovgivning, som gennemfører direktiv 2006/24, ikke er i overensstemmelse med chartret.

51. Den 15. april 2014 fremsendte Rikspolisstyrelsen (den nationale rigspolitistyreelse, Sverige) en klage til Post- og telestyrelsen, idet Tele2 Sverige var ophørt med at videregive data vedrørende visse former for elektronisk kommunikation til politiets tjenestegrene. I klagen anførte Rikspolisstyrelsen, at Tele2 Sveriges afvisning heraf ville få alvorlige konsekvenser for politiets retshåndhævende virksomhed.

52. Ved påbud af 27. juni 2014 pålagde Post- og telestyrelsen Tele2 Sverige at genoptage datalagringen i henhold til LEK's kapitel 6, § 16a, og FEK's §§ 37-43 senest den 25. juli 2014.

53. Tele2 Sverige påklagede Post- og telestyrelsens afgørelse til Förvaltningsrätten i Stockholm (forvaltningsdomstolen i Stockholm, Sverige). Ved dom af 13. oktober 2014 frifandt Förvaltningsrätten i Stockholm Post- og telestyrelsen.

54. Tele2 Sverige har iværksat appel af dommen afsagt af Förvaltningsrätten i Stockholm (forvaltningsdomstolen i Stockholm, Sverige) for den forelæggende ret og har herved nedlagt påstand om annullation af den anfægtede afgørelse.

55. Da Kammarrätten i Stockholm (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Stockholm, Sverige) er af den opfattelse, at der foreligger argumenter både for og imod spørgsmålet om, hvorvidt en lagringspligt af et sådant omfang som den, der er fastsat i LEK's kapitel 6, § 16a, er forenelig med bestemmelserne i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 samt chartrets artikel 7, artikel 8 og artikel 52, stk. 1, har den besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Er en generel forpligtelse til at lagre trafikdata, som omfatter alle personer, alle elektroniske kommunikationsmidler og alle trafikdata uden forskel, begrænsninger eller undtagelser med henblik på at bekæmpe strafbare lovovertrædelser (som beskrevet [i forelæggelsesafgørelsens] punkt 13-18) forenelig med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58/EF, henset til chartrets artikel 7, artikel 8 og artikel 52, stk. 1?
- 2) Hvis spørgsmål 1 besvares benægtende, kan lagringen da alligevel være tilladt, hvis

- a) de nationale myndigheders adgang til de lagrede data fastsættes som beskrevet [i forelæggelsesafgørelsens] punkt 19-36, og
- b) sikkerhedskravene er reguleret som beskrevet [i forelæggelsesafgørelsens] punkt 38-43, og
- c) alle relevante data lagres i seks måneder, regnet fra den dag, kommunikationen blev afsluttet, og herefter slettes som beskrevet [i forelæggelsesafgørelsens] punkt 37?»

B – Sag C-698/15

56. Tom Watson, Peter Brice og Geoffrey Lewis har anlagt sag ved High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (ret i første instans (England og Wales) (forvaltningsretlige sager)) med henblik på prøvelse af lovligheden (»judicial review«) af den ordning til datalagring, der er indeholdt i DRIPA's section 1, hvorved Secretary of State er beføjet til at pålægge offentlige udbydere af telekommunikation at opbevare alle kommunikationsdata i højst 12 måneder, idet lagring af de omhandlede kommunikationers indhold er udelukket herfra.

57. Open Rights Group, Privacy International og Law Society of England and Wales har fået tilladelse til at intervenere i disse søgsmål.

58. Ved dom af 17. juli 2015 fastslog nævnte ret, at ordningen ikke er forenelig med EU-retten, for så vidt som den ikke overholder kravene i medfør af Digital Rights-dommen, der ifølge retten finder anvendelse på medlemsstaternes lovgivning vedrørende elektronisk kommunikation og adgangen til sådanne data. Secretary of State har iværksat appel til prøvelse af denne dom ved den forelæggende ret.

59. Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager), Det Forenede Kongerige) har i dom af 20. november 2015 givet udtryk for den foreløbige opfattelse, at Digital Rights-dommen ikke fastsætter ufravigelige EU-retlige krav, som den nationale lovgivning skal overholde, men ganske enkelt identificerede og beskrev beskyttelsesforanstaltninger, der ikke fandtes i den harmoniserede EU-ordning.

60. Da Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager), Det Forenede Kongerige) imidlertid er af den opfattelse, at svarene på disse EU-retlige spørgsmål ikke er klare, men er nødvendige for, at den kan træffe afgørelse i sagen, har den besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Fastsætter [Digital Rights-dommen] (herunder navnlig dommens præmis 60 og 62) ufravigelige EU-retlige krav, der finder anvendelse på en medlemsstats nationale ordning for adgang til data, der er lagret i overensstemmelse med national lovgivning, med henblik på at overholde [chartrets] artikel 7 og 8 [...]?
- 2) Udvider [Digital Rights-dommen] anvendelsesområdet for chartrets artikel 7 og/eller 8 ud over anvendelsesområdet for artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention (herefter »EMRK«), således som dette er fastslået i praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol [...]?»

IV – Retsforhandlingerne for Domstolen

61. Anmodningerne om præjudiciel afgørelse blev registreret på Domstolens Justitskontor den 4. maj 2015 i sag C-203/15 og den 28. december 2015 i sag C-698/15.

62. Ved kendelse af 1. februar 2016 har Domstolen besluttet at undergive sag C-698/15 den fremskyndede procedure efter artikel 105, stk. 1, i Domstolens procesreglement.

63. I sag C-203/15 har Tele2 Sverige, den belgiske, den tjekkiske, den danske, den tyske, den estiske, den spanske, den franske, den ungarske, den nederlandske og den svenske regering, Irland, Det Forenede Kongeriges regering og Europa-Kommissionen indgivet skriftlige indlæg.

64. I sag C-698/15 har Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis, Open Rights Group, Privacy International, Law Society of England and Wales, den tjekkiske, den danske, den tyske, den estiske, den franske, den cypriotiske, den polske og den finske regering, Irland, Det Forenede Kongeriges regering og Europa-Kommissionen indgivet skriftlige indlæg.

65. Ved Domstolens afgørelse af 10. marts 2016 er de to sager blevet forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

66. Under retsmødet den 12. april 2016 blev der afgivet mundtlige indlæg af repræsentanterne for Tele2 Sverige, Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis, Open Rights Group, Privacy International, Law Society of England and Wales, den tjekkiske, den danske, den tyske, den estiske, den spanske, den franske, den finske og den svenske regering, Irland, Det Forenede Kongeriges regering og Europa-Kommissionen.

V – Bedømmelse af de præjudicielle spørgsmål

67. Med det første spørgsmål i sag C-203/15 ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 og chartrets artikel 7, artikel 8 og artikel 52, stk. 1, i lyset af Digital Rights-dommen skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en medlemsstat pålægger udbyderne en generel pligt til datalagring såsom den i hovedsagerne omhandlede, uafhængigt af hvilke garantier der eventuelt ledsager denne pligt.

68. Såfremt dette spørgsmål skal besvares benægtende, ønskes det med det andet spørgsmål i sag C-203/15 og det første spørgsmål i sag C-698/15 oplyst, om disse bestemmelser skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en medlemsstat pålægger udbyderne en generel pligt til datalagring, såfremt denne pligt ikke ledsages af samtlige de garantier, som Domstolen fastslog i Digital Rights-dommens præmis 60-68 vedrørende dataadgang, lagringens varighed, databeskyttelse og datasikkerhed.

69. Da disse tre spørgsmål er nært forbundne, vil jeg i det følgende behandle dem samlet.

70. Det andet spørgsmål i sag C-698/15 skal derimod behandles særskilt. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om Digital Rights-dommen har udvidet anvendelsesområdet for chartrets artikel 7 og/eller 8 til at gå ud over anvendelsesområdet for EMRK's artikel 8. Jeg vil i det følgende afsnit redegøre for grundene til, at dette spørgsmål bør afvises fra realitetsbehandling.

71. Inden undersøgelsen af disse spørgsmål påbegyndes, finder jeg det hensigtsmæssigt at nævne, hvilken type data der er omfattet af den i hovedsagerne omhandlede lagringspligt. Ifølge de forelæggende retters konstateringer svarer rækkevidden af denne pligt i det væsentlige til den forpligtelse, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 2006/24⁸. De kommunikationsdata, der er genstand for lagringspligten, kan skematisk opdeles i fire kategorier⁹:

- data, der gør det muligt at identificere såvel kommunikationens kilde som bestemmelsessted
- data, der gør det muligt at lokalisere såvel kommunikationens kilde som bestemmelsessted
- data vedrørende en kommunikations dato, klokkeslæt og varighed og
- data, der gør det muligt at fastslå kommunikationstypen, og hvilken type udstyr der er anvendt.

72. Indholdet af kommunikationen er udelukket fra den i hovedsagerne omhandlede generelle pligt til datalagring i lighed med, hvad der var fastsat i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2006/24.

A – Om formaliteten med hensyn til det andet spørgsmål i sag C-698/15

73. Med det andet spørgsmål i sag C-698/15 ønskes det oplyst, om Digital Rights-dommen udvider anvendelsesområdet for chartrets artikel 7 og/eller 8 til at gå ud over anvendelsesområdet for EMRK's artikel 8, således som denne bestemmelse fortolkes af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

74. Dette spørgsmål afspejler bl.a. et argument, som Secretary of State har fremført for den forelæggende ret, hvorefter det for det første i henhold til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis ikke kræves, at adgangen til data er underlagt et krav om forudgående tilladelse fra et uafhængigt organ, og for det andet ikke kræves, at lagringen af og adgangen til data er begrænset til bekæmpelsen af grov kriminalitet.

75. Det er min vurdering, at dette spørgsmål af de følgende grunde ikke kan antages til realitetsbehandling. Den begrundelse og den løsning, som Domstolen fastslog i Digital Rights-dommen, er helt åbenlyst af afgørende betydning for at kunne afgøre tvisterne i hovedsagerne. Den omstændighed, at denne dom eventuelt måtte have udvidet anvendelsesområdet for chartrets artikel 7 og/eller 8 til at gå ud over anvendelsesområdet for EMRK's artikel 8, er imidlertid ikke i sig selv relevant for afgørelsen af disse tvister.

76. I denne henseende bemærkes, at i overensstemmelse med artikel 6, stk. 3, TEU udgør de grundlæggende rettigheder, således som de er garanteret ved EMRK, generelle principper i EU-retten. Da Unionen imidlertid ikke har tiltrådt denne konvention, udgør den ikke et retligt instrument, der er formelt integreret i Unionens retsorden¹⁰.

77. Chartrets artikel 52, stk. 3, første punktum, fastsætter ganske vist en fortolkningsregel, hvoraf følger, at i det omfang chartret indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved EMRK, »har de samme betydning og omfang som i konventionen«.

8 — At de svarer hertil, er forståeligt, når henses til, at disse nationale ordninger havde til formål at gennemføre nævnte direktiv, som nu er ugyldigt.

9 — Jf. beskrivelsen af de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger i punkt 11-13 og 36 i nærværende forslag til afgørelse.

10 — Udtalelse 2/13 af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 179) og dom af 15.2.2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

78. Det følger imidlertid af chartrets artikel 52, stk. 3, andet punktum, at »[d]enne bestemmelse [ikke er] til hinder for, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse«. Efter min opfattelse følger det af dette punktum, at det er muligt for Domstolen at udvide anvendelsesområdet for chartrets bestemmelser til at gå ud over anvendelsesområdet for de tilsvarende bestemmelser i EMRK, såfremt den i en EU-retlig sammenhæng finder dette nødvendigt.

79. Subsidiært tilføjes, at chartrets artikel 8 som fortolket af Domstolen i Digital Rights-dommen fastsætter en rettighed, som ikke svarer til en ved EMRK sikret rettighed, nemlig retten til beskyttelse af personoplysninger, hvilket i øvrigt bekræftes af forklaringerne til chartrets artikel 52¹¹. Fortolkningsreglen i chartrets artikel 52, stk. 3, første punktum, finder følgelig under alle omstændigheder ikke anvendelse på fortolkningen af chartrets artikel 8, således som Peter Brice, Geoffrey Lewis, Open Rights Group, Privacy International, Law Society of England and Wales, den tjekkiske og den finske regering samt Irland har anført.

80. Det følger af det ovenstående, at EU-retten ikke er til hinder for, at chartrets artikel 7 og 8 tillægger en mere omfattende beskyttelse end den, der er fastsat i EMRK. Den omstændighed, at Digital Rights-dommen eventuelt måtte have udvidet anvendelsesområdet for disse bestemmelser i chartret til at gå ud over anvendelsesområdet for EMRK's artikel 8, er derfor ikke i sig selv relevant for afgørelsen af tvisterne i hovedsagerne. Løsningen af disse tvister afhænger grundlæggende af spørgsmålet om, på hvilke betingelser en generel pligt til datalagring kan anses for at være forenelig med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 og med chartrets artikel 7, artikel 8 og artikel 52, stk. 1, fortolket i lyset af Digital Rights-dommen, hvilket netop er genstanden for de tre andre spørgsmål, der er stillet i de foreliggende sager.

81. Det følger af fast retspraksis, at det kun er muligt at afvise en national rets anmodning om en præjudiciel afgørelse, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten 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 saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål¹².

82. Af de ovenfor anførte grunde forekommer det mig, at det andet spørgsmål i det foreliggende tilfælde alene er af teoretisk interesse, eftersom en eventuel besvarelse heraf ikke gør det muligt at udlede de elementer til fortolkning af EU-retten, som den forelæggende ret måtte finde relevante at benytte med henblik på at træffe afgørelse i den for retten verserende sag på grundlag af EU-retten¹³.

83. På denne baggrund finder jeg, at dette spørgsmål bør afvises fra realitetsbehandling, således som Tom Watson, Law Society of England and Wales og den tjekkiske regering med rette har gjort gældende.

11 — I overensstemmelse med artikel 6, stk. 1, tredje afsnit, TEU og chartrets artikel 52, stk. 7, skal der tages hensyn til forklaringerne til chartret ved fortolkningen heraf (jf. dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 20, og af 15.2.2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, præmis 47). Ifølge forklaringerne svarer chartrets artikel 7 til EMRK's artikel 8, mens chartrets artikel 8 ikke svarer til en af rettighederne i EMRK.

12 — Jf. bl.a. dom af 9.11.2010, Volker und Markus Schecke og Eifert (C-92/09 og C-93/09, EU:C:2010:662, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis), og af 24.4.2012, Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

13 — Jf. bl.a. dom af 16.9.1982, Vlaeminck (132/81, EU:C:1982:294, præmis 13), kendelse af 24.3.2011, Abt m.fl. (C-194/10, EU:C:2011:182, præmis 36 og 37 og den deri nævnte retspraksis), og dom af 24.10.2013, Stoilov i Ko (C-180/12, EU:C:2013:693, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).

B – Om foreneligheden af en generel pligt til datalagring med den ordning, der er fastsat i direktiv 2002/58

84. Dette afsnit omhandler medlemsstaternes mulighed for at anvende den mulighed, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, med henblik på at pålægge en generel pligt til datalagring. I dette afsnit vil der derimod ikke blive foretaget en undersøgelse af de særlige krav, som de medlemsstater, der ønsker at anvende denne mulighed, skal overholde, idet disse krav vil blive fyldestgørende undersøgt i senere afsnit¹⁴.

85. Open Rights Group og Privacy International har således gjort gældende, at en sådan pligt er uforenelig med den harmoniserede ordning, der er indført ved direktiv 2002/58, og at dette er tilfældet uafhængigt af, om de krav, der følger af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, er overholdt, eftersom en sådan pligt grundlæggende fratager de rettigheder og den ordning, der er fastsat i direktivet, deres væsentligste indhold.

86. Inden undersøgelsen af dette argument skal det efterprøves, om en generel pligt til datalagring er omfattet af nævnte direktivs anvendelsesområde.

1. Om en generel pligt til datalagring er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58

87. Ingen af de parter, der har indgivet indlæg til Domstolen, har bestridt den omstændighed, at en generel pligt til datalagring som den i hovedsagerne omhandlede er omfattet af begrebet »behandling af persondata i forbindelse med, at offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester stilles til rådighed via offentlige kommunikationsnet i [Unionen]« som omhandlet i artikel 3 i direktiv 2002/58.

88. Den tjekkiske, den franske og den polske regering samt Det Forenede Kongeriges regering har imidlertid gjort gældende, at en generel pligt til datalagring er omfattet af den undtagelse, der er fastsat i artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58. Dels vedrører de nationale bestemmelser, som regulerer dataadgang og -anvendelse for medlemsstaternes politi og retslige myndigheder, den offentlige sikkerhed, forsvaret eller statens sikkerhed, eller også er de i det mindste omfattet af strafferetten. Dels er det eneste formål med datalagringen at gøre det muligt for politiet og de retslige myndigheder at få adgang til disse data og anvende dem. En generel pligt til datalagring er derfor udelukket fra direktivets anvendelsesområde i henhold til nævnte bestemmelse.

89. Af de følgende grunde overbeviser denne argumentation mig ikke.

90. For det første bekræfter ordlyden af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, at de lagringsforpligtelser, som medlemsstaterne indfører, er omfattet af direktivets anvendelsesområde. Det fremgår således af denne bestemmelse, at »[m]ed 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«. Det forekommer mig i det mindste vanskeligt at hævde, at lagringsforpligtelser er udelukket fra direktivets anvendelsesområde, eftersom direktivets artikel 15, stk. 1, netop regulerer muligheden for at vedtage sådanne forpligtelser.

91. Som Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis, den belgiske, den danske, den tyske og den finske regering samt Kommissionen har gjort gældende, udgør en generel pligt til datalagring som den i hovedsagerne omhandlede reelt en gennemførelse af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58.

14 — Jf. punkt 126-262 i nærværende forslag til afgørelse.

92. For det andet indebærer den omstændighed, at de bestemmelser, som regulerer adgangen, kan være omfattet af undtagelsen i artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58¹⁵, ikke, at lagringspligten også er omfattet heraf og dermed befinder sig uden for direktivets anvendelsesområde.

93. I denne henseende har Domstolen allerede haft lejlighed til at præcisere, at de aktiviteter, der er nævnt i artikel 3, stk. 2, første led, i direktiv 95/46/EF¹⁶, hvis ordlyd har en rækkevidde, der svarer til rækkevidden af artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58, er statens eller statslige myndigheders aktiviteter og ikke har noget at gøre med området for den enkelte borgers aktiviteter¹⁷.

94. Den i hovedsagerne omhandlede lagringspligt pålægges imidlertid private erhvervsdrivende i forbindelse med private aktiviteter, der består i levering af elektroniske kommunikationstjenester, således som Kommissionen har anført. Denne pligt pålægges desuden uafhængigt af enhver anmodning om adgang indgivet af politiet eller retslige myndigheder og mere generelt uafhængigt af enhver handling fra statslige myndigheder på området for den offentlige sikkerhed, forsvaret, statens sikkerhed eller på det strafferetlige område.

95. For det tredje bekræfter Domstolens løsning i dommen i sagen Irland mod Parlamentet og Rådet, at en generel pligt til datalagring ikke henhører under det strafferetlige område¹⁸. Domstolen fastslog således, at direktiv 2006/24, som fastsatte en sådan pligt, ikke henhørte under det strafferetlige område, men vedrørte det indre markedes funktion, således at artikel 95 EF (nu artikel 114 TEUF) udgjorde det korrekte retsgrundlag for vedtagelsen af nævnte direktiv.

96. For at nå frem til denne konklusion fastslog Domstolen bl.a., at direktivets bestemmelser i det væsentlige var begrænset til udbydernes virksomhed og ikke regulerede medlemsstaternes politi eller retslige myndigheders adgang til eller anvendelse af data¹⁹. Jeg udleder heraf, at bestemmelser i national lovgivning, som fastsætter en lagringspligt, der svarer til den, der var fastsat i direktiv 2006/24, heller ikke henhører under det strafferetlige område.

97. Henset til det ovenstående er det min opfattelse, at en generel pligt til datalagring ikke er omfattet af den undtagelse, der er fastsat i artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58, og dermed falder ind under direktivets anvendelsesområde.

2. Om muligheden for at fravige den ordning, der er fastsat i direktiv 2002/58, ved at fastsætte en generel pligt til datalagring

98. Det skal nu fastlægges, om en generel pligt til datalagring er forenelig med den ordning, der er indført ved direktiv 2002/58.

99. I denne forbindelse opstår spørgsmålet om, hvorvidt det er muligt for en medlemsstat at anvende den mulighed, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, med henblik på at pålægge en sådan pligt.

100. Der er blevet fremsat fire argumenter mod en sådan mulighed, bl.a. af Open Rights Group og Privacy International.

15 — Jf. punkt 123-125 i nærværende forslag til afgørelse.

16 — Europa-Parlamentet 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).

17 — Dom af 6.11.2003, Lindqvist (C-101/01, EU:C:2003:596, præmis 43 og 44).

18 — Dom af 10.2.2009 (C-301/06, EU:C:2009:68).

19 — Dom af 10.2.2009, Irland mod Parlamentet og Rådet (C-301/06, EU:C:2009:68, præmis 80).

101. Ifølge det første argument kan den omstændighed, at medlemsstaterne tillægges en beføjelse til at vedtage en generel pligt til datalagring, bringe det harmoniseringsformål, som er begrundelsen for direktiv 2002/58, i fare. Ifølge direktivets artikel 1, stk. 1, tager det nemlig 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 privatlivets fred og fortrolighed i forbindelse med behandling af personoplysninger inden for den elektroniske kommunikationssektor og for at sikre fri omsætning af sådanne oplysninger og af elektronisk kommunikationsudstyr og elektroniske kommunikationstjenester i Unionen.

102. Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 kan derfor ikke fortolkes således, at det giver medlemsstaterne beføjelse til at vedtage en undtagelse fra den ordning, der fastsættes i direktivet, af et sådant omfang, at denne harmoniseringsbestræbelse fratages enhver effektiv virkning.

103. Ifølge det andet argument er ordlyden af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 ligeledes til hinder for en så vid fortolkning af medlemsstaternes beføjelse til at fravige den ordning, der er fastsat i direktivet. Det følger nemlig af denne bestemmelse, at »[m]edlemsstaterne kan vedtage retsfor skrifter med henblik på at *indskrænke rækkevidden* af de rettigheder og forpligtelser, der omhandles i [direktivets] artikel 5, artikel 6, artikel 8, stk. 1, 2, 3 og 4, og artikel 9« (min fremhævelse).

104. En generel pligt til datalagring er imidlertid ikke begrænset til at »indskrænke rækkevidden« af de rettigheder og forpligtelser, der er nævnt i bestemmelsen, men fratager disse rettigheder og forpligtelser enhver virkning. Dette er tilfældet for:

- forpligtelsen til at sikre trafikdatahemmeligheden og forpligtelsen til at undergive lagring af oplysninger en betingelse om brugerens samtykke, som henholdsvis er fastsat i artikel 5, stk. 1 og 3, i direktiv 2002/58
- forpligtelsen til at slette eller anonymisere trafikdata, som er fastsat i direktivets artikel 6, stk. 1, og
- forpligtelsen til at anonymisere lokaliseringsdata eller til at opnå brugerens samtykke til behandlingen heraf, som er pålagt ved direktivets artikel 9, stk. 1.

105. Af de følgende grunde kan disse to første argumenter efter min opfattelse ikke tiltrædes.

106. For det første nævner ordlyden af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 medlemsstaternes mulighed for at vedtage »retsfor skrifter om lagring af data i en begrænset periode«. Denne udtrykkelige henvisning til datalagringsforpligtelser bekræfter, at sådanne forpligtelser ikke i sig selv er uforenelige med den ordning, der er fastsat i direktiv 2002/58. Selv om denne formulering ikke udtrykkeligt foreskriver en mulighed for at vedtage en *generel* pligt til datalagring, må det fastslås, at den heller ikke forbyder det.

107. For det andet præciseres det i 11. betragtning til direktiv 2002/58, at direktivet ikke ændrer »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 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 [EMRK]«.

108. Det følger efter min opfattelse af nævnte 11. betragtning, at EU-lovgivers hensigt ikke var at gribe ind i medlemsstaternes mulighed for at vedtage de foranstaltninger, der er omhandlet i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, men derimod at undergive denne mulighed visse krav, som bl.a. vedrører de forfulgte mål og disse foranstaltningers forholdsmæssighed. Med andre ord er en generel pligt til datalagring efter min opfattelse ikke uforenelig med den ordning, der er fastsat i direktivet, såfremt den overholder visse betingelser.

109. Ifølge det tredje argument skal artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 i sin egenskab af undtagelse fra den ordning, der er fastsat i direktivet, være genstand for en streng fortolkning, hvilket følger af en fortolkningsregel i Domstolens faste praksis. Denne regel om en streng fortolkning forbyder, at denne bestemmelse fortolkes således, at den giver mulighed for at pålægge en generel pligt til datalagring.

110. I denne henseende er det min opfattelse, at den mulighed, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, ikke kan kvalificeres som en undtagelse og følgelig ikke skal undergives en streng fortolkning, således som Kommissionen med rette har anført. Det forekommer mig således vanskeligt at kvalificere denne mulighed som en undtagelse, henset til den ovenfor nævnte 11. betragtning, ifølge hvilken direktivet ikke berører medlemsstaternes mulighed for at vedtage de foranstaltninger, der er omhandlet i bestemmelsen. Det bemærkes desuden, at direktivets artikel 15 har overskriften »Anvendelsesområdet for visse bestemmelser i direktiv 95/46/EF«, mens direktivets artikel 10 udtrykkeligt har overskriften »Undtagelsesbestemmelser«. Disse overskrifter bestyrker mig i den opfattelse, at den i artikel 15 fastsatte mulighed ikke kan kvalificeres som en »undtagelse«.

111. Ifølge det fjerde og sidste argument underbygges uforeneligheden af en generel pligt til datalagring med den ordning, der er fastsat i direktiv 2002/58, ved tilføjelsen af direktivets artikel 15, stk. 1a, i forbindelse med vedtagelsen af direktiv 2006/24, som blev kendt ugyldigt ved Digital Rights-dommen. I medfør af dette argument var det denne uforenelighed, der ledte EU-lovgiver til at fastslå, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 ikke finder anvendelse på den ordning for generel lagring, der var fastsat i direktiv 2006/24.

112. Dette argument synes efter min opfattelse at hvile på en fejlagtig forståelse af rækkevidden af artikel 15, stk. 1a, i direktiv 2002/58. I medfør af denne bestemmelse »[finder artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58] ikke anvendelse på data, der udtrykkelig kræves lagret i henhold til [direktiv 2006/24] til de formål, der er omhandlet i nævnte direktivs artikel 1, stk. 1«.

113. Jeg fortolker denne bestemmelse på følgende måde. For så vidt angår data, som i medfør af direktiv 2006/24 kræves lagret til de formål, der er fastsat heri, har medlemsstaterne mistet den i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 fastsatte mulighed til yderligere at indskrænke rækkevidden af de rettigheder og forpligtelser, der er omhandlet i bestemmelsen, herunder ved hjælp af supplerende forpligtelser til datalagring. Med andre ord fastsætter artikel 15, stk. 1a, en udtømmende harmonisering for så vidt angår data, som i medfør af direktiv 2006/24 kræves lagret til de formål, der er fastsat heri.

114. Efter min opfattelse bekræftes denne fortolkning af 12. betragtning til direktiv 2006/24, hvoraf fremgår, at »[a]rtikel 15, stk. 1, i direktiv [2002/58] [fortsat vil] finde anvendelse for data, herunder data om forgæves opkaldsforsøg, der ikke udtrykkelig kræves lagret i henhold til nærværende direktiv og dermed falder uden for dets anvendelsesområde, samt for lagring til andre, herunder retlige, formål end dem, der er omfattet af nærværende direktiv« (min fremhævelse).

115. Indsættelsen af artikel 15, stk. 1a, i direktiv 2002/58 vidner således ikke om uforeneligheden af en generel pligt til datalagring med den ordning, der er fastsat i direktivet, men derimod om EU-lovgivers ønske om at foretage en udtømmende harmonisering med direktiv 2006/24.

116. Henset til det ovenstående finder jeg, at en generel pligt til datalagring er forenelig med den ordning, der er fastsat i direktiv 2002/58, og følgelig, at det er muligt for en medlemsstat at anvende den mulighed, som direktivets artikel 15, stk. 1, giver med henblik på at pålægge en sådan pligt²⁰. Anvendelsen af denne mulighed er imidlertid undergivet en betingelse om overholdelse af strenge krav, som ikke alene følger af denne bestemmelse, men også af relevante bestemmelser i chartret, sammenholdt med Digital Rights-dommen, som vil blive behandlet i et efterfølgende afsnit²¹.

C – Om chartret finder anvendelse på en generel pligt til datalagring

117. Inden undersøgelsen af indholdet af de krav, som pålægges ved chartret, sammenholdt med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, såfremt en medlemsstat vælger at indføre en generel pligt til datalagring, skal det efterprøves, om chartret finder anvendelse på en sådan pligt.

118. Spørgsmålet om, hvorvidt chartret finder anvendelse på en generel pligt til datalagring, afhænger grundlæggende af, om direktiv 2002/58 finder anvendelse på en sådan pligt.

119. Det følger nemlig af chartrets artikel 51, stk. 1, første punktum, at »[b]estemmelserne i [chartret] er rettet til [...] medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører EU-retten«. Forklaringerne til chartrets artikel 51 henviser i denne henseende til Domstolens praksis, ifølge hvilken forpligtelsen til at respektere de grundlæggende rettigheder, der er fastlagt inden for rammerne af Unionen, kun påhviler medlemsstaterne, når de handler inden for rammerne af EU-retten²².

120. Den tjekkiske, den franske og den polske regering samt Det Forenede Kongeriges regering, som har bestridt, at direktiv 2002/58 finder anvendelse på en generel pligt til datalagring²³, har ligeledes gjort gældende, at chartret ikke finder anvendelse på en sådan pligt.

121. Jeg har allerede redegjort for grundene til, at jeg finder, at en generel pligt til datalagring udgør en gennemførelse af den mulighed, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58²⁴.

122. Det er følgelig min opfattelse, at chartrets bestemmelser i henhold til dets artikel 51, stk. 1, finder anvendelse på nationale foranstaltninger, som indfører en sådan pligt, således som Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis, Open Rights Group, Privacy International, den danske, den tyske og den finske regering samt Kommissionen har gjort gældende²⁵.

123. Denne konklusion berøres ikke af den omstændighed, at de nationale bestemmelser, som regulerer adgangen til de lagrede data, ikke i sig selv falder ind under chartrets anvendelsesområde.

20 — Eftersom direktiv 2002/58 kan kvalificeres som »lex specialis« i forhold til direktiv 95/46 (jf. i denne henseende artikel 1, stk. 2, i direktiv 2002/58), finder jeg det ikke nødvendigt at efterprøve, om en generel pligt til datalagring er forenelig med den ordning, der er fastsat i direktiv 95/46, som i øvrigt ikke er genstand for de spørgsmål, der er forelagt Domstolen. For fuldstændighedens skyld præciseres det ikke desto mindre, at ordlyden af artikel 13, stk. 1, i direktiv 95/46 giver medlemsstaterne et videre råderum end ordlyden af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, som præciserer rækkevidden heraf inden for rammerne af leveringen af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester. Da muligheden i henhold til artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 tillader medlemsstaterne at vedtage en generel pligt til datalagring, udleder jeg heraf, at også artikel 13, stk. 1, i direktiv 95/46 tillader dette.

21 — Jf. punkt 126-262 i nærværende forslag til afgørelse.

22 — Det følger nemlig af Domstolens faste praksis, at de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved Unionens retsorden, kan anvendes i alle situationer, der reguleres af EU-retten, men ikke uden for sådanne situationer. Det er af denne grund, at Domstolen allerede har udtalt, at den ikke kan bedømme en national lovgivning i henhold til chartret, når denne lovgivning ikke er omfattet af EU-retten. Når en sådan lovgivning derimod falder ind under EU-rettens anvendelsesområde, skal Domstolen inden for rammerne af en anmodning om præjudiciel afgørelse give alle de oplysninger med hensyn til fortolkningen, som kræves, for at den nationale ret kan vurdere, om denne lovgivning er i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder, som Domstolen skal beskytte (jf. dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis).

23 — Jf. punkt 88 i nærværende forslag til afgørelse.

24 — Jf. punkt 90-97 i nærværende forslag til afgørelse.

25 — Chartrets artikel 51, stk. 1, andet punktum, fastsætter nærmere bestemt, at medlemsstaterne er forpligtede til at respektere de rettigheder, der sikres ved chartret, når de gennemfører EU-retten.

124. For så vidt som de vedrører »statens aktiviteter på det strafferetlige område«, er de nationale bestemmelser, som regulerer politiets og de retslige myndigheders adgang til de lagrede data med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet, ganske vist efter min opfattelse omfattet af undtagelsen i artikel 1, stk. 3, i direktiv 2002/58²⁶. Sådanne nationale bestemmelser gennemfører følgelig ikke EU-retten, således at chartret heller ikke finder anvendelse herpå.

125. Begrundelsen for en datalagringspligt er imidlertid at gøre det muligt for de retshåndhævende myndigheder at få adgang til de lagrede data, således at problemstillingen med hensyn til henholdsvis lagring og adgang ikke fuldstændigt kan adskilles. Som Kommissionen med rette har fremhævet, har de bestemmelser, der regulerer adgangen, afgørende betydning med hensyn til bedømmelsen af, om de bestemmelser, der indfører en generel pligt til datalagring, og som gennemfører artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, er forenelige med chartret. De bestemmelser, der regulerer adgangen, skal nærmere bestemt tages i betragtning ved vurderingen af nødvendigheden og forholdsmæssigheden af en sådan pligt²⁷.

D – Om foreneligheden af en generel pligt til datalagring med de krav, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 og i chartrets artikel 7, artikel 8 og artikel 52, stk. 1

126. Tilbage står nu at undersøge det vanskelige spørgsmål om, hvorvidt en generel pligt til datalagring er forenelig med de krav, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 og i chartrets artikel 7, artikel 8 og artikel 52, stk. 1, sammenholdt med Digital Rights-dommen. Dette spørgsmål vedrører mere generelt den nødvendige tilpasning af den retlige ramme for staternes overvågningskapacitet, som er blevet udvidet betydeligt som følge af den seneste teknologiske udvikling²⁸.

127. Det første trin af enhver analyse i denne sammenhæng består i konstateringen af, at der foreligger et indgreb i de rettigheder, der er fastsat i direktiv 2002/58, og de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8.

128. En sådan pligt udgør således et alvorligt indgreb i retten til respekt for privatlivet, som er sikret ved chartrets artikel 7, og retten til beskyttelse af personoplysninger, som er sikret ved chartrets artikel 8. Jeg finder det ufornuddent at uddybe yderligere med hensyn til konstateringen af, at der foreligger et indgreb, hvilket Domstolen klart fastslog i Digital Rights-dommens præmis 32-37²⁹. En generel pligt til datalagring udgør ligeledes et indgreb i flere af de rettigheder, der er fastsat i direktiv 2002/58³⁰.

129. Det andet trin af analysen består i at fastlægge, om dette alvorlige indgreb i de rettigheder, der er fastsat i direktiv 2002/58, og de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, kan begrundes, og under hvilke betingelser.

26 — Om rækkevidden af denne undtagelse jf. punkt 90-97 i nærværende forslag til afgørelse.

27 — Jf. punkt 185-262 i nærværende forslag til afgørelse.

28 — Jf. bl.a. FN's Menneskerettighedsråd, rapport fra den særlige rapportør om fremme og beskyttelse af retten til menings- og ytringsfriheden, 17.4.2013, A/HRC/23/40, punkt 33: »[...] Technological advancements mean that the State's effectiveness in conducting surveillance is no longer limited by scale or duration. [...] As such, the State now has a greater capability to conduct simultaneous, invasive, targeted and broad-scale surveillance than ever before.« Jf. ligeledes punkt 50: »Generally, legislation has not kept pace with the changes in technology. In most States, legal standards are either non-existent or inadequate to deal with the modern communications surveillance environment. [...]«

29 — Jeg vil imidlertid vende tilbage til de specifikke risici, som oprettelsen af databaser af et sådant omfang indebærer i forhold til kravet om forholdsmæssigheden i et demokratisk samfund af en generel pligt til datalagring som den i hovedsagerne omhandlede, jf. punkt 252-261 i nærværende forslag til afgørelse.

30 — Jf. i denne henseende det argument, som Open Rights Group og Privacy International har fremført, og som er sammenfattet i punkt 104 i nærværende forslag til afgørelse.

130. To bestemmelser fastsætter de betingelser, der skal være opfyldt, for at disse indgreb er begrundede: artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, som fastsætter medlemsstaternes mulighed for at begrænse rækkevidden af visse af de rettigheder, der er fastsat i direktivet, og chartrets artikel 52, stk. 1, sammenholdt med Digital Rights-dommen, som regulerer enhver begrænsning af udøvelsen af de rettigheder, der er sikret ved chartret.

131. Det skal fremhæves, at disse krav er *kumulative*. Overholdelsen af de krav, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, indebærer således ikke i sig selv, at kravene i chartrets artikel 52, stk. 1, er opfyldt, og omvendt³¹. En generel pligt til datalagring kan følgelig ikke anses for forenelig med EU-retten, medmindre den opfylder både de krav, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, og de krav, der er fastsat i chartrets artikel 52, stk. 1, således som Law Society of England and Wales har fremhævet³².

132. Disse to bestemmelser fastsætter seks krav, som skal være opfyldt, for at det indgreb, som en generel pligt til datalagring indebærer, kan begrundes:

- Lagringspligten skal have et retsgrundlag.
- Den skal respektere det væsentligste indhold af de rettigheder og friheder, der er sikret ved chartret.
- Den skal forfølge et mål af almen interesse.
- Den skal være passende med hensyn til at forfølge dette mål.
- Den skal være nødvendig for at forfølge dette mål.
- Den skal være forholdsmæssig i et demokratisk samfund ved forfølgelsen af dette mål.

133. Flere af disse betingelser er allerede blevet nævnt af Domstolen i Digital Rights-dommen. Af klarhedshensyn, og henset til de særlige omstændigheder i nærværende sager i forhold til Digital Rights-sagen, ønsker jeg imidlertid at behandle hver af disse betingelser ved at foretage en detaljeret undersøgelse af kravene vedrørende retsgrundlaget og den nødvendige og forholdsmæssige karakter af en generel pligt til datalagring i et demokratisk samfund.

1. Om kravet om et retsgrundlag i national ret

134. Såvel chartrets artikel 52, stk. 1, som artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 fastsætter krav til det retsgrundlag, som en medlemsstat skal anvende for at pålægge en generel pligt til datalagring.

135. For det første skal enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder, der anerkendes ved chartret, være »fastlagt i lovgivningen« i medfør af chartrets artikel 52, stk. 1. Jeg præciserer, at dette krav ikke blev formelt behandlet af Domstolen i Digital Rights-dommen, som vedrørte et indgreb fastsat i et direktiv.

31 — At der er tale om krav af kumulativ art, bekræftes efter min opfattelse af artikel 15, stk. 1, sidste punktum, i direktiv 2002/58, hvorefter »[a]lle i dette stykke omhandlede forskrifter skal være i overensstemmelse med fællesskabsrettens generelle principper, herunder principperne i EU-traktatens artikel 6, stk. 1 og 2«. Det følger af artikel 6, stk. 1, TEU, at »Unionen anerkender de rettigheder, friheder og principper, der findes i [chartret], der har samme juridiske værdi som traktaterne«.

32 — Det må nødvendigvis følge af denne kumulative art, at for så vidt som de krav, der er fastsat i disse to bestemmelser, overlapper hinanden, skal det strengeste finde anvendelse, dvs. det krav, som har den mest omfattende beskyttelse af de omhandlede rettigheder.

136. Frem til den nylige afsigelse af dom *WebMindLicenses*³³ havde Domstolen aldrig udtalt sig om den nøjagtige rækkevidde af dette krav, heller ikke i tilfælde, hvor den udtrykkeligt fastslog, at dette krav enten var³⁴ eller ikke var³⁵ opfyldt. I nævnte doms præmis 81 udtalte Domstolens Tredje Afdeling følgende:

»I denne forbindelse må det fremhæves, at kravet om, at enhver begrænsning af udøvelsen af denne rettighed skal være fastlagt i lovgivningen, indebærer, at det retsgrundlag, som tillader afgiftsmyndigheden at anvende de beviser, der er nævnt i ovenstående præmis, skal være tilstrækkeligt klart og præcist, og at det ved selv at definere rækkevidden af begrænsningen af udøvelsen af rettigheden, der er sikret ved chartrets artikel 7, giver en vis beskyttelse mod eventuelle vilkårlige indgreb fra denne myndighed (jf. bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen *Malone mod Det Forenede Kongerige*, 2.8.1984, serie A, nr. 82, § 67, og i sagen *Gillan og Quinton mod Det Forenede Kongerige*, 12.1.2010, nr. 4158/05, § 77, ECHR 2010).«

137. Af de følgende grunde vil jeg opfordre Domstolens Store Afdeling til at bekræfte denne fortolkning i nærværende sager.

138. Som generaladvokat Cruz Villalón med rette anførte i forslag til afgørelse *Scarlet Extended*³⁶, har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol udviklet en rig retspraksis vedrørende dette krav inden for rammerne af EMRK, som er karakteriseret ved, at begrebet »lov« skal forstås materielt og ikke formelt³⁷.

139. Ifølge denne retspraksis indebærer udtrykket »i overensstemmelse med loven«, at retsgrundlaget skal være tilstrækkeligt tilgængeligt og forudsigeligt, dvs. være affattet tilstrækkeligt præcist til, at en person, om fornødent efter at have indhentet kyndige råd, kan tilpasse sin adfærd. Retsgrundlaget skal ligeledes yde en tilstrækkelig beskyttelse mod vilkårlighed og følgelig tilstrækkeligt klart fastsætte omfanget af og fremgangsmåden ved udøvelsen af de beføjelser, der tillægges de kompetente myndigheder (retsstatsprincipet)³⁸.

140. Af de følgende grunde er det efter min opfattelse nødvendigt, at udtrykket »fastlagt i lovgivningen«, som er anvendt i chartrets artikel 52, stk. 1, tillægges en tilsvarende rækkevidde, som ovennævnte udtryk er tillagt inden for rammerne af EMRK.

33 — Dom af 17.12.2015 (C-419/14, EU:C:2015:832).

34 — Jf. bl.a. dom af 17.10.2013, *Schwarz* (C-291/12, EU:C:2013:670, præmis 35) (indgreb fastsat i en EU-forordning), af 27.5.2014, *Spasic* (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, præmis 57) (indgreb fastsat i konventionen om gennemførelse af Schengenaf-talen af 14.6.1985 mellem regeringerne for staterne i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser, undertegnet i Schengen den 19.6.1990 og trådt i kraft den 26.3.1995), af 6.10.2015, *Delvigne* (C-650/13, EU:C:2015:648, præmis 47) (indgreb fastsat i den franske valglov og den franske straffelov), af 17.12.2015, *Neptune Distribution* (C-157/14, EU:C:2015:823, præmis 69) (indgreb fastsat i en EU-forordning og et EU-direktiv).

35 — Dom af 1.7.2010, *Knauf Gips mod Kommissionen* (C-407/08 P, EU:C:2010:389, præmis 87-92) (indgreb uden retsgrundlag).

36 — C-70/10, EU:C:2011:255, punkt 94-100.

37 — Jf. bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 14.9.2010, *Sanoma Uitgevers B.V. mod Nederlandene*, CE:ECHR:2010:0914JUD003822403, § 83.

38 — Jf. bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 26.3.1987, *Leander mod Sverige*, CE:ECHR:1987:0326JUD000924881, § 50 og 51, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 26.10.2000, *Hassan og Tchaouch mod Bulgarien*, CE:ECHR:2000:1026JUD003098596, § 84, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 4.12.2008, *S. og Marper mod Det Forenede Kongerige*, CE:ECHR:2008:1204JUD003056204, § 95, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 14.9.2010, *Sanoma Uitgevers B.V. mod Nederlandene*, CE:ECHR:2010:0914JUD003822403, § 81-83, og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 31.3.2016, *Stoyanov m.fl. mod Bulgarien*, CE:ECHR:2016:0331JUD005538810, § 124-126.

141. For det første følger det af chartrets artikel 53 og af forklaringerne til denne artikel, at det beskyttelsesniveau, der tillægges ved chartret, aldrig må være ringere end det, der er sikret ved EMRK. Dette forbud mod at underskride »EMRK-tærsklen« indebærer, at Domstolens fortolkning af udtrykket »fastlagt i lovgivningen« som anvendt i chartrets artikel 52, stk. 1, skal være mindst lige så streng som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning inden for rammerne af EMRK³⁹.

142. Henset til den horisontale karakter af dette krav, som finder anvendelse på flere typer indgreb såvel inden for rammerne af chartret som inden for rammerne af EMRK⁴⁰, vil det for det andet være uhensigtsmæssigt at underlægge medlemsstaterne forskellige kriterier, alt efter om indgrebet undersøges i forhold til det ene eller det andet af disse instrumenter⁴¹.

143. Det er derfor min vurdering, at udtrykket »fastlagt i lovgivningen« som anvendt i chartrets artikel 52, stk. 1, skal fortolkes i lyset af den retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, som er sammenfattet i punkt 139 i nærværende forslag til afgørelse, således at en generel pligt til datalagring som den i hovedsagerne omhandlede skal være fastlagt i henhold til et retsgrundlag, som dels er tilstrækkeligt tilgængeligt og forudsigeligt, dels giver en tilstrækkelig beskyttelse mod vilkårlighed, således som den estiske regering og Kommissionen har gjort gældende.

144. For det andet skal det fastlægges, hvilke krav der følger af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 for så vidt angår det retsgrundlag, som en medlemsstat skal anvende, hvis den ønsker at gøre brug af den mulighed, der er fastsat i nævnte bestemmelse.

145. I denne henseende vil jeg påpege, at der foreligger en afvigelse mellem sprogversionerne for så vidt angår bestemmelsens første punktum.

146. I den engelske (»*legislative measures*«), den franske (»*mesures législatives*«), den italienske (»*disposizioni legislative*«), den portugisiske (»*medidas legislativas*«), den rumænske (»*măsuri legislative*«) og den svenske sprogversion (»*genom lagstiftning vidta åtgärder*«) kræver artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58 efter min opfattelse, at den lovgivende magt vedtager foranstaltninger.

147. I den danske (»*retsforskrifter*«), den tyske (»*Rechtsvorschriften*«), den nederlandske (»*wettelijke maatregelen*«) og den spanske sprogversion (»*medidas legales*«) kan dette punktum derimod fortolkes således, at det enten kræves, at den lovgivende magt vedtager lovgivningsmæssige foranstaltninger, eller at den udøvende magt vedtager administrative foranstaltninger.

148. Ifølge fast retspraksis udelukker nødvendigheden af en ensartet anvendelse og dermed fortolkning af en EU-retsakt, at denne betragtes isoleret i en af sine versioner, idet det tværtimod er påkrævet, at den fortolkes i overensstemmelse med såvel ophavsmandens virkelige vilje som det af denne forfulgte mål, navnlig i lyset af dens affattelse på alle de øvrige officielle sprog. I tilfælde af forskelle mellem disse skal den pågældende bestemmelse fortolkes på baggrund af den almindelige opbygning af og formålet med de retsforskrifter, som den indgår i⁴².

39 — Mere specifikt kan Domstolen efter min opfattelse ikke anlægge en fortolkning af dette krav, som tillader mere end Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning, da dette ville tillade et højere antal indgreb, end hvad der er tilladt i henhold til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning af dette krav.

40 — Udtrykket »i overensstemmelse med loven« er anvendt i EMRK's artikel 8, stk. 2 (ret til respekt for privatliv og familieliv), og udtrykket »foreskrevet ved lov« er anvendt i EMRK's artikel 9, stk. 2 (ret til at tænke frit, til samvittigheds- og religionsfrihed), i EMRK's artikel 10, stk. 2 (ytringsfrihed) og i EMRK's artikel 11, stk. 2, (forsamlings- og foreningsfrihed). Inden for rammerne af chartret finder dets artikel 52, stk. 1, anvendelse på enhver begrænsning af udøvelsen af de heri sikrede rettigheder, forudsat at en sådan begrænsning er tilladt.

41 — Jf. i denne retning S. Peers, »Article 52 – Scope of guaranteed rights«, i S. Peers, et al, *The EU Charter of Fundamental Rights: a Commentary*, Oxford, OUP, 2014, nr. 52.39.

42 — Jf. bl.a. dom af 30.5.2013, Asbeek Brusse og de Man Garabito (C-488/11, EU:C:2013:341, præmis 26), af 24.6.2015, Hotel Sava Rogaška (C-207/14, EU:C:2015:414, præmis 26), og af 26.2.2015, Christie's France (C-41/14, EU:C:2015:119, præmis 26).

149. I det foreliggende tilfælde regulerer artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 medlemsstaternes mulighed for at fravige de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i chartrets artikel 7 og 8, hvis beskyttelse gennemføres ved direktivet. Jeg finder det derfor hensigtsmæssigt at fortolke det krav om retsgrundlag, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, i lyset af chartret, navnlig dets artikel 52, stk. 1.

150. De »forskrifter«, der kræves i henhold til artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, skal derfor nødvendigvis være kendetegnet ved tilgængelighed, forudsigelighed og en tilstrækkelig beskyttelse mod vilkårlighed som nævnt i punkt 143 i nærværende forslag til afgørelse. Det følger bl.a. af disse kendetegn, herunder navnlig kravet om tilstrækkelig beskyttelse mod vilkårlighed, at disse forskrifter skal være *bindende* for de nationale myndigheder, som får tildelt adgangsbeføjelser til lagrede data. Det er navnlig ikke tilstrækkeligt, at de garantier, der gælder for adgangen til disse data, er fastsat i kodekser eller interne retningslinjer, som ikke har en sådan bindende karakter, således som Law Society of England and Wales med rette har fremhævet.

151. Udtrykket »medlemsstaterne kan vedtage [forskrifter]«, som er fælles for alle sprogversionerne af artikel 15, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58, forekommer mig desuden at udelukke muligheden for, at national retspraksis, selv hvis den er fast, kan udgøre et tilstrækkeligt retsgrundlag for at gennemføre denne bestemmelse. Det skal fremhæves, at nævnte bestemmelse for så vidt går videre end de krav, der følger af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis⁴³.

152. Henset til alvorligheden af de indgreb, som en generel pligt til datalagring gør i de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, vil jeg tilføje, at det efter min opfattelse er ønskeligt, at det væsentligste indhold af den omhandlede ordning, og navnlig indholdet af de garantier, der gælder i forbindelse med nævnte pligt, fastlægges i en forskrift, som vedtages af den lovgivende magt, hvorved den udøvende magt kan præcisere den nærmere fremgangsmåde for anvendelsen heraf.

153. På grundlag af det ovenstående finder jeg, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 og chartrets artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at en ordning, som indfører en generel pligt til datalagring som den i hovedsagerne omhandlede, skal fastsættes ved retsforskrifter eller administrative foranstaltninger, som er kendetegnet ved tilgængelighed, forudsigelighed og en tilstrækkelig beskyttelse mod vilkårlighed.

154. Det tilkommer de forelæggende retter at efterprøve, om dette krav er opfyldt, da de er bedst egnede til at undersøge deres respektive nationale ordninger.

2. Om respekten af det væsentligste indhold af de rettigheder, der er anerkendt ved chartrets artikel 7 og 8

155. Det følger af chartrets artikel 52, stk. 1, at enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder, der anerkendes herved, »skal respektere disse rettigheders [...] væsentligste indhold«⁴⁴. Dette aspekt, som Domstolen behandlede i Digital Rights-dommens præmis 39 og 40 i sammenhæng med direktiv 2006/24, synes ikke at volde særlige problemer inden for rammerne af nærværende sager, således som den spanske regering, Irland og Kommissionen har anført.

43 — Jf. bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 14.9.2010, Sanoma Uitgevers B.V. mod Nederlandene, CE:ECHR:2010:0914JUD003822403, § 83: »[The term »law« which appear in Articles 8 to 11 of the Convention, is understood] in its »substantive« sense, not its »formal« one; it has included both »written law«, encompassing enactments of lower ranking statutes and regulatory measures taken by professional regulatory bodies under independent rule-making powers delegated to them by Parliament, and unwritten law. »Law« must be understood to include both statutory law and judge-made »law«.

44 — Et sådant krav fremgår hverken af ordlyden af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 eller af direktivets opbygning, jf. begrundelsen i punkt 99-116 i nærværende forslag til afgørelse.

156. I Digital Rights-dommens præmis 39 udtalte Domstolen, at nævnte direktiv ikke indebar en krænkelse af det væsentligste indhold af retten til respekt for privatlivet og de øvrige rettigheder, som er fastslået i chartrets artikel 7, eftersom direktivet ikke gav adgang til at gøre sig bekendt med selve indholdet af de elektroniske kommunikationer.

157. Denne vurdering kan efter min opfattelse overføres på de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger, eftersom disse heller ikke giver adgang til at gøre sig bekendt med selve indholdet af den elektroniske kommunikation⁴⁵.

158. I Digital Rights-dommens præmis 40 fastslog Domstolen, at direktiv 2006/24 ikke indebar en krænkelse af det væsentligste indhold af den grundlæggende ret til beskyttelse af personoplysninger, som er fastslået i chartrets artikel 8, henset til de principper om databeskyttelse og datasikkerhed, som udbyderne skulle respektere i medfør af direktivets artikel 7, og i overensstemmelse med hvilke medlemsstaterne skulle sikre iværksættelsen af de fornødne tekniske og organisatoriske foranstaltninger mod hændelig eller ulovlig tilintetgørelse eller hændeligt tab eller forringelse af data.

159. Det er igen min opfattelse, at denne vurdering kan overføres på de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger, eftersom disse ordninger forekommer mig at fastsætte tilsvarende garantier for så vidt angår beskyttelsen og sikkerheden af de data, som udbyderne lagrer, idet disse garantier skal gøre det muligt effektivt at beskytte personoplysninger mod risikoen for misbrug og mod ulovlig adgang til og anvendelse af disse oplysninger⁴⁶.

160. Det tilkommer imidlertid de forelæggende retter i lyset af ovenstående betragtninger at efterprøve, om de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger faktisk respekterer det væsentligste indhold af de rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8.

3. Om der foreligger et mål af almen interesse, der er anerkendt i Unionen, og som kan begrunde en generel pligt til datalagring

161. Det kræves i medfør af såvel artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 som chartrets artikel 52, stk. 1, at ethvert indgreb i de rettigheder, som er sikret ved disse instrumenter, skal forfølge et mål af almen interesse.

162. I Digital Rights-dommens præmis 41-44 udtalte Domstolen dels, at den generelle pligt til datalagring, som var fastsat i direktiv 2006/24, bidrog til »bekæmpelsen af grov kriminalitet og dermed i sidste ende til den offentlige sikkerhed«, dels, at bekæmpelsen heraf udgør et mål af almen interesse for Unionen.

163. Det fremgår således af Domstolens praksis, at bekæmpelsen af international terrorisme med henblik på opretholdelse af international fred og sikkerhed udgør et mål af almen interesse for Unionen. Det samme gælder for bekæmpelsen af grov kriminalitet med henblik på at sikre den offentlige sikkerhed. I øvrigt bemærkes i denne henseende, at chartrets artikel 6 fastslår, at enhver har ret til ikke alene frihed, men også sikkerhed⁴⁷.

164. Denne vurdering kan overføres på den i hovedsagerne omhandlede generelle pligt til datalagring, som kan begrundes i målet om bekæmpelsen af grov kriminalitet.

45 — Jf. beskrivelsen af de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger i punkt 13 og 36 i nærværende forslag til afgørelse.

46 — Digital Rights-dommens præmis 54. Jf. beskrivelsen af de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger i punkt 29-33, 45 og 46 i nærværende forslag til afgørelse.

47 — Digital Rights-dommens præmis 42 og den deri nævnte retspraksis.

165. Henset til visse argumenter, der er fremsat for Domstolen, skal det ikke desto mindre fastlægges, om en sådan pligt kan begrundes i et andet mål af almen interesse end målet om at bekæmpe grov kriminalitet.

166. I denne henseende nævner ordlyden af chartrets artikel 52, stk. 1, på generel vis »mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen«, og »et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder«.

167. Ordlyden af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 er mere præcis for så vidt angår de mål, som kan begrunde et indgreb i rettigheder, der er fastsat i direktivet. Ifølge denne bestemmelse skal de pågældende foranstaltninger således være »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/EF«.

168. I Promusicae-dommen⁴⁸ fastslog Domstolen desuden, at bestemmelsen skal fortolkes i lyset af artikel 13, stk. 1, i direktiv 95/46, som tillader undtagelser fra de rettigheder, der er fastsat i nævnte direktiv, såfremt de er begrundet i »beskyttelsen af andres rettigheder og frihedsrettigheder«. Domstolen fastslog følgelig, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 giver medlemsstaterne mulighed for at fastsætte en pligt for en udbyder til under en civil retssag at videregive personoplysninger med henblik på fastlæggelsen af, om der foreligger en krænkelse af ophavsrettigheder til musikoptagelser og audiovisuelle optagelser.

169. Det Forenede Kongeriges regering har på baggrund af nævnte dom gjort gældende, at en generel pligt til datalagring kan begrundes i ethvert mål, der er nævnt i enten artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 eller artikel 13, stk. 1, i direktiv 95/46. Ifølge denne regering kan en sådan pligt begrundes i den omstændighed, at de lagrede data er nyttige i forbindelse med bekæmpelsen af »simpel« kriminalitet (i modsætning til »grov« kriminalitet) eller endog inden for ikke-strafferetlige procedurer i forbindelse med de mål, der er nævnt i disse bestemmelser.

170. Af de følgende grunde overbeviser denne argumentation mig ikke.

171. Som Tom Watson, Open Rights Group og Privacy International med rette har fremhævet, kan den tilgang, som Domstolen anvendte i Promusicae-dommen⁴⁹, for det første ikke overføres på nærværende sager, eftersom den vedrørte en anmodning indgivet af en sammenslutning af indehavere af ophavsrettigheder om adgang til data, som en udbyder, nemlig Telefónica de España, af egen drift havde lagret. Med andre ord vedrørte denne dom ikke de mål, der kan begrunde sådanne alvorlige indgreb i grundlæggende rettigheder, som en generel pligt til datalagring som de i hovedsagerne omhandlede indebærer.

172. Det er for det andet min vurdering, at kravet om forholdsmæssighed i et demokratisk samfund udelukker, at bekæmpelsen af simpel kriminalitet eller hensynet til sagsforløbet i sager, der ikke er straffesager, kan begrunde en generel pligt til datalagring. De betydelige risici, som en sådan pligt medfører, står ikke i et rimeligt forhold til de fordele, som en sådan pligt bibringer for bekæmpelsen af simpel kriminalitet eller inden for rammerne af sager, der ikke er straffesager⁵⁰.

173. Henset til det ovenstående finder jeg, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 og chartrets artikel 52, stk. 1, skal fortolkes således, at bekæmpelsen af grov kriminalitet udgør et mål af almen interesse, der kan begrunde en generel pligt til datalagring, til forskel fra bekæmpelsen af simpel kriminalitet eller hensynet til sagsforløbet i sager, der ikke er straffesager.

48 — Dom af 29.1.2008 (C-275/06, EU:C:2008:54, præmis 50-54).

49 — Dom af 29.1.2008 (C-275/06, EU:C:2008:54).

50 — Jf. punkt 252-261 i nærværende forslag til afgørelse.

174. Det skal derfor undersøges, om en sådan pligt, henset til målet om bekæmpelse af grov kriminalitet, er passende, nødvendig og forholdsmæssig.

4. Om en generel pligt til datalagring er passende, henset til bekæmpelsen af grov kriminalitet

175. Kravene om en passende, nødvendig⁵¹ og forholdsmæssig⁵² karakter følger af såvel artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 som chartrets artikel 52, stk. 1.

176. I medfør af det første af disse krav skal en generel pligt til datalagring som den i hovedsagerne omhandlede være egnet til at bidrage til det mål af almen interesse, der er identificeret ovenfor, dvs. bekæmpelsen af grov kriminalitet.

177. Dette krav giver ikke anledning til særlige vanskeligheder i forbindelse med nærværende sager. Som Domstolen i det væsentlige fastslog i Digital Rights-dommens præmis 49, giver lagrede data de kompetente nationale myndigheder på det strafferetlige område et yderligere efterforskningsmiddel med henblik på at forebygge eller opklare grov kriminalitet. En sådan pligt bidrager følgelig til bekæmpelsen af grov kriminalitet.

178. Jeg ønsker imidlertid at præcisere, hvilken nytte en generel pligt til datalagring kan gøre i forbindelse med bekæmpelsen af grov kriminalitet. Som den franske regering med rette har gjort gældende, gør en sådan pligt det i et vist omfang muligt for de retshåndhævende myndigheder at »læse fortiden« ved at få adgang til de lagrede data, hvilket ikke er tilfældet for målrettede overvågningsforanstaltninger.

179. En målrettet overvågningsforanstaltning vedrører de personer, som på forhånd er identificeret som havende en – selv indirekte eller fjern – forbindelse til grov kriminalitet. Sådanne målrettede foranstaltninger gør det muligt for de kompetente myndigheder at få adgang til data om disse personers kommunikation eller til kommunikationens indhold. Denne adgang kan imidlertid kun omfatte den kommunikation, som disse personer foretager, *efter* de er blevet identificeret.

180. En generel pligt til datalagring omfatter derimod al kommunikation foretaget af alle brugere, uden at der herved er fastsat et krav om, at der består en forbindelse til grov kriminalitet. En sådan pligt gør det muligt for de kompetente myndigheder at få adgang til kommunikationshistorikken for en person, inden den pågældende er blevet identificeret som havende en sådan forbindelse. På denne måde giver en sådan pligt de retshåndhævende myndigheder en begrænset mulighed for at læse fortiden, idet den giver dem adgang til kommunikation foretaget af sådanne personer *inden* deres identifikation⁵³.

51 — For så vidt angår nødvendigheden jf. punkt 185-245 i nærværende forslag til afgørelse.

52 — For så vidt angår forholdsmæssigheden *stricto sensu* jf. punkt 246-262 i nærværende forslag til afgørelse.

53 — Kommissionen har ligeledes fremhævet, at den merværdi, som en generel pligt til datalagring udviser i forhold til en målrettet datalagring, består i denne mulighed for at læse fortiden: jf. Commission Staff Working Document, vedlagt som bilag til det direktivforslag, som førte til vedtagelsen af direktiv 2006/24, SEC(2005) 1131, 21.9.2005, nr. 3.6, »Data Preservation versus Data Retention«: »[W]ith only data preservation as a tool, it is impossible for investigators to go back in time. Data preservation is only useful as of the moment when suspects have been identified – data retention is indispensable in many cases to actually identify those suspects.«

181. Med andre ord består nytten af en generel pligt til datalagring i forbindelse med bekæmpelsen af grov kriminalitet i denne begrænsede mulighed for at læse fortiden ved hjælp af data, som gengiver kommunikationshistorikken for en person, selv inden denne person var mistænkt for at have forbindelse til grov kriminalitet⁵⁴.

182. Ved fremlæggelsen af det direktivforslag, som førte til vedtagelsen af direktiv 2006/24, illustrerede Kommissionen denne nytte ved hjælp af flere konkrete eksempler fra efterforskninger om bl.a. terrorangreb, drab, bortførelse og børnepornografi⁵⁵.

183. Flere lignende eksempler er blevet fremlagt for Domstolen inden for rammerne af nærværende sager, bl.a. af den franske regering, som har fremhævet den positive pligt, der påhviler medlemsstaterne med hensyn til at garantere sikkerheden for de personer, der befinder sig på dens område. Ifølge denne regering har adgang til lagrede data i forbindelse med efterforskninger til opløsning af de netværk, som har organiseret franske statsborgeres afrejse til konfliktområder i Irak eller Syrien, spillet en afgørende rolle ved identificeringen af de personer, som var ansvarlige for denne afrejse. Nævnte regering har hertil tilføjet, at adgangen til kommunikationsdata for personer, der var indblandet i de nylige terrorangreb i januar og november 2015 i Frankrig, har været overordentligt nyttige for efterforskerne med henblik på at afdække de medskyldige i disse angreb. I forbindelse med eftersøgningen af forsvundne personer kan data om den forsvundne persons lokalitet under kommunikation foretaget inden den pågældendes forsvinden spille en afgørende rolle for efterforskningen.

184. Henset til de ovenstående betragtninger finder jeg, at en generel pligt til datalagring er egnet til at bidrage til bekæmpelsen af grov kriminalitet. Det skal imidlertid stadig undersøges, om en sådan pligt er både nødvendig og forholdsmæssig i forhold til dette mål.

5. Om en generel pligt til datalagring er nødvendig henset til bekæmpelsen af grov kriminalitet

185. Ifølge fast retspraksis kan en foranstaltning kun anses for nødvendig, såfremt der ikke findes andre foranstaltninger, der er lige så passende, men mindre indgribende⁵⁶.

186. I forbindelse med kravet om en passende karakter skal der foretages en undersøgelse af den »absolutte« effektivitet – uafhængigt af, hvilke andre foranstaltninger der er mulige – af en generel pligt til datalagring i forhold til bekæmpelsen af grov kriminalitet. Kravet om nødvendighed medfører for sit vedkommende, at virkningsgraden – eller den »relative« effektivitet, dvs. sammenlignet med enhver anden mulig foranstaltning – af en sådan pligt skal undersøges⁵⁷.

54 — Den franske regering har i denne henseende henvist til rapporten fra Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, 2014, s. 209 og 210. Conseil d'État (Frankrig) fremhæver, at en mekanisme for målrettede overvågningsforanstaltninger »vil være langt mindre effektiv end den systematiske lagring set ud fra hensynet til den nationale sikkerhed og eftersøgningen af lovovertrædere. En sådan mekanisme gør det således ikke muligt retrospektivt at få adgang til udvekslinger, der har fundet sted, inden myndigheden opdagede, at der forelå en trussel eller en lovovertrædelse: Mekanismens operationelle karakter afhænger derfor af myndighedernes mulighed for at foregribe identiteten af de personer, hvis forbindelsesdata vil kunne være nyttige, hvilket er umuligt for kriminalpolitiet. Hvad f.eks. angår en forbrydelse kan de retslige myndigheder ikke få adgang til kommunikation, der ligger forud for denne forbrydelse, selv om disse data er vigtige og endog i nogle tilfælde uundværlige med henblik på at identificere gerningsmanden og dennes medskyldige, således som visse nylige sager om terrorangreb viser. På området for forebyggelse af krænkelser af den nationale sikkerhed hviler de nye tekniske programmer på en mulighed for at opdage svage signaler, som ikke er forenelig med ideen om på forhånd at målrette en indsats mod farlige personer«.

55 — Commission Staff Working Document, vedlagt som bilag til det direktivforslag, som førte til vedtagelsen af direktiv 2006/24, SEC(2005) 1131, 21.9.2005, nr. 1.2, »The importance of traffic data for law enforcement«.

56 — Jf. bl.a. dom af 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 54-57), af 13.11.2014, Reindl (C-443/13, EU:C:2014:2370, præmis 39), og af 16.7.2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, præmis 120-122). For så vidt angår litteraturen jf. bl.a. B. Pirker, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013, s. 29: »Under a necessity test, the adjudicator examines whether there exists an alternative measure which achieves the same degree of satisfaction for the first value while entailing a lower degree of non-satisfaction of the second value.«

57 — Jf. J. Rivers, »Proportionality and variable intensity of review«, 65(1) *Cambridge Law Journal* (2006) 174, s. 198: »The test of necessity thus expresses the idea of efficiency or Pareto-optimality. A distribution is efficient or Pareto-optimal if no other distribution could make at least one person better off without making any one else worse off. Likewise an act is necessary if no alternative act could make the victim better off in terms of rights-enjoyment without reducing the level of realisation of some other constitutional interest.«

187. Inden for rammerne af nærværende sager kræver prøvelsen af nødvendigheden, at det efterprøves dels, om andre foranstaltninger ville kunne være lige så effektive som en generel pligt til datalagring ved bekæmpelsen af grov kriminalitet, dels, om disse eventuelle andre foranstaltninger er mindre indgribende i de rettigheder, der er sikret ved direktiv 2002/58 og chartrets artikel 7 og 8⁵⁸.

188. Jeg henviser i øvrigt til fast retspraksis, som er nævnt i Digital Rights-dommens præmis 52, hvorefter hensynet til beskyttelsen af den grundlæggende ret til privatliv kræver, at undtagelserne fra og begrænsningerne af beskyttelsen af personoplysninger skal holdes inden for det »strengt nødvendige«⁵⁹.

189. To problemstillinger, der berører kravet om streng nødvendighed inden for rammerne af nærværende sager, er blevet drøftet indgående af de parter, som har indgivet indlæg for Domstolen, og disse svarer i det væsentlige til de to spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet i sag C-203/15:

- for det første spørgsmålet om, hvorvidt en generel pligt til datalagring i lyset af Digital Rights-dommens præmis 56-59 skal anses for i sig selv at overskride grænserne for, hvad der er strengt nødvendigt for bekæmpelsen af grov kriminalitet, uafhængigt af, hvilke garantier der ledsager denne pligt
- for det andet spørgsmålet om, hvorvidt en sådan pligt, såfremt det antages, at den ikke i sig selv skal anses for at overskride grænserne for det strengt nødvendige, skal ledsages af samtlige de garantier, som Domstolen har opstillet i Digital Rights-dommens præmis 60-68, med henblik på at begrænse indgrebet i de rettigheder, der er sikret ved direktiv 2002/58 og chartrets artikel 7 og 8, til det strengt nødvendige.

190. Inden jeg undersøger disse spørgsmål, finder jeg det hensigtsmæssigt at forkaste et argument fremsat af Det Forenede Kongeriges regering, hvorefter de kriterier, der blev opstillet i Digital Rights-dommen, er uden relevans for nærværende sager, eftersom den dom ikke vedrørte en national ordning, men en ordning indført af EU-lovgiver.

191. I denne henseende fremhæves det, at chartrets artikel 7, artikel 8 og artikel 52, stk. 1, blev fortolket i Digital Rights-dommen, og at disse bestemmelser ligeledes er genstand for de spørgsmål, der er forelagt i tvisterne i hovedsagerne. Det er således efter min opfattelse ikke muligt at anlægge en anderledes fortolkning af chartrets bestemmelser, alt efter om den omhandlede ordning er fastsat på EU-plan eller på nationalt plan, således som Peter Brice, Geoffrey Lewis og Law Society of England and Wales med rette har fremhævet. Når det er fastslået, at chartret finder anvendelse, således som det er tilfældet i nærværende sager⁶⁰, skal chartret finde anvendelse på samme måde, uanset hvilken ordning der er tale om. De kriterier, som Domstolen fastsatte i Digital Rights-dommen, er derfor relevante med hensyn til vurderingen af de nationale ordninger, der er omhandlet i nærværende sager, således som bl.a. den danske regering, Irland og Kommissionen har gjort gældende.

a) Om en generel pligt til datalagring er strengt nødvendig

192. Ifølge en første tilgang, som Tele2 Sverige, Open Rights Group og Privacy International har forsvaret, skal en generel pligt til datalagring efter Digital Rights-dommen anses for i sig selv at overskride grænserne for, hvad der er strengt nødvendigt for bekæmpelsen af grov kriminalitet, uafhængigt af, hvilke garantier der ledsager denne pligt.

58 — Om eksistensen af disse to bestanddele ved prøvelsen af nødvendigheden, jf. A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 323-331.

59 — Jf. bl.a. dom af 9.11.2010, Volker und Markus Schecke og Eifert (C-92/09 og C-93/09, EU:C:2010:662, præmis 77 og 86), og af 7.11.2013, IPI (C-473/12, EU:C:2013:715, præmis 39).

60 — Jf. punkt 117-125 i nærværende forslag til afgørelse.

193. Ifølge en anden tilgang, som størstedelen af de øvrige procesdeltagere, der har indgivet indlæg for Domstolen, har gjort gældende, overskrider en sådan pligt ikke grænserne for, hvad der er strengt nødvendigt, såfremt pligten ledsages af visse garantier vedrørende dataadgang, lagringens varighed, databeskyttelse og datasikkerhed.

194. Jeg kan tiltræde denne anden tilgang af de følgende grunde.

195. For det første udtalte Domstolen ifølge min fortolkning af Digital Rights-dommen, at en generel pligt til datalagring overskrider grænserne for, hvad der er strengt nødvendigt, såfremt den *ikke er ledsaget* af strenge garantier vedrørende dataadgang, lagringens varighed, databeskyttelse og datasikkerhed. Domstolen udtalte sig derimod ikke om foreneligheden med EU-retten af en generel pligt til datalagring, som er *ledsaget* af sådanne garantier, eftersom en sådan ordning ikke var genstand for de spørgsmål, som Domstolen var forelagt i nævnte sag.

196. I denne henseende skal det fremhæves, at Digital Rights-dommens præmis 56-59 ikke indeholder noget udsagn fra Domstolen om, at en generel pligt til datalagring i sig selv overskrider grænserne for, hvad der er strengt nødvendigt.

197. I nævnte doms præmis 56 og 57 fastslog Domstolen, at den lagringspligt, der var fastsat i direktiv 2006/24, omfattede samtlige elektroniske kommunikationsmidler, samtlige brugere og samtlige trafikdata uden nogen form for differentiering, begrænsning eller undtagelse under hensyn til målet om at bekæmpe grov kriminalitet.

198. I samme doms præmis 58 og 59 redegjorde Domstolen mere detaljeret for de praktiske konsekvenser af denne manglende differentiering. Dels vedrørte lagringspligten selv personer, for hvis vedkommende der ikke fandtes noget som helst indicium for, at deres adfærd kunne have – selv en indirekte eller fjern – forbindelse til grov kriminalitet. Dels krævede direktivet ikke nogen sammenhæng mellem de data, som skulle lagres, og en trussel mod den offentlige sikkerhed, og det var navnlig ikke begrænset til en lagring, som var rettet mod data vedrørende et bestemt tidsrum og/eller et bestemt geografisk område og/eller en given personkreds, der på den ene eller anden måde kunne være indblandet i grov kriminalitet.

199. Domstolen fastslog herved, at en generel pligt til datalagring er karakteriseret ved den manglende differentiering under hensyn til målet om bekæmpelsen af grov kriminalitet. Domstolen udtalte imidlertid ikke, at denne manglende differentiering betyder, at en sådan pligt i sig selv overskrider grænserne for, hvad der er strengt nødvendigt.

200. Det var således først ved afslutningen af undersøgelsen af den ordning, der var fastsat i direktiv 2006/24, og efter at have konstateret, at visse garantier, som jeg vil undersøge nedenfor⁶¹, ikke forelå, at Domstolen i Digital Rights-dommens præmis 69 udtalte:

»Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det fastslås, at EU-lovgiver ved vedtagelsen af direktiv 2006/24 har *overskredet de grænser*, som overholdelsen af proportionalitetsprincippet kræver, henset til chartrets artikel 7, artikel 8 og artikel 52, stk. 1« (min fremhævelse).

201. Som den tyske og den nederlandske regering har gjort gældende, ville Domstolen ikke have behøvet på så indgående vis i dommens præmis 60-68 at have undersøgt de manglende garantier, såfremt den blotte generelle datalagring havde været nok til at kende direktiv 2006/24 ugyldigt.

61 — Jf. punkt 216-245 i nærværende forslag til afgørelse.

202. Den generelle pligt til datalagring, som var fastsat i direktiv 2006/24, overskred derfor ikke i sig selv grænserne for, hvad der var strengt nødvendigt. Direktivet overskred grænserne for, hvad der var strengt nødvendigt, som følge af den *kombinerede virkning* af den generelle datalagring og de manglende garantier, som har til formål at begrænse indgreb i de rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 7 og 8, til de strengt nødvendige. Som følge af denne kombinerede virkning skulle direktivet kendes for ugyldigt i sin helhed⁶².

203. For det andet bekræftes denne fortolkning af præmis 93 i Schrems-dommen⁶³, som jeg her vil gengive:

»En lovgivning, der på generel vis tillader opbevaring af samtlige personoplysninger fra samtlige de personer, hvis oplysninger er blevet videregivet fra Unionen til USA, *uden at* der bliver foretaget nogen form for differentiering, begrænsning eller undtagelse under hensyn til det forfulgte mål, *og uden at* der bliver fastsat noget objektivt kriterium, som gør det muligt at afgrænse de offentlige myndigheders adgang til oplysningerne og deres senere anvendelse heraf med henblik på veldefinerede formål, der er strengt begrænsede, og som kan begrunde det indgreb, som såvel adgangen til disse oplysninger som anvendelsen heraf indebærer, er således ikke begrænset til det strengt nødvendige (jf. i denne retning for så vidt angår [direktiv 2006/24] [Digital Rights-dommens] præmis 57-61)« (min fremhævelse).

204. Det bemærkes endnu en gang, at Domstolen ikke fastslog, at den i nævnte sag omhandlede ordning overskred grænserne for, hvad der er strengt nødvendigt, alene af den grund, at den tillod en generel opbevaring af personoplysninger. I det pågældende tilfælde blev grænserne for, hvad der var strengt nødvendigt, overskredet som følge af den kombinerede virkning af muligheden for en sådan generel opbevaring og manglende garantier vedrørende adgangen med henblik på at begrænse indgrebet til det strengt nødvendige.

205. Jeg udleder af det ovenstående, at en generel pligt til datalagring ikke i alle tilfælde skal anses for i sig selv at overskride grænserne for, hvad der er strengt nødvendigt for bekæmpelsen af grov kriminalitet. En sådan pligt overskrider imidlertid altid grænserne for, hvad der er strengt nødvendigt, såfremt den ikke er ledsaget af garantier vedrørende dataadgang, lagringens varighed, databeskyttelse og datasikkerhed.

206. For det tredje underbygges mit synspunkt i denne henseende af nødvendigheden af konkret at efterprøve, om kravet om streng nødvendighed er overholdt inden for rammerne af de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger.

207. Som jeg har anført i punkt 187 i nærværende forslag til afgørelse, skal det i medfør af kravet om streng nødvendighed undersøges, om andre foranstaltninger vil kunne være lige så effektive som en generel pligt til datalagring ved bekæmpelsen af grov kriminalitet, men samtidig mindre indgribende i de rettigheder, der er sikret ved direktiv 2002/58 og chartrets artikel 7 og 8.

208. En sådan vurdering skal imidlertid foretages inden for den særlige sammenhæng, som hver af de nationale ordninger, der fastsætter en generel pligt til datalagring, indgår i. For det første kræver denne vurdering, at effektiviteten af denne pligt sammenlignes med enhver anden mulig foranstaltning i en national sammenhæng under hensyntagen til den omstændighed, at nævnte pligt giver de kompetente myndigheder en begrænset mulighed for at læse fortiden ved hjælp af de lagrede data⁶⁴.

62 — Digital Rights-dommens præmis 65: »Det må derfor fastslås, at dette direktiv indebærer et indgreb i disse grundlæggende rettigheder, som er meget vidtrækkende og af særligt alvorlig karakter i EU's retsorden, *uden at* dette indgreb er præcist afgrænset af bestemmelser, der gør det muligt at sikre, at det faktisk er begrænset til det strengt nødvendige« (min fremhævelse).

63 — Dom af 6.10.2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650).

64 — Jf. punkt 178-183 i nærværende forslag til afgørelse.

209. Henset til kravet om streng nødvendighed er det tvingende nødvendigt, at disse retter undlader at begrænse sig til blot at efterprøve nytten af en generel pligt til datalagring, men foretager en streng prøvelse af, om der med nogen anden foranstaltning, eller en kombination af foranstaltninger, herunder en målrettet pligt til datalagring ledsaget af andre efterforskningsværktøjer, ville kunne opnås samme effektivitet i bekæmpelsen af grov kriminalitet. I denne henseende vil jeg fremhæve, at flere studier, som Domstolens opmærksomhed er blevet henledt på, sætter spørgsmålstegn ved nødvendigheden af denne type pligt i forbindelse med bekæmpelsen af grov kriminalitet⁶⁵.

210. Såfremt det for det andet antages, at andre foranstaltninger vil kunne være lige så effektive ved bekæmpelsen af grov kriminalitet, tilkommer det ligeledes de forelæggende retter i henhold til den faste retspraksis, der er nævnt i punkt 185 i nærværende forslag til afgørelse, at fastlægge, om disse foranstaltninger er mindre indgribende i de omhandlede grundlæggende rettigheder end en generel pligt til datalagring.

211. I lyset af Digital Rights-dommens præmis 59 påhviler det navnlig de nationale retter at undersøge, om der er mulighed for at begrænse det materielle omfang af lagringspligten og samtidig bevare foranstaltningens effektivitet i forbindelse med bekæmpelsen af grov kriminalitet⁶⁶. En sådan pligt kan således være af større eller mindre materielt omfang alt efter brugerne, geografiske områder og de omfattede kommunikationsmidler⁶⁷.

212. Efter min opfattelse ville det, hvis teknologien tillader det, under hensyn til de grundlæggende rettigheder, der er omhandlet i nærværende sager, bl.a. være ønskeligt at undtage særligt følsomme data fra lagringspligten, såsom data, der er omfattet af tavshedspligt, eller data, som gør det muligt at identificere journalisters kilder.

213. Der bør imidlertid ikke ses bort fra, at en væsentlig begrænsning af omfanget af en generel pligt til datalagring risikerer at medføre en betydelig reduktion af den nytte, som en sådan ordning har for bekæmpelsen af grov kriminalitet. For det første har flere regeringer fremhævet vanskeligheden, eller endog umuligheden, af på forhånd at fastlægge, hvilke data der vil vise sig at have forbindelse til grov kriminalitet. En sådan begrænsning vil følgelig kunne udelukke lagring af data, som senere viser sig at være relevante for bekæmpelsen af grov kriminalitet.

214. Som den estiske regering har gjort gældende, er grov kriminalitet for det andet et dynamisk fænomen, som tilpasser sig de efterforskningsværktøjer, som de retshåndhævende myndigheder råder over. En begrænsning til et bestemt geografisk område eller til et bestemt kommunikationsmiddel risikerer således at medføre en flytning af de aktiviteter, der har forbindelse til grov kriminalitet, til et geografisk område eller et kommunikationsmiddel, som ikke er omfattet af ordningen.

215. Eftersom der er behov for en kompleks vurdering af de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger, finder jeg, at denne vurdering skal foretages af de nationale retter, således som den tjekkiske, den estiske, den franske og den nederlandske regering samt Irland og Kommissionen har fremhævet.

65 — Jf. Europarådets menneskerettighedskommissær, »Issue paper on the rule of law on the Internet and in the wider digital world«, december 2014, CommDH/IssuePaper(2014)1, s. 115, FN's Menneskerettighedsråd, rapport fra FN's Højkommissariat for Menneskerettigheder, The right to privacy in the digital age, 30.6.2014, A/HRC/27/37, punkt 26, og FN's Generalforsamling, rapport fra den særlige rapportør om fremme og beskyttelse af menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder i forbindelse med terrorbekæmpelse, 23.9.2014, A/69/397, punkt 18 og 19.

66 — Denne bemærkning vedrører alene en generel pligt til datalagring (som kan omfatte enhver person uafhængigt af, om den pågældende er forbundet med grov kriminalitet) og ikke målrettede overvågningsforanstaltninger (som omfatter personer, der på forhånd er identificeret som havende en forbindelse til grov kriminalitet). Om denne sondring jf. punkt 178-183 i nærværende forslag til afgørelse.

67 — Den tyske regering har i retsmødet bl.a. præciseret, at det tyske parlament har undtaget e-mails fra den lagringspligt, der er fastsat i medfør af tysk lovgivning, men at denne ordning gælder for samtlige brugere på hele det nationale område.

b) Om den ufravigelige karakter af de garantier, som Domstolen har opstillet i Digital Rights-dommens præmis 60-68, henset til kravet om streng nødvendighed

216. Såfremt det antages, at en generel pligt til datalagring kan anses for strengt nødvendig inden for rammerne af den omhandlede nationale ordning, hvilket det tilkommer den nationale ret at vurdere, skal det også fastlægges, om en sådan pligt skal ledsages af samtlige de garantier, som Domstolen har opstillet i Digital Rights-dommens præmis 60-68, med henblik på at begrænse indgrebet i de rettigheder, der er sikret ved direktiv 2002/58 og chartrets artikel 7 og 8, til det strengt nødvendige.

217. Disse garantier vedrører de regler, der regulerer de kompetente myndigheders adgang til de lagrede data og anvendelsen heraf (Digital Rights-dommens præmis 60-62), datalagringens varighed (dommens præmis 63 og 64), og sikkerheden og beskyttelsen af de data, som udbyderne lagrer (dommens præmis 66-68).

218. I de indlæg, der er indgivet for Domstolen, står to synspunkter over for hinanden for så vidt angår disse garantiers art.

219. Ifølge det første synspunkt, som er fremført af Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis, Open Rights Group og Privacy International, er de garantier, som Domstolen har opstillet i Digital Rights-dommens præmis 60-68, ufravigelige. Ifølge dette synspunkt har Domstolen fastsat minimumsgarantier, som *alle* skal være opfyldt i den omhandlede nationale ordning, med henblik på at begrænse indgrebet i de grundlæggende rettigheder til det strengt nødvendige.

220. Ifølge det andet synspunkt, som er gjort gældende af den tyske, den estiske og den franske regering, Irland samt Det Forenede Kongeriges regering, er de garantier, som Domstolen har opstillet i Digital Rights-dommens præmis 60-68, alene vejledende. Domstolen har foretaget en »helhedsvurdering« af de manglende garantier i den ordning, der var fastsat i direktiv 2006/24, uden at en af disse garantier herved isoleret betraget kan anses for at være ufravigelig under hensyn til kravet om streng nødvendighed. For at anskueliggøre dette synspunkt har den tyske regering henvist til illustrationen med »forbundne kar«, ifølge hvilken der kan kompenseres for en mere lempelig tilgang inden for et af de tre aspekter, som Domstolen har identificeret (f.eks. adgangen til de lagrede data), ved en strengere tilgang til de to andre aspekter (lagringens varighed samt datasikkerhed og -beskyttelse).

221. Af de følgende grunde er det min opfattelse, at denne tese om »forbundne kar« bør forkastes, og at *samtlig*e de garantier, som Domstolen har opstillet i Digital Rights-dommens præmis 60-68, skal anses for ufravigelige.

222. For det første underbygger det ordvalg, som Domstolen anvendte ved sin undersøgelse af den strenge nødvendighed af den ordning, der var fastsat i direktiv 2006/24, ikke en sådan fortolkning. Navnlige henviste Domstolen intetsteds i nævnte doms præmis 60-68 til en mulighed for at »kompensere« for en mere lempelig tilgang inden for et af de tre aspekter, som Domstolen havde identificeret, ved en strengere tilgang til de to andre aspekter.

223. Tesen om »forbundne kar« forekommer mig således at bidrage til en forvirring mellem kravet om nødvendighed og kravet om proportionalitet *stricto sensu*, som ikke blev undersøgt af Domstolen i Digital Rights-dommen. Som jeg har anført i punkt 186 i nærværende forslag til afgørelse, består kravet om nødvendighed nemlig i at afvise enhver ineffektiv foranstaltning. I denne sammenhæng er der ikke tale om en »helhedsvurdering«, »kompensation« eller »afvejning«, da disse undersøgelsestrin

først skal foretages i forbindelse med undersøgelsen af proportionaliteten *stricto sensu*⁶⁸.

224. For det andet fratager tesen om »forbundne kar« de garantier, som Domstolen har opstillet i Digital Rights-dommens præmis 60-68, deres effektive virkning, således at de personer, hvis data er blevet lagret, ikke længere råder over tilstrækkelige garantier, der gør det muligt effektivt at beskytte deres personlige oplysninger mod risikoen for misbrug og mod enhver ulovlig adgang til og anvendelse af disse oplysninger, hvilket kræves i medfør af nævnte doms præmis 54.

225. Den ødelæggende virkning af denne tese lader sig nemt illustrere ved hjælp af følgende eksempler. En national ordning, som begrænser adgangen til alene det formål at bekæmpe terrorisme, og som herved har begrænset lagringens varighed til tre måneder (en streng tilgang til adgangen og lagringens varighed), men som ikke forpligter udbyderne til at lagre disse data på det nationale område i krypteret form (en lempelig tilgang til sikkerheden), udsætter hele landets befolkning for en forhøjet risiko for ulovlig adgang til de lagrede data. På samme måde udsætter en national ordning, som fastsætter en lagringsvarighed på tre måneder og en datalagring på det nationale område i krypteret form (en streng tilgang til varighed og sikkerhed), men som tillader alle ansatte i alle offentlige myndigheder at få adgang til de lagrede data (en lempelig tilgang til adgang), hele befolkningen for en forhøjet risiko for de nationale myndigheders misbrug af disse data.

226. Efter min opfattelse følger det af disse eksempler, at det for at bevare den effektive virkning af de garantier, som Domstolen har opstillet i Digital Rights-dommens præmis 60-68, kræves, at *hver* af disse garantier betragtes som ufravigelig. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har ligeledes fremhævet den grundlæggende betydning af disse garantier i den nylige dom i sagen Szabó og Vissy mod Ungarn, idet den herved udtrykkeligt henviste til Digital Rights-dommen⁶⁹.

227. For det tredje forekommer det mig ikke at volde betydelige praktiske vanskeligheder for de medlemsstater, som ønsker at fastsætte en generel pligt til datalagring, at iværksætte disse garantier. Disse garantier forekommer mig således ganske rigtigt at være »minimumsgarantier«, således som Tom Watson har gjort gældende.

228. Flere af disse garantier er blevet drøftet for Domstolen, da de muligvis ikke foreligger i de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger.

229. For det første fremgår det af Digital Rights-dommens præmis 61 og 62, at adgangen til og den efterfølgende anvendelse af lagrede data skal være strengt begrænset til forebyggelse og afsløring af præcist afgrænsede strafbare handlinger eller strafferetlig retsforfølgning heraf.

230. Ifølge Tele2 Sverige og Kommissionen er dette krav ikke overholdt i den svenske ordning, der er omhandlet i sag C-203/15, som tillader adgang til de lagrede data med henblik på bekæmpelsen af simple lovovertrædelser. En lignende kritik er fremsat af Peter Brice, Geoffrey Lewis og Tom Watson med hensyn til Det Forenede Kongeriges ordning, der er omhandlet i sag C-698/15, som tillader adgang med henblik på bekæmpelsen af simple lovovertrædelser og endog i fravær af lovovertrædelser.

68 — Jf. A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 344: »The first three components of proportionality deal mainly with the relation between the limiting law's purpose and the means to fulfil that purpose. [...] Accordingly, those tests are referred to as means-end analysis. *They are not based on balancing*. The test of proportionality *stricto sensu* is different. [...] It focuses on the relation between the benefit in fulfilling the law's purpose and the harm caused by limiting the constitutional right. *It is based on balancing*« (min fremhævelse).

69 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 12.1.2016, Szabó og Vissy mod Ungarn, CE:ECHR:2016:0112JUD003713814, § 68: »Indeed, it would defy the purpose of government efforts to keep terrorism at bay, thus restoring citizens' trust in their abilities to maintain public security, if the terrorist threat were paradoxically substituted for by a perceived threat of unfettered executive power intruding into citizens' private spheres by virtue of uncontrolled yet far-reaching surveillance techniques and prerogatives. In this context the Court also refers to the observations made by the Court of Justice of the European Union and, especially, the United Nations Special Rapporteur, emphasising the importance of adequate legislation of sufficient safeguards in the face of the authorities' enhanced technical possibilities to intercept private information.«

231. Selv om det ikke tilkommer Domstolen at træffe afgørelse om indholdet af disse nationale ordninger, tilkommer det den at identificere de hensyn af almen interesse, som kan begrunde et alvorligt indgreb i de rettigheder, der er sikret ved direktivet og chartrets artikel 7 og 8. I det foreliggende tilfælde har jeg allerede redegjort for grundene til, at jeg finder, at *alene* bekæmpelsen af grov kriminalitet kan begrunde et sådant indgreb⁷⁰.

232. Ifølge Digital Rights-dommens præmis 62 skal adgangen til lagrede data undergives en forudgående kontrol, der udøves af enten en retsinstant eller en uafhængig administrativ enhed, hvis afgørelse tjener til at begrænse adgangen til og anvendelsen af data til det strengt nødvendige med henblik på at nå det mål, som forfølges. Denne forudgående kontrol skal desuden foretages på grundlag af en begrundet anmodning, som fremsættes af disse myndigheder inden for rammerne af procedurer med henblik på forebyggelse, afsløring eller strafferetlig forfølgning.

233. Ifølge Tele2 Sveriges og Kommissionens indlæg er denne garanti om uafhængig og forudgående kontrol delvist fraværende i den svenske ordning, der er omhandlet i sag C-203/15. Samme konstatering, hvis rigtighed ikke er blevet bestridt af Det Forenede Kongeriges regering, er blevet fremsat af Peter Brice, Geoffrey Lewis, Tom Watson, Open Rights Group og Privacy International med hensyn til Det Forenede Kongeriges ordning, som er omhandlet i sag C-698/15.

234. Der ses efter min opfattelse ikke at foreligge nogen grund til at opbløde dette krav om forudgående kontrol foretaget af en uafhængig enhed, som ubestrideligt følger af Domstolens formuleringer i Digital Rights-dommens præmis 62⁷¹. Indledningsvis følger dette krav af indgrebets alvorlighed og af de risici, som oprettelsen af databaser, der omfatter nærmest hele den pågældende befolkning, indebærer⁷². Det bemærkes, at flere eksperter inden for menneskerettighedsbeskyttelse på området for terrorbekæmpelse har kritiseret den aktuelle tendens til at erstatte traditionelle uafhængige tilladelsesprocedurer og den effektive efterlevelse af systemer med »automatisk tilladelse« til dataadgang for efterretningstjenester og politi⁷³.

235. Dernæst er en uafhængig forudgående kontrol af dataadgangen nødvendig med henblik på at gøre det muligt at foretage en konkret behandling af særligt følsomme data under hensyn til de i nærværende sager omhandlede grundlæggende rettigheder, såsom data, der er omfattet af tavshedspligt, eller data, som gør det muligt at identificere journalisters kilder, således som Law Society of England and Wales og den tyske og den franske regering har fremhævet. Denne forudgående kontrol af adgangen er så meget desto mere nødvendig for det tilfælde, at det måtte være teknisk vanskeligt at udelukke samtlige disse data fra lagringen⁷⁴.

70 — Jf. punkt 170-173 i nærværende forslag til afgørelse.

71 — Det præciseres imidlertid, at dette krav om uafhængig forudgående kontrol efter min opfattelse ikke hviler på chartrets artikel 8, stk. 3, eftersom chartret ikke som sådan finder anvendelse på de nationale bestemmelser, der regulerer adgangen til de lagrede data. Jf. punkt 123-125 i nærværende forslag til afgørelse.

72 — Jf. punkt 252-261 i nærværende forslag til afgørelse.

73 — Jf. FN's Menneskerettighedsråd, rapport fra den særlige rapportør om fremme og beskyttelse af menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder i forbindelse med terrorbekæmpelse, 28.12.2009, A/HRC/13/37, punkt 62: »[T]here must be no secret surveillance system that is not under the review of an effective oversight body and all interferences must be authorized through an independent body« (jf. også punkt 51). Jf. også FN's Generalforsamling, rapport fra den særlige rapportør om fremme og beskyttelse af menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder i forbindelse med terrorbekæmpelse, 23.9.2014, A/HRC/69/397, punkt 61.

74 — Jf. punkt 212 i nærværende forslag til afgørelse. Hvad angår journalisters kilder har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fremhævet nødvendigheden af en uafhængig enheds forudgående kontrol, for så vidt som en efterfølgende kontrol ikke gør det muligt at genetablere sådanne kilders fortrolighed: jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 22.11.2012, Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. m.fl. mod Nederlandene, CE:ECHR:2012:1122JUD003931506, § 101, og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 12.1.2016, Szabó og Vissy mod Ungarn, CE:ECHR:2016:0112JUD003713814, § 77. I dom Kopp mod Schweiz, som vedrørte overvågning af en advokats telefonlinjer, kritiserede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol den omstændighed, at en ansat i administrationen uden at være underlagt en uafhængig retsinstant's kontrol havde til opgave at filtrere de oplysninger fra, der var omfattet af tavshedspligten, jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 25.3.1998, Kopp mod Schweiz, CE:ECHR:1998:0325JUD002322494, § 74.

236. Endelig skal det tilføjes, at ingen af de tre parter, som er involveret i en anmodning om adgang, fra et praktisk synspunkt vil være i stand til at udøve en effektiv kontrol med hensyn til adgangen til de lagrede data. De kompetente retshåndhævende myndigheder har enhver interesse i at anmode om den videst mulige adgang til disse data. Udbyderne, som ikke har kendskab til efterforskningsakterne, kan ikke efterprøve, om adgangsmodningen er begrænset til det strengt nødvendige. Hvad angår de personer, som de konsulterede data vedrører, findes der ingen måde, hvorpå de kan finde ud af, at de er genstand for en sådan efterforskningsforanstaltning, og dette gælder endog i tilfælde af ulovlig anvendelse eller misbrug heraf, således som Tom Watson, Peter Brice og Geoffrey Lewis har fremhævet. Den sammensætning af hensyn, der er på spil, kræver efter min opfattelse, at en uafhængig enhed er mellemed, inden der gives adgang til lagrede data, med henblik på at beskytte de personer, hvis data er lagret, mod ethvert misbrug af adgang fra de kompetente myndigheders side.

237. Det forekommer mig imidlertid rimeligt at antage, at enkeltstående uopsættelige hastesituationer, som Det Forenede Kongeriges regering har henvist til, kan begrunde, at de retshåndhævende myndigheder uden en forudgående kontrol får øjeblikkelig adgang til lagrede data med henblik på at forebygge grov kriminalitet eller retsforfølge gerningsmændene til denne⁷⁵. Det er uomgængeligt i videst muligt omfang at opretholde kravet om en forudgående kontrol ved at indføre en hasteprocedure hos den uafhængige enhed med henblik på behandlingen af denne type adgangsmodninger. Hvis den blotte omstændighed, at denne enhed skal forelægges en anmodning om adgang, synes uforenelig med situationens uopsættelighed, skal adgangen til og anvendelsen af data ikke desto mindre hurtigst muligt undergives en efterfølgende kontrol foretaget af denne enhed.

238. For det tredje fastsætter Digital Rights-dommens præmis 68 en forpligtelse for udbyderne til at lagre data på Unionens område med henblik på at sikre, at de kan kontrolleres af en uafhængig myndighed, således som det kræves i henhold til chartrets artikel 8, stk. 3, under overholdelse af de krav til beskyttelse og sikkerhed, som er fastsat i nævnte doms præmis 66 og 67.

239. Tele2 Sverige og Kommissionen har gjort gældende, at en datalagring på det nationale område ikke er sikret inden for rammerne af den svenske ordning, der er omhandlet i sag C-203/15. Samme kritik er fremsat af Peter Brice, Geoffrey Lewis og Tom Watson med hensyn til Det Forenede Kongeriges ordning, der er omhandlet i sag C-698/15.

240. I denne henseende bemærkes for det første, at der efter min opfattelse ikke er grund til at svække det krav, der er fastsat i Digital Rights-dommens præmis 68, eftersom en lagring af data uden for Unionens område ikke gør det muligt at sikre de personer, hvis data er lagret, det beskyttelsesniveau, som følger af direktiv 2002/58 og chartrets artikel 7, artikel 8 og artikel 52, stk. 1⁷⁶.

241. Det forekommer mig for det andet rimeligt at tilpasse dette krav, som Domstolen fastsatte inden for rammerne af direktiv 2006/24, til den sammenhæng, hvori de nationale ordninger indgår, ved at fastslå, at datalagringen skal ske på det nationale område, således som den tyske og den franske regering samt Kommissionen har gjort gældende. I medfør af chartrets artikel 8, stk. 3, påhviler det nemlig enhver medlemsstat at sikre, at en uafhængig myndighed kontrollerer udbydernes overholdelse af de krav til beskyttelse og sikkerhed, som er fastsat i den nationale ordning. Da der ikke findes en koordinering på EU-plan, vil det imidlertid kunne være umuligt for en sådan national myndighed at opfylde sin kontrolopgave på en anden medlemsstats område.

75 — Jf. i denne henseende den mekanisme, der er beskrevet i punkt 22 i nærværende forslag til afgørelse. Det fremhæves, at denne problemstilling ikke blev behandlet af Domstolen i Digital Rights-dommen.

76 — Jf. i denne henseende dom af 6.10.2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650).

242. Hvad for det fjerde angår lagringens varighed skal de forelæggende retter anvende de kriterier, som Domstolen har fastlagt i Digital Rights-dommens præmis 63 og 64. Dels skal disse retter fastlægge, om der kan sondres mellem de lagrede data på baggrund af deres nytte, og i givet fald om lagringens varighed er tilpasset på baggrund af dette kriterium. Dels skal retterne efterprøve, om lagringens varighed er baseret på objektive kriterier, som gør det muligt at sikre, at den begrænses til det strengt nødvendige.

243. Det fremhæves, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i sin nylige dom i sagen Roman Zakharov mod Rusland udtalte, at en maksimal lagringsperiode på tre måneder var rimelig, idet den samtidig beklagede, at der ikke fandtes en forpligtelse til straks at destruere de data, som ikke havde forbindelse til det formål, hvortil disse data var blevet indsamlet⁷⁷. I denne henseende tilføjes, at de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger skal fastsætte en forpligtelse til uigenkaldeligt at destruere alle lagrede data fra det tidspunkt, hvor de ikke længere er strengt nødvendige for bekæmpelsen af grov kriminalitet. Denne forpligtelse skal ikke alene overholdes af de udbydere, som lagrer data, men også af de myndigheder, som har haft adgang til de lagrede data.

244. Henset til de ovenstående betragtninger er det min vurdering, at samtlige de garantier, som Domstolen har opstillet i Digital Rights-dommens præmis 60-68, er af uforudsigelig karakter og derfor skal ledsage en generel pligt til datalagring med henblik på at begrænse indgrebet i de rettigheder, der er sikret ved direktiv 2002/58 og chartrets artikel 7 og 8, til det strengt nødvendige.

245. Det tilkommer de forelæggende retter at efterprøve, om de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger indeholder hver eneste af disse garantier.

6. Om en generel pligt til datalagring er forholdsmæssig i et demokratisk samfund, henset til målet om bekæmpelse af grov kriminalitet

246. Efter at have vurderet, om de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger er nødvendige, påhviler det yderligere de forelæggende retter at efterprøve, om de er forholdsmæssige i et demokratisk samfund, henset til målet om bekæmpelse af grov kriminalitet. Dette aspekt blev ikke undersøgt af Domstolen i Digital Rights-dommen, eftersom den ordning, der var fastsat i direktiv 2006/24, overskred grænserne for, hvad der er strengt nødvendigt for at bekæmpe grov kriminalitet.

247. Dette krav om proportionalitet i et demokratisk samfund – eller proportionalitet »stricto sensu« – følger både af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, af chartrets artikel 52, stk. 1, og af fast retspraksis. Ifølge denne faste retspraksis kan en foranstaltning, som udgør et indgreb i grundlæggende rettigheder, kun anses for forholdsmæssig, såfremt de ulemper, som den forårsager, står i et rimeligt forhold til de omhandlede mål⁷⁸.

77 — Jf. i denne henseende Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 4.12.2015, Roman Zakharov mod Rusland, CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, § 254 og 255. I henhold til russisk ret skal opfangede elementer destrueres efter seks måneders lagring, såfremt den pågældende person ikke er blevet sigtet for en straffelovsovertrædelse. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fandt den maksimale lagringsperiode på seks måneder, som med hensyn til sådanne data er fastsat i russisk ret, rimelig. Den beklagede imidlertid, at der ikke fandtes en forpligtelse til straks at destruere de data, som ikke havde forbindelse til det formål, hvortil disse data var blevet indsamlet, idet den herved præciserede, at en automatisk lagring i seks måneder af åbenbart irrelevante data ikke kunne begrundes i henhold til EMRK's artikel 8.

78 — Jf. bl.a. dom af 15.2.2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, præmis 54; nødvendigheden undersøges i præmis 56-67, proportionaliteten i præmis 68 og 69), af 16.7.2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, præmis 123; nødvendigheden undersøges i præmis 120-122, proportionaliteten i præmis 123-127), og af 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 50; nødvendigheden undersøges i præmis 54-57, proportionaliteten i præmis 58-67).

248. Til forskel fra kravene om, at den omhandlede foranstaltning skal være passende og nødvendig, hvilket indebærer en undersøgelse af foranstaltningens effektivitet i forhold til det forfulgte mål, består kravet om proportionalitet *stricto sensu* i en afvejning af dels de fordele, som følger af denne foranstaltning i forhold til forfulgte lovlige mål, dels de ulemper, som følger heraf i forhold til de grundlæggende rettigheder, som er sikret i et demokratisk samfund⁷⁹. Dette krav omfatter således en drøftelse af, hvilke værdier der skal veje tungest i et demokratisk samfund, og i sidste ende af, hvilken type samfund vi ønsker at leve i⁸⁰.

249. Som jeg har anført i punkt 223 i nærværende forslag til afgørelse, er det følgelig på trinnet for undersøgelsen af proportionaliteten *stricto sensu*, at der skal foretages en helhedsvurdering af den omhandlede ordning, og ikke på trinnet for undersøgelsen af nødvendigheden, således som fortalerne for tesen om »forbundne kar« har gjort gældende⁸¹.

250. I henhold til den retspraksis, der er nævnt i punkt 247 i nærværende forslag til afgørelse, skal der ske en afvejning af fordelene og ulemperne ved en generel pligt til datalagring i et demokratisk samfund. Disse fordele og ulemper er nært forbundne med de væsentligste karakteristika ved en sådan pligt, som de på sin vis afspejler henholdsvis den lyse og den mørke side af, nemlig den omstændighed, at pligten omfatter al kommunikation, der foretages af samtlige brugere, uden at der herved kræves en forbindelse til grov kriminalitet.

251. Jeg har på den ene side allerede i punkt 178-183 i nærværende forslag til afgørelse redegjort for de fordele, som lagringen af data vedrørende al kommunikation, der foretages på det nationale område, har for bekæmpelsen af grov kriminalitet.

252. På den anden side følger ulemperne af en generel pligt til datalagring af den omstændighed, at langt størstedelen af de lagrede data vedrører personer, som aldrig vil få forbindelse til grov kriminalitet. Det er i denne henseende vigtigt at præcisere arten af de ulemper, som disse personer udsættes for. Disse ulemper er af forskellig art, alt efter på hvilket plan indgrebet i deres grundlæggende ret til respekt for privatliv og beskyttelse af personoplysninger sker.

253. Hvad angår et »individuel« indgreb, som påvirker en bestemt person, er de ulemper, der følger af en generel pligt til datalagring, blevet beskrevet med stor nøjagtighed af generaladvokat Cruz Villalón i punkt 72-74 i forslaget til afgørelse i Digital Rights-sagen⁸². Med generaladvokatens ord gør udnyttelsen af disse data det muligt »nøjagtigt og udtømmende at kortlægge en stor del af en persons adfærd, der har en strengt privat karakter, eller et fuldstændig og nøjagtigt billede af den pågældendes private identitet«.

254. I en individuel sammenhæng tillader en generel pligt til datalagring med andre ord indgreb, der er lige så alvorlige som målrettede overvågningsforanstaltninger, herunder foranstaltninger, hvorved indholdet af den foretagne kommunikation aflyttes.

79 — Jf. J. Rivers, »Proportionality and variable intensity of review«, 65(1) *Cambridge Law Journal* (2006) 174, s. 198: »It is vital to realise that the test of balance has a totally different function from the test of necessity. The test of necessity rules out inefficient human rights limitations. It filters out cases in which the same level of realisation of a legitimate aim could be achieved at less cost to rights. By contrast, the test of balance is strongly evaluative. It asks whether the combination of certain levels of rights-enjoyment combined with the achievement of other interests is good or acceptable.«

80 — Jf. B. Pirkker, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013, s. 30: »In its simple form, one could state that proportionality *stricto sensu* leads to a weighing between competing values to assess which value should prevail.«

81 — Særegenheden ved kravet om proportionalitet *stricto sensu* i forhold til kravene om, at en foranstaltning skal være passende og nødvendig, kan illustreres ved følgende eksempel. Lad os forestille os, at en medlemsstat vedtager, at der skal installeres en chip til geografisk lokalisering i enhver person, der er bosiddende på medlemsstatens område, idet denne chip vil gøre det muligt for myndighederne at spore alle de steder, hvor chippens bærer har befundet sig inden for det seneste år. En sådan foranstaltning kan anses for »nødvendig«, såfremt der ikke findes nogen anden foranstaltning, hvorved der kan opnås samme grad af effektivitet ved bekæmpelsen af grov kriminalitet. Efter min opfattelse er en sådan foranstaltning imidlertid uforholdsmæssig i et demokratisk samfund, eftersom de ulemper, som følger af et sådant indgreb i den fysiske integritet, respekten for privatlivet og beskyttelsen af personoplysninger, ikke står i et rimeligt forhold til de fordele, som følger heraf for bekæmpelsen af grov kriminalitet.

82 — C-293/12 og C-594/12, EU:C:2013:845. Jf. også Digital Rights-dommen (præmis 27 og 37).

255. Selv om alvorligheden af sådanne individuelle indgreb ikke må undervurderes, forekommer det mig imidlertid, at de specifikke risici, som en generel pligt til datalagring indebærer, viser sig derved, at der er tale om »masseindgreb«.

256. Til forskel fra målrettede overvågningsforanstaltninger fremmer en sådan pligt nemlig i betydelig grad masseindgreb, dvs. indgreb, der rammer en væsentlig del eller endog hele den pågældende befolkning, hvilket kan illustreres ved følgende eksempel.

257. Lad os for det første antage, at en person med adgang til de lagrede data har til hensigt at identificere alle de personer i en medlemsstats befolkning, der lider af psykiske vanskeligheder. En analyse af indholdet af al kommunikation foretaget på det nationale område med dette formål ville kræve betydelige ressourcer. Udnyttelsen af databaser vedrørende kommunikation ville derimod gøre det muligt straks at identificere alle de personer, som har kontaktet en psykolog inden for datalagringsperioden⁸³. Det tilføjes, at denne teknik kan udstrækkes til at omfatte ethvert lægeligt specialområde, der er registreret i en medlemsstat⁸⁴.

258. Lad os for det andet antage, at samme person ønsker at identificere alle de personer, der er imod den siddende regerings politik. Igen ville en analyse af indholdet af al kommunikation foretaget på det nationale område med dette formål kræve betydelige ressourcer. Udnyttelsen af databaser vedrørende kommunikation ville derimod gøre det muligt straks at identificere alle de personer, som har tilmeldt sig mailinglister, der er kritiske over for regeringens politik. Disse data ville desuden også gøre det muligt at identificere de personer, som deltager i offentlige demonstrationer mod regeringen⁸⁵.

259. Jeg ønsker at fremhæve, at de risici, der er forbundet med adgangen til kommunikationsdata (eller »metadata«), kan være tilsvarende, eller endog større end, de risici, der følger af adgangen til disse kommunikationers indhold, således som Open Rights Group, Privacy International og Law Society of England and Wales samt en nylig rapport fra FN's Højkommissariat for Menneskerettigheder⁸⁶ har fremhævet. Som ovennævnte eksempler viser, gør »metadata« det navnlig muligt nærmest øjeblikkeligt at katalogisere en befolkning i sin helhed, hvilket ikke er muligt på baggrund af kommunikationernes indhold.

83 — De lagrede data omfatter nemlig en kommunikations kilde og bestemmelsessted, og disse data er tilstrækkelige med henblik på at blive sammenholdt med en telefonliste over de psykologer, der praktiserer på det nationale område.

84 — Jf. i denne henseende FN's Menneskerettighedsråd, rapport fra den særlige rapportør om fremme og beskyttelse af menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder i forbindelse med terrorbekæmpelse, 28.12.2009, A/HRC/13/37, punkt 42: »[I]n Germany, research showed a chilling effect of data retention policies: 52% of persons interviewed said they probably would not use telecommunication for contact with drug counsellors, psychotherapists or marriage counsellors because of data retention laws.«

85 — Eftersom de lagrede data omfatter lokaliteten af en kommunikations kilde og bestemmelsessted, vil enhver person, som under en demonstration sender eller modtager kommunikation, let kunne identificeres ved hjælp af de lagrede data. I denne henseende har Marc Goodman, der arbejder som ekspert for FBI og Interpol på området for risici i forbindelse med nye teknologier, berettet, at den ukrainske regering for ikke særlig længe siden under en demonstration for oppositionen foretog en identifikation af alle mobiltelefoner, der befandt sig i nærheden af sammenstødene mellem ordensmagten og oppositionstilhængerne. Alle disse telefoner modtog dernæst en besked, som forfatteren beskriver som den muligvis mest »orwellske« besked, en regering nogensinde har sendt: »Kære abonnent, De er blevet registreret som deltager i en alvorlig forstyrrelse af den offentlige orden« (M. Goodman, *Future Crimes*, Anchor Books, New York, 2016, s. 153, frit oversat). Jf. ligeledes FN's Menneskerettighedsråd, rapport fra den særlige rapportør om fremme og beskyttelse af retten til menings- og ytringsfriheden, 17.4.2013, A/HRC/23/40, punkt 75, og FN's Menneskerettighedsråd, rapport fra FN's Højkommissariat for Menneskerettigheder, The right to privacy in the digital age, 30.6.2014, A/HRC/27/37, punkt 3.

86 — Jf. i denne henseende FN's Menneskerettighedsråd, rapport fra FN's Højkommissariat for Menneskerettigheder, The right to privacy in the digital age, 30.6.2014, A/HRC/27/37, punkt 19: »In a similar vein, it has been suggested that the interception or collection of data about a communication, as opposed to the content of the communication, does not on its own constitute an interference with privacy. From the perspective of the right to privacy, this distinction is not persuasive. The aggregation of information commonly referred to as »metadata« may give an insight into an individual's behaviour, social relationships, private preferences and identity that go beyond even that conveyed by accessing the content of a private communication« (min fremhævelse). Jf. også FN's Generalforsamling, rapport fra den særlige rapportør om fremme og beskyttelse af menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder i forbindelse med terrorbekæmpelse, 23.9.2014, A/HRC/69/397, punkt 53.

260. Det skal hertil tilføjes, at risikoen for ulovlig adgang til lagrede data eller misbrug heraf absolut ikke er af teoretisk art. Dels skal risikoen for, at de kompetente myndigheder misbruger adgangen, sættes i forhold til det enorme antal adgangsanmodninger, som er blevet nævnt i de indlæg, der er indgivet for Domstolen. Hvad angår den svenske ordning har Tele2 Sverige oplyst, at selskabet modtager ca. 10 000 adgangsanmodninger om måneden, og dette antal omfatter ikke de anmodninger, der modtages af andre udbydere på det svenske område. Hvad angår Det Forenede Kongeriges ordning har Tom Watson gengivet tal fra en officiel rapport, som nævner 517 236 tilladelser og 55 346 mundtlige hastetilladelser alene for 2014. Dels udgør risikoen for personers ulovlige adgang en uadskillelig bestanddel af selve eksistensen af en database for lagrede data på databærende medier⁸⁷.

261. Efter min opfattelse tilkommer det de forelæggende retter i henhold til den retspraksis, der er nævnt i punkt 247 i nærværende forslag til afgørelse, at vurdere, om de ulemper, der følger af den i hovedsagerne omhandlede generelle pligt til datalagring, står i et rimeligt forhold til de omhandlede mål i et demokratisk samfund. Inden for rammerne af denne vurdering skal de forelæggende retter foretage en afvejning af de risici og fordele, der er forbundet med en sådan pligt, dvs.:

- på den ene side de fordele, der er forbundet med at give de myndigheder, der har til opgave at bekæmpe grov kriminalitet, en begrænset mulighed for at læse fortiden⁸⁸, og
- på den anden side de alvorlige risici, der i et demokratisk samfund følger af magten til at kunne kortlægge en persons privatliv og magten til at kunne katalogisere en befolkning i dens helhed.

262. Denne vurdering skal foretages under hensyntagen til alle relevante karakteristika i de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger. I denne henseende vil jeg fremhæve, at de garantier, som Domstolen har opstillet i Digital Rights-dommens præmis 60-68, alene udgør minimumsgarantier med henblik på at begrænse indgrebet i de rettigheder, der er sikret ved direktiv 2002/58 og chartrets artikel 7 og 8, til det strengt nødvendige. Det er derfor ikke udelukket, at en national ordning, som indeholder samtlige disse garantier, ikke desto mindre må anses for at være uforholdsmæssig i et demokratisk samfund som følge af misforholdet mellem de alvorlige risici, som denne pligt indebærer i et demokratisk samfund, og de fordele, som pligten medfører for bekæmpelsen af grov kriminalitet.

VI – Forslag til afgørelse

263. Henset til det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål, som Kammarrätten i Stockholm (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Stockholm, Sverige) og Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager), Det Forenede Kongerige) har forelagt, på følgende måde:

»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, og artikel 7, artikel 8 og artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for, at en medlemsstat pålægger udbydere af elektroniske

87 — Jf. bl.a. FN's Menneskerettighedsråd, rapport fra den særlige rapportør om fremme og beskyttelse af retten til menings- og ytringsfriheden, 17.4.2013, A/HRC/23/40, punkt 67: »Databases of communications data become vulnerable to theft, fraud and accidental disclosure.«

88 — Jf. punkt 178-183 i nærværende forslag til afgørelse.

kommunikationstjenester en pligt til at lagre alle data vedrørende kommunikation foretaget af brugerne af udbydernes tjenester, såfremt følgende betingelser er opfyldt, hvilket det tilkommer de forelæggende retter at efterprøve på baggrund af alle de relevante karakteristika ved de i hovedsagerne omhandlede nationale ordninger:

- Pligten og de garantier, der ledsager den, skal fastsættes ved retsfor skrifter eller administrative foranstaltninger, som er kendetegnet ved tilgængelighed, forudsigelighed og en tilstrækkelig beskyttelse mod vilkårlighed.
- Pligten og de garantier, der ledsager den, skal respektere det væsentligste indhold af de rettigheder, der er anerkendt ved artikel 7 og 8 i chartret om grundlæggende rettigheder.
- Pligten skal være strengt nødvendig for bekæmpelsen af grov kriminalitet, hvilket indebærer, at ingen anden foranstaltning eller kombination af foranstaltninger ville kunne være lige så effektiv ved bekæmpelsen af grov kriminalitet, men samtidig mindre indgribende i de rettigheder, der er sikret ved direktiv 2002/58 og artikel 7 og 8 i chartret om grundlæggende rettigheder.
- Pligten skal ledsages af alle de garantier, som Domstolen har opstillet i præmis 60-68 i dom af 8. april 2014, Digital Rights Ireland m.fl. (C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238), for så vidt angår dataadgang, lagringens varighed, databeskyttelse og datasikkerhed med henblik på at begrænse indgrebet i de rettigheder, der er sikret ved direktiv 2002/58 og artikel 7 og 8 i chartret om grundlæggende rettigheder, til det strengt nødvendige.
- Pligten skal være forholds mæssig i et demokratisk samfund i forhold til målet om bekæmpelse af grov kriminalitet, hvilket indebærer, at de alvorlige risici, som denne pligt medfører i et demokratisk samfund, skal stå i et rimeligt forhold til de fordele, som pligten medfører for bekæmpelsen af grov kriminalitet.«

en generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata, som er uforenelig med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, som ændret ved direktiv 2009/136, sammenholdt med artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder. Denne artikel 15, stk. 1, som fortolket i lyset af effektivitetsprincippet, pålægger den nationale ret i straffesager at se bort fra de oplysninger og de beviser, der er opnået ved hjælp af en generel og udifferentieret lagring af trafikdata og lokaliseringsdata, som er uforenelig med EU-retten, inden for rammerne af en straffesag, der er indledt mod personer, som er mistænkt for at have begået kriminelle handlinger, hvis disse personer ikke er i stand til effektivt at udtale sig om disse oplysninger og disse beviser, som henhører under et område, der ligger uden for rettens sagkundskab, og som kan have afgørende indflydelse på vurderingen af de faktiske omstændigheder.

Underskrifter

Sag C-793/19**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

29. oktober 2019

Forelæggende ret:

Bundesverwaltungsgericht (Tyskland)

Afgørelse af:

25. september 2019

Sagsøger og revisionsindstævnt:

SpaceNet AG

Sagsøgt og revisionsappellant:

Bundesrepublik Deutschland

Hovedsagens genstand

Søgsmål med påstand om, at det fastslås, at SpaceNet ikke er forpligtet til at lagre de i TKG's § 113b, stk. 3, nævnte telekommunikationstrafikdata vedrørende sine kunder, for hvem virksomheden formidler internetadgang.

Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen

Fortolkning af EU-retten, navnlig artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, og af dommen Tele2 Sverige og Watson m.fl.; artikel 267 TEUF.

Præjudicielt spørgsmål

Skal artikel 15 i direktiv 2002/58/EF i lyset af artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder på den ene side og artikel 6 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og artikel 4 i traktaten om Den Europæiske Union på den anden side fortolkes således, at den er til hinder for en national bestemmelse, som forpligter udbyderne

af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester til at lagre trafik- og lokaliseringsdata for slutbrugerne af disse tjenester, når

- denne forpligtelse ikke forudsætter nogen specifik anledning i lokal, tidsmæssig eller geografisk henseende
- genstanden for pligten til at lagre data i forbindelse med levering af offentligt tilgængelige telefontjenester – herunder formidling af sms-, multimedie- eller lignende beskeder samt ubesvarede eller forgæves opkald – er følgende data:
 - telefonnummeret eller en anden identitet for den, der ringer op, og den forbindelse, der ringes til, samt ved om- og viderestilling enhver anden involveret forbindelse
 - dato og klokkeslæt for begyndelse og afslutning af forbindelsen henholdsvis – i forbindelse med formidling af sms-, multimedie- eller lignende beskeder – tidspunkterne for afsendelse og modtagelse af beskeden med angivelse af den anvendte tidszone
 - oplysninger om den benyttede tjeneste, hvis der i forbindelse med telefontjenesten kan benyttes forskellige tjenester
 - for mobile telefontjenester endvidere
 - den internationale identitet for mobile abonnenter for den, der ringer op, og den forbindelse, der ringes til
 - den internationale identitet for det terminaludstyr, der ringer op, og som der ringes til
 - dato og klokkeslæt for den første aktivering af tjenesten under angivelse af den anvendte tidszone, hvis der er blevet betalt tjenester på forhånd
 - betegnelserne for de radioceller, som blev benyttet af den forbindelse, der ringer op, og den forbindelse, der ringes til, ved forbindelsens begyndelse
 - for internettelefontjenester tillige internetprotokoladresserne for den forbindelse, der ringer op, og den forbindelse, der ringes til, og tildelte brugeridentiteter
- genstanden for pligten til lagring i forbindelse med levering af offentligt tilgængelige internetadgangstjenester er følgende data:
 - den internetprotokoladresse, som er tildelt abonnenten til en internetbenyttelse

- en entydig identitet for den forbindelse, gennem hvilken internetbenyttelsen sker, samt en tildelt brugeridentitet
- dato og klokkeslæt for internetbenyttelsens begyndelse og ophør under den tildelte internetprotokoladresse med angivelse af den anvendte tidszone
- for mobil benyttelse betegnelsen for den radiocelle, som benyttes ved internetforbindelsens begyndelse
- følgende data ikke må lagres:
 - kommunikationens indhold
 - data om besøgte internetsider
 - data fra elektroniske posttjenester
 - data, som er baseret på forbindelser til eller fra bestemte personer, myndigheders og organisationers forbindelser inden for sociale eller kirkelige områder
- lagringens varighed for lokaliseringsdata, dvs. betegnelsen for den benyttede radiocelle, udgør fire uger, og for de øvrige data ti uger
- der er sikret en effektiv beskyttelse af de lagrede data mod risici for misbrug samt mod enhver uberettiget adgang, og
- de lagrede data kun må anvendes til at forfølge særligt grove straffelovsovertrædelser og til at afværge en konkret fare for en persons liv og helbred eller frihed eller for forbundsstatens eller en delstats beståen, med undtagelse af den internetprotokoladresse, som er tildelt abonnenten til en internetbenyttelse, og som det er tilladt at anvende i forbindelse med en stamdataoplysning (»Bestandsdatenauskuft«) med henblik på forfølgelse af enhver form for strafbare handlinger, for at afværge en fare for den offentlige sikkerhed og orden samt for at opfylde efterretningstjenesternes opgaver?

Anførte EU-retlige bestemmelser

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), artikel 6, 7, 8, 11 og 52

Traktaten om Den Europæiske Union (TEU), artikel 4 og 6

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 (herefter »direktiv 2002/58«), artikel 5, 6, 8, 9, navnlig artikel 15; ellefte betragtning

Anførte nationale bestemmelser

Telekommunikationsgesetz (telekommunikationsloven, herefter »TKG«), § 113a, stk. 1, første punktum (»Forpligtede«), § 113b (»Forpligtelser til at lagre trafikdata«), § 113c (»Anvendelse af dataene«), § 113d (»Sikring af dataenes sikkerhed«), § 113e (»Protokollering« (af adgang til lagrede data foretaget af den forpligtede)), § 113f (»Kravkatalog« (med hensyn til tekniske foranstaltninger og andre foranstaltninger)), § 99, stk. 2 (»Individuel forbrugsdokumentation«, om instanser, som er undtaget fra visning i individuelle forbrugsdokumentationer)

Strafprozessordnung (strafferetsplejeloven, herefter »StPO«), § 100g, stk. 2 (»Indsamling af trafikdata« i henhold til TKG's § 113b)

Anførte domme fra Domstolen

Den Europæiske Unions Domstols dom af 21. december 2016, Tele2 Sverige AB og Watson m.fl., C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970 (herefter »dommen i [de forenede sager] Tele2 Sverige og Watson m.fl.«)

Dom af 8. april 2014, Digital Rights Ireland og Seitlinger m.fl., C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238 (herefter »dommen i [de forenede sager] Digital Rights Ireland m.fl.«)

Udtalelse 1/15 af 26. juli 2017, EU:C:2017:592

Desuden: Dom af 29. juli 2019, Funke Medien (C-469/17, EU:C:2019:623), af 9. marts 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49), af 3. maj 2005, Berlusconi m.fl. (C-387/02, C-391/02 og C-403/02, EU:C:2005:270), af 22. juni 2010, Melki og Abdeli (C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:363), og af 18. september 2014, Vueling Airlines (C-487/12, EU:C: 2014: 2232).

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Sagsøgeren, SpaceNetAG (herefter »sagsøgeren« eller »SpaceNet«) leverer offentligt tilgængelige internetadgangstjenester. Sagsøgeren anfægter den pligt, der ved TKG's § 113a, stk. 1, sammenholdt med § 113b i den affattelse, der følger af lov af 10. december 2015, er pålagt virksomheden til fra den 1. juli 2017 at lagre telekommunikationstrafikdata vedrørende virksomhedens kunder.
- 2 I første instans fastslog Verwaltungsgericht (forvaltningsdomstol), at SpaceNet ikke er forpligtet til at lagre de i TKG's § 113b, stk. 3, nævnte

telekommunikationstrafikdata vedrørende sine kunder, for hvem virksomheden formidler internetadgang. Sagsøgte, Forbundsrepublikken Tyskland (herefter »sagsøgte«), har iværksat revisionsappel direkte (»Sprungrevision«) til Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) til prøvelse af Verwaltungsgerichts (forvaltningsdomstol) dom.

- 3 Revisionsappellen kan kun tages til følge, hvis den pligt til at lagre telekommunikationstrafikdata, der ved de nævnte bestemmelser i TKG pålægges leverandørerne af offentligt tilgængelige telekommunikationstjenester (herefter »telekommunikationsudbydere«), er forenelig med EU-retten.
- 4 Bestemmelserne om denne pligt for telekommunikationsudbydere til at lagre bestemte trafikdata i en begrænset periode blev ændret ved Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10. Dezember 2015 (lov om indførelse af en lagringspligt og en maksimal lagringsperiode for trafikdata af 10.12.2015, herefter »lov af 10. december 2015«)
- 5 En ændring var nødvendig, efter at en dom fra Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager) fra 2010 havde erklæret de tidligere bestemmelser, som regulerede lagring af data, for ugyldige på grund af tilsidesættelse af grundlæggende rettigheder, og efter at direktiv 2006/24, som disse tidligere bestemmelser tjente til gennemførelse af, i 2014 desuden var blevet erklæret ugyldigt ved dommen i [de forenede sager] Digital Rights Ireland m.fl. Lov af 10. december 2015 skal afhjælpe mangler i forbindelse med strafforfølgelse og afværgelse af risici og samtidig tage højde for de forfatnings- og EU-retlige krav, der følger af de nævnte afgørelser.
- 6 For at kunne besvare spørgsmålet om, hvorvidt den lagringspligt, der er fastsat i TKG's § 113a, stk. 1, sammenholdt med § 113b, er i strid med EU-retten, er der behov for, at Domstolen fortolker direktiv 2002/58 og navnlig præciserer, hvordan dommen i sagen Tele2 Sverige og Watson m.fl. skal forstås.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 7 Pligten til at lagre telekommunikationstrafikdata, som er fastsat i TKG's § 113a, stk. 1, første punktum, sammenholdt med § 113b, begrænser rettighederne i henhold til artikel 5, stk. 1, artikel 6, stk. 1, og artikel 9, stk. 1, i direktiv 2002/58.
- 8 Den udgør et indgreb i den elektroniske kommunikationshemmelighed, som er beskyttet ved direktivets artikel 5, stk. 1, første punktum, og er i strid med princippet om, at det principielt er forbudt enhver anden person end brugeren uden dennes samtykke at lagre trafikdata i forbindelse med elektronisk kommunikation.
- 9 Desuden overholder den ikke bestemmelsen i direktivets artikel 6 om, at trafikdata kun må behandles og lagres med henblik på debitering af abonnenten for tjenesterne, med henblik på markedsføring og med henblik på levering af tillægstjenester i det hertil fornødne omfang og tidsrum.

- 10 Hvis lokaliseringsdata, bortset fra trafikdata, vedrørende brugere af eller abonnenter på de offentlige kommunikationsnet eller offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, kan behandles, fastsætter artikel 9, stk. 1, første punktum, i direktiv 2002/58, at disse data kun må behandles, når de er gjort anonyme, eller når brugeren eller abonnenten har givet sit samtykke hertil, og da kun i det omfang og i det tidsrum, som er nødvendigt for levering af en tillægstjeneste. Også dette krav fraviger lovens bestemmelse, for så vidt som også de dér nævnte lokaliseringsdata skal lagres i henhold til TKG's § 113b, stk. 1, nr. 2, sammenholdt med stk. 4.
- 11 Begrænsningen af rettighederne i henhold til artikel 5, stk. 1, artikel 6, stk. 1, og artikel 9, stk. 1, i direktiv 2002/58 er kun begrundet, hvis bestemmelsen i TKG's § 113a, stk. 1, første punktum, sammenholdt med § 113b, kan støttes på artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58.
- 12 Ifølge denne bestemmelse kan medlemsstaterne 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/EF. 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.
- 13 I henhold til det af Domstolen anførte i dommen i [de forenede sager] Tele2 Sverige og Watson m.fl., navnlig i denne doms præmis 82 ff. og 108 ff., er det en forudsætning for lovligheden af en national bestemmelse om lagring af data i henhold til artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, at der foreligger en tilstrækkelig anledning. Det betyder, at kun de personer er omfattet, for hvem der foreligger et indicium for en forbindelse til en grov straffelovsovertrædelse, at der sker en begrænsning til den region, det tidsrum samt de kommunikationsmidler, som er relevante for anledningen, og at kun de data omfattes, som er nødvendige for at opklare den nævnte straffelovsovertrædelse.
- 14 Sagsøgtes opfattelse, at allerede den omstændighed, at der benyttes internetadgangs- eller telefontjenester, skal anses for en tilstrækkelig anledning til lagring, er åbenlyst ikke i overensstemmelse med dette. Heller ikke sagsøgtes henvisning til Domstolens udtalelse af 26. juli 2017 om aftalen mellem Canada og Den Europæiske Union om overførsel af passagerlisteoplysninger kan rokke ved den antagelse, som kommer til udtryk i dommen i [de forenede sager] Tele2 Sverige og Watson m.fl., nemlig at enhver lagring af data uden anledning generelt er i strid med EU-retten. Domstolen fremhævede ganske vist i forbindelse med

nødvendigheden af de indgreb i de grundlæggende rettigheder om ret til privatliv og beskyttelse af personoplysninger, som er forbundet med aftalen, at PNR-oplysningerne formidles til Canada uafhængigt af, om der foreligger objektive indikationer af, at flypassagererne udgør en risiko for den offentlige sikkerhed i Canada. Der er imidlertid ikke tale om en lagring af data uden anledning, idet lagringen og formidlingen er knyttet til de grænsekontroller, som alle flypassagerer, der ønsker at indrejse til Canada eller udrejse fra Canada, er underlagt i henhold til gældende canadisk ret. Når flypassagererne udrejser, bortfalder denne anledning til lagringen. Den fortsatte lagring efter dette tidspunkt forudsætter derfor – som en ny anledning – at der foreligger objektive indicier for, at de pågældende flypassagerer udgør en risiko i forbindelse med terrorbekæmpelse og grænseoverskridende alvorlig kriminalitet.

- 15 Såfremt Domstolens praksis skal forstås således, at lagring af data uden anledning under ingen omstændigheder er forenelig med EU-retten, kan sagsøgte revisionsappell til prøvelse af Verwaltungsgerichts (forvaltningsdomstolens) dom ikke tages til følge. Ligesom de svenske og Det Forenede Kongeriges bestemmelser om lagring af data, som var genstand for dommen i [de forenede sager] Tele2 Sverige og Watson m.fl., kræver TKG's § 113a, stk. 1, første punktum, sammenholdt med § 113b, nemlig hverken en anledning til lagringen – ud over den blotte benyttelse af internetadgangs- eller telefontjenester – eller en sammenhæng mellem de lagrede data og en strafbar handling, henholdsvis en risiko for den offentlige sikkerhed. Der er tværtimod tale om en bestemmelse, som foreskriver en lagring af størstedelen af alle relevante telekommunikationstrafikdata, som er uden anledning, landsdækkende og personligt, tidsmæssigt og geografisk udifferentieret.
- 16 Uanset det i dommen i [de forenede sager] Tele2 Sverige og Watson m.fl. anførte anser den forelæggende ret det imidlertid ikke for udelukket, at den i TKG's § 113a, stk. 1, første punktum, sammenholdt med § 113b, regulerede pligt til at lagre telekommunikationstrafikdata uden anledning kan støttes på artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, af følgende grunde:
- 17 For det første kræver de pågældende bestemmelser i TKG ikke lagring af samtlige telekommunikationstrafikdata for alle abonnenter og registrerede brugere med hensyn til alle elektroniske kommunikationsmidler. Det er ikke kun kommunikationens indhold, der er undtaget fra lagringspligten; der må heller ikke lagres data om besøgte internetsider, data fra e-mailtjenester eller data, som er baseret på forbindelserne til eller fra visse forbindelser inden for sociale eller kirkelige områder (jf. TKG's § 113b, stk. 5 og 6). Når visse kommunikationsmidler eller kategorier af data undtages fra lagringspligten, kan dette ganske vist ikke fjerne risikoen for, at der kan udarbejdes en omfattende profil af de pågældende personer, men det kan i det mindste reducere den væsentligt.
- 18 En endnu mere tungtvejende forskel mellem de i den foreliggende sag omhandlede bestemmelser i TKG og den tidligere bestemmelse i direktiv 2006/24,

henholdsvis de svenske og Det Forenede Kongeriges bestemmelser, der var støttet på dette direktiv, og som var genstand for dommen i [de forenede sager] Tele2 Sverige og Watson m.fl., ser den forelæggende ret for det andet deri, at lagringsperioden på seks måneder til to år (jf. artikel 6 i direktiv 2006/24) i henhold til TKG's artikel 113b, stk. 1, er forkortet markant til fire henholdsvis ti uger.

- 19 Risikoen for at udarbejde en omfattende profil af de pågældende personer må anses for at være mindre, jo kortere de perioder er, hvor trafikdataene lagres. Jo kortere lagringsperioden er, desto mere mangelfuld bliver personlighedsprofilen nødvendigvis, og desto mindre intenst bliver indgrebet i grundlæggende rettigheder.
- 20 For det tredje er de her omhandlede bestemmelser i TKG underlagt strenge begrænsninger med hensyn til beskyttelsen af de lagrede data og adgangen til dem. For det første sikrer bestemmelserne i TKG's §§ 113d ff. en effektiv beskyttelse af de lagrede data mod risiko for misbrug og mod enhver uberettiget adgang. For det andet må de lagrede data i henhold til TKG's § 113c, stk. 1, kun anvendes til bekæmpelse af grove straffelovsovertrædelser eller til at afværge en konkret risiko for en persons liv, helbred eller frihed eller for forbundsstatens eller en delstats beståen.
- 21 Indsamling af trafikdata med henblik på strafforfølgelse forudsætter i henhold til StPO's § 100g, stk. 2, at der er mistanke om, at der foreligger en af de særligt grove straffelovsovertrædelser, som er opregnet udtømmende i loven, at gerningen også i det konkrete tilfælde vejer særligt tungt, at det ville være væsentligt vanskeligere eller udsigtsløst at efterforske de faktiske omstændigheder eller fastslå den mistænkte opholdssted på anden måde, og at indsamlingen af dataene står i et rimeligt forhold til sagens betydning. I henhold til StPO's § 100g, stk. 4, er det ikke tilladt at indsamle eller anvende trafikdata for personer, som i henhold til StPO's § 53, stk. 1, første punktum, nr. 1-5, er pålagt professionel tavshedspligt, herunder bl.a. advokater, læger eller journalister. StPO's § 101a, stk. 1, kræver desuden en retsligt indgriben, for at der kan ske indsamling af trafikdata i henhold til StPO's § 100g.
- 22 Disse begrænsende adgangsbestemmelser gælder ganske vist ikke for en internetprotokoladresse, som er tildelt abonnenten til en internetbenyttelse. Denne må nemlig i henhold til TKG's § 113c, stk. 1, nr. 3, også anvendes i forbindelse med en stamdataoplysning med henblik på forfølgelse af enhver form for strafbare handlinger, for at afværge farer for den offentlige sikkerhed og orden samt for at opfylde efterretningstjenesternes opgaver. Imidlertid må det lægges til grund, at oplysningen om, hvilken abonnent der var anmeldt på internettet under en allerede kendt internetprotokoladresse, ikke tillader udarbejdelse af personligheds- og bevægelsesprofiler.
- 23 Selv hvis SpaceNets anbringende følges, og det lægges til grund, at der i stigende omfang anvendes tekniske procedurer, hvor en internetprotokoladresse ikke

længere entydigt kan henføres til en bestemt telekommunikationsforbindelse, men kun til en større gruppe af forbindelser, og stamdataoplysningen derfor har udviklet sig til en foranstaltning med en betragtelig spredning, er en sådan stamdataoplysning fortsat et betydeligt mindre intensivt indgreb end indsamling og anvendelse af telekommunikationstrafikdata.

- 24 For det fjerde taler det også til fordel for, at pligten til uden anledning at lagre telekommunikationstrafikdata, som er reguleret i TKG's § 113a, stk. 1, første punktum, sammenholdt med § 113b, kan støttes på artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, at den nationale lovgiver dermed er efterkommet den pligt til at handle, som for medlemsstaterne følger af retten til sikkerhed, som er garanteret ved chartrets artikel 6. I dommen i [de forenede sager] Digital Rights Ireland m.fl. nævnte Domstolen udtrykkeligt chartrets artikel 6 og påpegede i denne forbindelse, at bekæmpelsen af international terrorisme med henblik på opretholdelse af international fred og sikkerhed udgør et mål for EU af almen interesse, og at det samme gælder for bekæmpelsen af grov kriminalitet med henblik på at sikre den offentlige sikkerhed.
- 25 På denne baggrund er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt Domstolens hidtidige praksis skal forstås således, at lagring af data uden anledning ikke kun i den konkrete udformning, den fandt i direktiv 2006/24, og i bestemmelserne i Sverige og Det Forenede Kongerige, der var støttet herpå, men generelt ikke kan støttes på artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58. Det grundlæggende koncept i forbindelse med lagring af data kan nemlig ikke forenes med Domstolens krav – som er formuleret uden begrænsninger – om, at der i forbindelse med lagring af data skal differentieres efter personer, perioder og geografiske områder.
- 26 Efter den forelæggende rets opfattelse taler også kravet om at etablere en balance mellem på den ene side medlemsstaternes forpligtelse til at garantere sikkerheden for de personer, der opholder sig på deres område, og på den anden side overholdelsen af de grundlæggende rettigheder, der er forankret i chartrets artikel 7 og 8, imod at lægge til grund, at lagring af trafikdata uden anledning *per se* er uforenelig med chartret.
- 27 Den forelæggende ret kan derfor ikke udlede entydigt af Domstolens praksis, at de nationale lovgivere ikke længere skal have mulighed for på grundlag af en samlet afvejning at indføre en lagring af data uden anledning, eventuelt suppleret med strenge adgangsregler, for at tage højde for det specifikke risikopotentiale, som er knyttet til de nye telekommunikationsmidler.
- 28 For det femte gør den forelæggende ret opmærksom på, at i tilfælde af, at en lagring af data uden anledning generelt ikke kan støttes på artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, og at det følger ikke kommer an på de konkrete ordninger vedrørende de omfattede kommunikationsmidler, kategorierne af lagrede data, lagringens varighed, betingelserne for adgang til de lagrede data og beskyttelsen mod risici for misbrug, er de nationale lovgiveres handlemuligheder væsentligt begrænset på et område inden for strafforfølgelse og offentlig sikkerhed, som i

henhold til artikel 4, stk. 2, tredje punktum, TEU i hvert fald principielt fortsat hører under de enkelte medlemsstaters enekompetence.

- 29 For det sjette står det, bl.a. på baggrund af den nyere praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »EMD«), ikke klart for den forelæggende ret, om det af Domstolen anførte i dommen i [de forenede sager] Tele2 Sverige og Watson m.fl. skal forstås som et forbud rettet til medlemsstaterne mod at støtte indførelse af en pligt til at lagre telekommunikationstrafikdata uden anledning på artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58.
- 30 EMD har senest i en dom af 19. juni 2018 udtalt, at de svenske bestemmelser om masseovervågning af den grænseoverskridende datatrafik er i overensstemmelse med artikel 8 i Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (EMRK). I betragtning af de trusler, som stater aktuelt er udsat for, herunder den globale terrorismes svøbe og andre grove forbrydelser såsom narkotikahandel, menneskehandel, seksuel udnyttelse af børn og internetkriminalitet, samt på grund af de tekniske fremskridt, som gør det lettere for terrorister og kriminelle at undgå at blive opdaget på internettet, og de uforudsigelige transmissionsveje for elektroniske data, hører beslutningen om at etablere et masseovervågningssystem med henblik på at opdage hidtil ukendte trusler mod den nationale sikkerhed fortsat under statens skønsbeføjelse (EMD, dom af 19.6.2018, nr. 35252/08 (ECLI: CE:ECHR:2018:0619JUD003525208), Centrum för Rättvisa mod Sverige, § 112). Når EMD henviser til de uforudsigelige transmissionsveje for elektroniske data og til de tekniske fremskridt, som gør det lettere for terrorister og kriminelle at undgå at blive opdaget på internettet, fremhæver den tydeligere end Den Europæiske Unions Domstol det specifikke risikopotentiale, som er forbundet med de nye telekommunikationsmidler.
- 31 Den forelæggende ret henviser til ellefte betragtning til direktiv 2002/58 og chartrets artikel 52, stk. 3, hvoraf det følger, at der skal skabes den nødvendige sammenhæng mellem de rettigheder, der er forankret i chartret, og de tilsvarende rettigheder, som er garanteret ved EMRK, uden at dette berører EU-rettens og Den Europæiske Unions Domstols selvstændighed.
- 32 Afslutningsvis nævner den forelæggende ret andre verserende præjudicielle sager, som drejer sig om fortolkningen af dommen i [de forenede sager] Tele2 Sverige og Watson m.fl., altså spørgsmålet om, hvorvidt der af denne kan udledes et generelt forbud mod at lagre data uden anledning, som hverken kan overvindes af hensyn til alvoren af de risici for den offentlige sikkerhed, der skal bekæmpes, eller i forbindelse med en »kompensation« i form af restriktive adgangsregler og høje sikkerhedskrav.
- 33 Den forelæggende ret nævner de præjudicielle anmodninger indgivet af Investigatory Powers Tribunal, London (Det Forenede Kongerige) (C-623/17), de præjudicielle anmodninger indgivet af Conseil d'État (Frankrig) (C-511/18 og C-

512/18) og den præjudicielle anmodning indgivet af den belgiske forfatningsdomstol (C-520/18).

ARBEJDS
DOKUMENT

Sag C-140/20**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

25. marts 2020

Forelæggende ret:

Supreme Court (Irland)

Afgørelse af:

25. marts 2020

Sagsøger:

G.D.

Sagsøgte:

The Commissioner of the Garda Síochána

Minister for Communications, Energy and Natural Resources

Attorney General

Hovedsagens genstand

Den foreliggende sag vedrører den retlige ordning, der er indført i Irland i henhold til Communications (Retention of Data) Act 2011 (kommunikationsloven (datalagring) af 2011), som regulerer de irske myndigheders lagring af og adgang til metadata fra telekommunikation, herunder navnlig det irske politi («An Garda Síochána») i forbindelse med afsløring, efterforskning og retsforfølgning af grov kriminalitet.

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Er kommunikationsloven (datalagring) af 2011, navnlig lovens artikel 6, stk. 1, uforenelig med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58/EF?

Præjudicielle spørgsmål

(1) Er en generel/universel ordning for lagring af data – selv om den er undergivet strenge begrænsninger med hensyn til lagring og adgang – i sig selv i strid med artikel 15 i direktiv 2002/58/EF som fortolket i lyset af chartret?

(2) Kan den nationale ret i forbindelse med undersøgelsen af, om en national foranstaltning, der er gennemført i henhold til direktiv 2006/24/EF, og som fastsætter en generel ordning for lagring af data (med forbehold af den nødvendige strenge kontrol med hensyn til lagring og/eller adgang), skal anses for uforenelig med EU-retten, og navnlig ved vurderingen af, om en sådan ordning er forholdsmæssig, tage hensyn til den omstændighed, at tjenesteudbydere lovligt kan lagre data til deres egne kommercielle formål, og kan det kræves, at de lagrer data af hensyn til den nationale sikkerhed, som ikke er omfattet af bestemmelserne i direktiv 2002/58/EF?

(3) Hvilke kriterier skal den nationale ret anvende i forbindelse med vurderingen af, om en national foranstaltning om adgang til lagrede data er forenelig med EU-retten, og navnlig chartret, når den undersøger, om en sådan adgangsordning sikrer den krævede forudgående og uafhængige kontrol, som Domstolen har fastlagt i sin praksis? Kan en national ret i denne sammenhæng ved en sådan bedømmelse tage hensyn til, om der foreligger en efterfølgende eller uafhængig domstolsprøvelse?

(4) Er en national ret under alle omstændigheder forpligtet til at erklære en national foranstaltning uforenelig med artikel 15 i direktiv 2002/58/EF, når den nationale foranstaltning fastsætter en generel ordning for lagring af data med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet, og når den nationale ret på grundlag af alle de foreliggende beviser har fastslået, at en sådan lagring er både nødvendig og absolut påkrævet for at opfylde målet om bekæmpelse af grov kriminalitet?

(5) Såfremt en national ret må fastslå, at en national foranstaltning ikke er i overensstemmelse med artikel 15 i direktiv 2002/58/EF, som fortolket i lyset af chartret, kan den da begrænse de tidsmæssige virkninger af en sådan afgørelse, når den er overbevist om, at en unkladelse heraf ville medføre »kaos og indgreb i den offentlige interesse« (i overensstemmelse med den tilgang, som f.eks. blev anvendt i R (National Council for Civil Liberties) mod Secretary of State for Home Department and Secretary of State for Foreign Affairs (2018) EWHC 975, præmis 46)?

(6) Kan en national ret, som er blevet anmodet om at fastslå, at den nationale lovgivning er uforenelig med artikel 15 i direktiv 2002/58/EF, og/eller at unklade at anvende denne lovgivning, og/eller at fastslå, at anvendelsen af en sådan lovgivning har krænket en borgers rettigheder, uanset om det sker inden for rammerne af en procedure, der er indledt for at muliggøre et anbringende om anerkendelse af bevismidler i forbindelse med en straffesag eller på anden vis, være berettiget til at nægte at tillade brugen af dette retsmiddel for så vidt angår

data, der lagres i henhold til den nationale bestemmelse, der er vedtaget i henhold til forpligtelsen i artikel 288 TEUF om at gennemføre et direktivs bestemmelser i national ret, eller til at begrænse en sådan konstatering til tidsrummet efter datoen, hvor Domstolen erklærede direktiv 2006/24/EF for ugyldigt, hvilket skete den 8. april 2014?

Anførte EU-retlige forskrifter

Traktaten om Den Europæiske Union, artikel 5, stk. 4, og artikel 6, stk. 1, samt protokol nr. 21.

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, artikel 7, 8 og 52, stk. 1.

Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT 1995, L 281, s. 31).

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) (EFT 2002, L 201, s. 37).

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15. marts 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).

Dom af 10. februar 2009, Irland mod Parlamentet og Rådet (C-301/06, ECLI:EU:C:2009:68).

Dom af 26. november 2009, Kommissionen mod Irland (C-202/09, ECLI:EU:C:2009:736).

Dom af 8. april 2014, Digital Rights Ireland Limited mod Minister for Communications, Marine and Natural Resources m.fl. og Kärntner Landesregierung m.fl. (C-293/12 og C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238).

Dom af 21. december 2016, Tele2 Sverige AB mod Post- och telestyrelsen og Secretary of State for the Home Department mod Tom Watson m.fl. (forenede sager C-203/15 og C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970).

Anførte nationale retsforskrifter

Communications (Retention of Data) Act 2011 (kommunikationsloven (datalagring) af 2011) (»loven af 2011«).

Loven af 2011 blev vedtaget med det udtrykkelige formål at gennemføre direktivet fra 2006. I henhold til lovens section 3 pålægges alle tjenesteudbydere at lagre »data vedrørende fastnettelefoni og mobiltelefoni« i en periode på to år. Det drejer sig om data, der gør det muligt at identificere kilden, bestemmelsesstedet, datoen og tidspunktet for en kommunikations begyndelse og afslutning, den pågældende kommunikationstype samt arten og den geografiske placering af det anvendte kommunikationsudstyr. Kommunikationens indhold er ikke omfattet af denne type data.

Der kan gives adgang til de lagrede data, og de kan videregives som følge af en anmodning om udlevering. I section 6 i loven af 2011 fastsættes de betingelser, hvorunder en anmodning om udlevering kan indgives, og subsection (1) bestemmer, at et medlem af An Garda Síochána, som mindst skal have rang af chief superintendent (vicepolitimester), kan indgive en anmodning om udlevering, hvis den pågældende har fastslået, at oplysningerne er nødvendige for bl.a. forebyggelse, afsløring, efterforskning eller retsforfølgning af grov kriminalitet. Ved »grov kriminalitet« forstås lovovertrædelser, der straffes med frihedsstraf i fem år eller derover, samt de øvrige lovovertrædelser, der er opregnet i schedule 1 til loven.

Blandt de tilsynsmekanismer, der er fastsat i loven af 2011, er klageprocedurerne i section 10 og funktionerne for en »udpeget dommer«, som fastsat i section 12, der har til opgave at føre tilsyn med, hvordan lovens bestemmelser fungerer.

For så vidt angår den interne politik besluttede chefen for An Garda Síochána, Commissioner of the Garda, at anmodninger om videregivelse af telefondata, der var indgivet i henhold til loven af 2011, skulle behandles centralt af en enkelt chief superintendent. Den detective chief superintendent, der fik overdraget ansvaret for videregivelse af data, var lederen af An Garda Síochána's afdeling for sikkerhed og efterretningsvirksomhed, og han eller hun beslutter i sidste instans, hvorvidt der skal fremsendes en anmodning om videregivelse til udbydere af kommunikationstjenester i henhold til bestemmelserne i loven af 2011. Der blev oprettet en lille uafhængig enhed, Telecommunications Liason Unit (enhed for telekommunikationsforbindelser, herefter »TLU«), som skulle bistå denne detective chief superintendent i dennes opgaver og fungere som eneste kontaktpunkt i forhold til tjenesteudbydere.

I perioden før denne efterforskning skulle alle anmodninger om videregivelse af data godkendes i første instans af en superintendent (politiinspektør) (eller af en inspector (overbetjent), der optrådte i denne egenskab) og blev derefter sendt videre til behandling i TLU. Efterforskerne fik besked på at medtage tilstrækkeligt præcise angivelser i anmodningen, således at det var muligt at træffe en beslutning på et velinformeret grundlag, og på at være opmærksomme på, at den pågældende chief superintendent senere ville skulle begrunde beslutningen i retten eller over for den udpegede dommer ved High Court (ret i første instans). TLU og den pågældende detective chief superintendent har pligt til at efterprøve lovligheden, forholdsmæssigheden og nødvendigheden af de anmodninger om udlevering af

data, som medlemmer af An Garda Síochána indgiver. Anmodninger, som ikke blev anset for at være i overensstemmelse med kravene i Gardas interne protokoller, blev returneret med henblik på at få præciseringer eller yderligere oplysninger. I henhold til et aftalememorandum, der blev vedtaget i maj 2011, behandler tjenesteudbydere ikke anmodninger om oplysninger vedrørende opkald, der ikke er indgivet i henhold til denne procedure. TLU er ligeledes underlagt kontrol af den tilsynsførende for databeskyttelse.

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 I marts 2015 blev sagsøgeren (herefter »G.D.«) af en jury kendt skyldig i drabet på fr. O'H. og idømt livsvarigt fængsel. Han har hele tiden erklæret sig ikke skyldig. G.D. appellerede denne dom til Court of Appeal (appeldomstol i straffesager). Under retssagen nedlagde G.D. forgæves påstand om, at visse af anklagemyndighedens beviser baseret på lagrede telefondata ikke kunne antages som gyldige bevismidler.
- 2 Sideløbende hermed anlagde G.D. et civilt søgsmål, hvorved han anfægtede visse bestemmelser i loven af 2011, i henhold til hvilke telefoni-metadata blev lagret og tilgået. Han har nedlagt påstand om, at den relevante lovbestemmelse erklæres ugyldig med henblik på i forbindelse med appelsagen til prøvelse af sin dom at gøre gældende, at telefondata ikke burde have været tilladt som bevisførelse under retssagen, hvilket således medfører, at det er usikkert, om hans domfældelse er korrekt. De sagsøgte (herefter »staten«) har nedlagt påstand om, at lovgivningens gyldighed bekræftes.
- 3 Ved dom af 6. december 2018, Dwyer mod Commissioner of An Garda Síochána m.fl. (2018) IEHC 685, gav High Court (ret i første instans) G.D. medhold i, at section 6(1)(a) i loven af 2011 ikke er i overensstemmelse med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58/EF, sammenholdt med artikel 7, 8 og 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.
- 4 Staten har iværksat appel til prøvelse af denne afgørelse ved Supreme Court (øverste domstol), som har indgivet den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse.
- 5 Supreme Court har angivet, at den var klar over, at afsløringen af visse kategorier af alvorlig kriminalitet og retsforfølgningen af disse i stadig højere grad påvirkes af beviser af den type, der var blevet fremlagt i straffesagen mod G.D. Det er Supreme Courts erfaring, at visse sager af denne type kun blevet opklaret på grund af adgangen til den type oplysninger, der er omfattet af den foreliggende sag.
- 6 Supreme Court har anført, at sådanne sager ofte indebærer alvorlige forbrydelser mod kvinder, børn og andre sårbare personer, og at det ikke ville være muligt at afsløre eller retsforfølge gerningsmanden uden beviser af den pågældende art.

Supreme Court har faktisk bemærket, at telefoni, som i G.D.'s tilfælde, anvendes til at groome eller på anden måde udnytte sårbare personer.

- 7 Supreme Court har fremhævet, at det ikke er muligt at få adgang til data, der ikke er blevet lagret. Hvis universel lagring af metadata ikke var tilladt, uanset hvor robust ordningen for adgang er, ville mange af disse alvorlige forbrydelser ikke blive opklaret eller føre til retsforfølgning.
- 8 Supreme Court har fastslået følgende faktiske omstændigheder:
 - (i) Andre former for lagring af data ved hjælp af geografisk sporing eller på anden vis er ineffektive med henblik på at opfylde målene om forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af i det mindste visse former for grov kriminalitet, og kan desuden medføre en potentiel krænkelse af andre af den pågældendes rettigheder.
 - (ii) Målet om lagring af data ved hjælp af mindre indgribende midler end en generel ordning for lagring af data med forbehold af de nødvendige garantier er uigennemførligt i praksis, og
 - (iii) målene om forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af grov kriminalitet ville blive bragt i alvorlig fare, hvis der ikke fandtes en generel ordning for datalagring.

De væsentligste argumenter fremsat af parterne i hovedsagen

- 9 Sagsøgeren har gjort gældende, at section 6(1)(a) i loven af 2011, hvorefter telefoni-metadata blev lagret og tilgået og anerkendt som bevismidler i forbindelse med den straffesag, der var indledt mod ham, er ugyldig, idet den er uforenelig med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58.
- 10 Han har gjort gældende, at universel lagring af data er uacceptabel, uanset hvilke sikkerhedsforanstaltninger der indføres for adgangen til disse data. Han har endvidere anført, at adgangsordningen yder utilstrækkelig selvstændig beskyttelse mod uhensigtsmæssig adgang til data. Han har gjort gældende, at sikkerhedsforanstaltningerne i loven af 2011 er minimale, og at denne lovgivning ikke fastsætter klare og præcise regler, der angiver, under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser tjenesteudbydere skal give de nationale myndigheder adgang til data, således som Den Europæiske Unions Domstol kræver. Den nuværende ordning med selvcertificering af anmodninger om videregivelse af data, som anvendes af An Garda Síochána, opfylder navnlig ikke kravet om, at anmodninger om adgang skal være undergivet forudgående kontrol, der foretages af enten en domstol eller en uafhængig administrativ enhed, således som det er fastsat i præmis 120 i Tele2 Sverige-dommen.
- 11 De sagsøgte (herefter »staten«) har gjort gældende, at lovgivningen er gyldig. De har gjort gældende, at der bør anlægges en overordnet tilgang med henblik på at

afgøre, om den retlige ordning beskytter retten til respekt for privatlivets fred på en forholdsmæssig måde.

- 12 De sagsøgte har gjort gældende, at loven af 2011 fastsatte en detaljeret ramme for adgangen til de lagrede data. Staten har desuden gjort gældende, at TLU, der er funktionelt uafhængig af An Garda Síochána ved udførelsen af sine opgaver, opfylder kravet om en »uafhængig administrativ myndighed«, der foretager en forudgående gennemgang af anmodninger om adgang, og at dette system er forstærket af flere yderligere niveauer af retsligt tilsyn i form af den udpegede dommer, den fastsatte klageprocedure og domstolsprøvelsen.
- 13 De sagsøgte har desuden gjort gældende, at hvis loven af 2011 i sidste ende anses for at være uforenelig med EU-retten, bør den tidsmæssige virkning af enhver afgørelse, som Domstolen måtte træffe, kun gælde fremadrettet. De har gjort gældende, at dette er passende under hensyntagen til de særlige omstændigheder i den foreliggende sag, hvor staten på det tidspunkt i slutningen af 2013, hvor der blev givet adgang til de relevante data i hovedsagen, i henhold til EU-retten var forpligtet til at gennemføre bestemmelserne i direktivet af 2006 og opretholde en datalagringsordning som den, der er fastsat i loven af 2011. Endvidere har staten gjort gældende, at dette er hensigtsmæssigt under omstændigheder, hvor en afgørelse om uforenelighed uden nogen begrænsning af virkningen ville få betydelige konsekvenser for efterforskning og retsforfølgning af grov kriminalitet i Irland, både hvad angår de personer, der er blevet retsforfulgt og dømt, og for igangværende efterforskninger og retsforfølgning.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 14 Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse har til formål at få præciseret de EU-retlige krav vedrørende lagring af data med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet og de nødvendige sikkerhedsforanstaltninger ved adgang til disse data, henset til en medlemsstats kompetence på det strafferetlige område. Den forelæggende ret ønsker ligeledes at få præciseret rækkevidden og de tidsmæssige virkninger af det eventuelle anerkendelsessøgmål, som kunne indrømmes under de foreliggende omstændigheder i denne sag.
- 15 Supreme Court har anført, at loven af 2011 foreskrev lagring af alle de metadata, der var underlagt dens bestemmelser, hvilket tilsyneladende på daværende tidspunkt var et krav i medfør af EU-retten. Men hvis universel lagring som sådan er ulovlig, således som G.D. har gjort gældende, er loven af 2011 ikke i overensstemmelse med EU-retten. Hvis det på den anden side er hensigtsmæssigt med en bredere tilgang, således som staten har gjort gældende, skal formålet med ordningen i dens helhed og de omstændigheder, hvorunder adgangen er tilladt, undersøges, og det skal afgøres, om loven af 2011 udgør et forholdsmæssigt indgreb i retten til privatlivets fred, der er sikret ved EU-retten og chartret.
- 16 Supreme Court har anerkendt, at spørgsmålet om anerkendelse af bevismidler i en straffesag henhører under national ret. Spørgsmålet om gyldigheden af visse dele

af loven af 2011 er imidlertid et spørgsmål, der kan rejses ved en civil retssag. Desuden skal selve spørgsmålet om anerkendelse af bevismidler behandles i lyset af en (eventuel) konstatering af ugyldighed og dennes præcise karakter, rækkevidde, formål, anvendelsesområde og tidsmæssige virkning.

- 17 Under disse omstændigheder finder retten det nødvendigt at forelægge Den Europæiske Unions Domstol de ovenstående spørgsmål.

ARBEJDSDOKUMENT

Anonymiseret version

Oversættelse

C-339/20 - 1

Sag C-339/20

Anmodning om præjudiciel afgørelse

Dato for indlevering:

24. juli 2020

Forelæggende ret:

Cour de cassation (Frankrig)

Afgørelse af:

1. april 2020

Appellant:

VD

[Udelades]

DEN FRANSKE REPUBLIK

[udelades]

DOM AFSAGT AF COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE
(KASSATIONSDOMSTOL, AFDELINGEN FOR STRAFFESAGER),

af 1. april 2020

VD har iværksat appel til prøvelse af dom nr. 10 afsagt af chambre de l'instruction (undersøgelsesafdelingen) ved cour d'appel (appeldomstol) i Paris, 2. afdeling, den 20. december 2018, som, i sagen mod ham for insiderhandel og hvidvask, traf afgørelse om hans påstand om annullation af retsakter i proceduren.

[Udelades] [org. s. 2] [udelades] [processuelle elementer]

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

- 1 [Udelades] [*indledende bemærkninger*]
- 2 Ved en begæring om forundersøgelse af 22. maj 2014 blev der iværksat en forundersøgelse vedrørende forholdene insiderhandel og hæleri.
- 3 Denne forundersøgelse blev udvidet, ved en første supplerende begæring af 14. november 2014, til at omfatte insiderhandel og medvirken til og hemmeligholdelse af disse lovovertrædelser. Efter en anmeldelse foretaget den 23. og 25. september 2015 af generalsekretæren for Autorité des marchés financiers (AMF) (det franske finanstilsyn), bilagt en fremlæggelse af bilag fra en undersøgelse foretaget af denne uafhængige offentlige myndighed, som bl.a. indeholdt persondata vedrørende brugen af telefonlinjer, blev forundersøgelsen udvidet ved tre supplerende begæringer af 29. september og 22. december 2015, og dernæst af 23. november 2016, til at omfatte værdipapirerne CGG, Airgas og Air Liquide eller ethvert andet finansielt instrument med forbindelse til disse, til samme overtrædelser og til overtrædelserne medvirken, korrupsion og hvidvask.
- 4 Dernæst blev sagerne adskilt den 22. december 2015 for så vidt angik forholdene vedrørende værdipapirerne CGG og Airgas og dernæst, den 20. april 2017, alene for så vidt angik værdipapirerne CGG.
- 5 VD, som blev sigtet den 10. marts 2017 for insiderhandel og hvidvask vedrørende disse værdipapirer, indgav den 5. september 2017 en stævning med påstand om ugyldighed og indleverede den 19. oktober 2018 to processkrifter om annullation af procesakter.

Det første anbringende

- [Udelades]
- 6 [Udelades]. [**org. s. 3**]
 - 7 [Udelades]
[udelades]
 - 8 [Udelades]
 - 9 [Udelades] [*Anbringende om, at artikel L.465-1 i code monétaire et financier (loven om monetære og finansielle anliggender), er forfatningsstridig, med hensyn til hvilket Cour de cassation (kassationsdomstol) har fastslået, at det var uden genstand*]

Det andet og det tredje anbringende

[Udelades]

10 [Udelades]

11 [Udelades]

[udelades] **[org. s. 4]** [udelades]

12 [Udelades]

13 [Udelades]

[udelades]

14 [Udeladest]

15 [Udelades] **[org. s. 5]** [udelades] [*Anbringender om tilsidesættelse af artikel 6, stk. 1, i den europæiske menneskerettighedskonvention og af nationale bestemmelser, om manglende begrundelse og om manglende lovhjemmel, vedrørende manglende bilag om den oprindelige forundersøgelse i sagsakterne, som er blevet forkastet af Cour de cassation (kassationsdomstol)*]

Det fjerde anbringende

Anbringendets indhold

16 Anbringendet vedrører tilsidesættelse af artikel 6, stk. 1, og artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention, af artikel 7, artikel 8, artikel 11 og artikel 52 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, af artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002, af artikel L. 621-10 i code monétaire et financier, af artikel L. 14-1 og artikel R. 10-13 1 i code des postes et communications électroniques (lov om postvæsen og elektronisk kommunikation), af artikel 112-4 i code pénal (straffelov), af de indledende artikler, af samme lovs artikel 591 og artikel 593, manglende begrundelse og manglende lovhjemmel.

17 Med anbringendet anfægtes den appellerede dom, for så vidt som det heri blev fastslået, at søgsmålet var ugrundet, og for så vidt som der ikke skete annullation af et processkrift eller en processuel retsakt, selv om:

»1) den nationale ret for det første, når Den Europæiske Unions Domstol har fastslået, at en lovbestemmelse, der finder anvendelse på tvisten, er i modstrid med internationale konventioner eller traktater, skal træffe afgørelse i overensstemmelse med afgørelsen om modstrid; cour d'appel (appeldomstol) ved at fastslå, at »bestemmelserne i artikel L. 621-10 ikke er i strid med artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor«, når

den burde lægge til grund, at artikel L. 621-10 i code monétaire et financier er i modstrid med internationale konventioner eller traktater, tilsidesatte de førnævnte love.

2) enhver dom for det andet, og under alle omstændigheder, skal indeholde en begrundelse for dens afgørelse, selv om en utilstrækkelig begrundelse er lig med manglende begrundelse, selv om dommerne i første instans ved, med henblik på at forkaste VD's stævning om ugyldighed, baserede sig på en dom fra Den Europæiske Unions Domstol af 2. oktober 2018, uden at redegøre for, hvorledes den nævnte retspraksis, som blev lagt til grund heri, i det foreliggende tilfælde udelukkede anvendelsen af afgørelsen om, at artikel L. 621-10 i code monétaire et financier var i modstrid med internationale konventioner eller traktater, tilsidesatte indholdet og rækkevidden af de førnævnte love.«

Cour de cassations (kassationsdomstol) svar

- 18 Med henblik på at forkaste indsigelsen om, at artikel L. 621-10 i code monétaire et financier og artikel L. 34-1 i code des postes et communications électroniques er i strid med direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002, sammenholdt med Den Europæiske Unions Domstols praksis, bemærker Cour de cassation (kassationsdomstol), efter [org. s. 6] at have henvist til de omstændigheder, hvorunder personoplysningerne vedrørende bl.a. VD blev indsamlet, at artikel L. 621-10 i code monétaire et financier, som forbeholder ansatte hos en administrativ myndighed, som har beføjelse og er underlagt tavshedspligt, bemyndigelse til at indhente forbindelsesdata, ikke er i strid med artikel 15, stk. 1, i førnævnte direktiv.
- 19 Cour de cassation (kassationsdomstol) lægger til grund, at det forholder sig ligeledes med bestemmelserne i artikel L.34-1 i code des postes et communications électroniques, på grund af de begrænsninger, der følger af artikel R. 10-3 I, både for så vidt angår de oplysninger, der skal lagres af operatørerne, som for så vidt angår varigheden af lagringen af disse.
- 20 Cour de cassation (kassationsdomstol) har fremhævet, at artikel 23, stk. 2, litra h), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 596/2014 af 16. april 2014 om markedsmisbrug gør det muligt for de kompetente myndigheder, såfremt det er tilladt i henhold til national ret, at kræve at få udleveret fortegnelser over datatrafik hos en telekommunikationsoperatør, når der er begrundet mistanke om en overtrædelse, og når sådanne fortegnelser kan være af relevans for undersøgelsen af en overtrædelse af artikel 14, litra a) eller b), vedrørende forbud mod at deltage i eller forsøge at deltage i insiderhandel eller at anbefale eller tilskynde, at en anden person deltager i insiderhandel, eller af artikel 15 om forbud mod markedsmanipulation.
- 21 Cour de cassation (kassationsdomstol) har heraf udledt, at ugyldighed ikke kan følge af anvendelsen af bestemmelser, der er i overensstemmelse med en EU-

forordning, som er en almenyldig EU-retsakt, hvis bestemmelser er bindende og finder direkte anvendelse i medlemsstaternes retsorden på alle retssubjekter.

- 22 Appellanten har til støtte for påstanden om kassation af den appellerede dom nærmere bestemt gjort gældende, at oplysningerne i strid med førnævnte direktiv 2002/58/CE, således som fortolket af Den Europæiske Unions Domstol, blev indsamlet på grundlag af førnævnte love, som fastsætter en generel og unuanceret lagring af oplysningerne, og at bestemmelserne i artikel L. 621-10 i code monétaire et financier, i dens affattelse efter lov af 26. juli 2013, ikke fastsætter nogen begrænsning af AMF's undersøgelses ret til at få tilsendt de lagrede oplysninger.
- 23 Generaladvokaten har vedrørende dette punkt konkluderet, at det er nødvendigt at forelægge Den Europæiske Unions Domstol to spørgsmål, det første om, hvorvidt betingelserne for private operatørs lagring af personlige forbindelsesdata er i overensstemmelse med de gældende bestemmelser, det andet om hvorvidt dette ligeledes er tilfældet for så vidt angår de betingelser for AMF's adgang til disse, der er fastsat i førnævnte artikel L. 621-10, i den affattelse, der var gældende på dette tidspunkt, henset til bestemmelserne i forordning (EU) nr. 596/2014 af 16. april [org. s. 7] 2014 om markedsmissbrug og de forpligtelser, der følger heraf for medlemsstaterne, en forordning, som ophævede Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/6/EF af 28. januar 2003 om insiderhandel og kursmanipulation.
- 24 Appellanten har heroverfor gjort gældende, at det er ufornuddent at forelægge Den Europæiske Unions Domstol et præjudicielt spørgsmål, eftersom denne retsinstant allerede klart har udtalt sig om forståelsen af direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002.
- 25 Undersøgelsen af anbringendet nødvendiggør en sondring mellem de nærmere regler for adgangen til forbindelsesdata og de nærmere regler for lagring af disse.

Adgang til forbindelsesdata

- 26 Den Europæiske Unions Domstol fastslog i sin afgørelse Tele 2 Sverige af 21. december 2016 (forenede sager C-203/15 og C-698/15), at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 7, artikel 8, artikel 11 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at »bestemmelsen er til hinder for en national lovgivning, der regulerer beskyttelsen af og sikkerheden vedrørende trafikdata og lokaliseringsdata [...] 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« (præmis 125).
- 27 Conseil constitutionnel (forfatningsråd) fastslog for sit vedkommende ved afgørelse af 21. juli 2017, at første afsnit i artikel L. 621-10 i code monétaire et financier var forfatningsstridigt med den begrundelse, at AMF's adgangsprocedure, således som den forelå på tidspunktet for de faktiske

omstændigheder, ikke var i overensstemmelse med den ret til respekt for privatlivet, der er beskyttet ved artikel 2 i menneske- og borgerrettighedserklæringen. Eftersom en øjeblikkelig ophævelse af de omtvistede bestemmelser imidlertid ville have konsekvenser, som åbenlyst var for vidtgående, udsatte Conseil constitutionnel (forfatningsråd) denne ophævelse til den 31. december 2018. Lovgiver udledte konsekvenserne af, at forfatningsstridigheden blev fastslået, og indførte ved lov nr. 2018-898 af 23. oktober 2018 en ny artikel L. 621-10-2 om indførelse af udstedelse af en forudgående tilladelse fra en anden uafhængig administrativ myndighed, benævnt »kontrollør af adgangsansøgninger«, til enhver adgang til forbindelsesdata, som gives til AMF's undersøgere.

- 28 Henset til den tidsmæssige udsættelse af retsvirkningerne af Conseil constitutionnels (forfatningsråd) afgørelse, kan der ikke udledes nogen ugyldighed af, at de lovgivningsbestemmelser, der fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, var forfatningsstridige. Selv om AMF derimod ifølge artikel L. 621-1 i code [org. s 8] monétaire et financier, både i den affattelse, der fandt anvendelse på tidspunktet for de omtvistede retsakter, og i dens nuværende affattelse, er »en uafhængig offentlig myndighed«, er den mulighed, som stod til rådighed for dens undersøgere til at opnå forbindelsesdata uden forudgående kontrol foretaget af en ret eller en anden uafhængig administrativ myndighed ikke i overensstemmelse med de krav, der er opstillet i artikel 7, artikel 8 og artikel 11 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, således som fortolket af Den Europæiske Unions Domstol.
- 29 Det eneste spørgsmål, som rejses, vedrører muligheden for en tidsmæssig udsættelse af konsekvenserne af, at artikel L. 621-10 i code monétaire et financier er konventionsstridig.

Lagring af forbindelsesdata

- 30 Den Europæiske Unions Domstol fastslog i sin afgørelse Tele 2 Sverige af 21. december 2016 (forenede sager C-203/15 og C-698/15), at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at »bestemmelsen 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«.
- 31 I det foreliggende tilfælde blev adgangen til de lagrede data iværksat af AMF, som havde mistanke om insiderhandel og markedsmisbrug, der kan udgøre flere alvorlige straffelovovertrædelser, og som, af hensyn til sin undersøgelses effektivitet, havde behov for at samkøre forskellige data, der havde været lagret i en vis tid, og som gjorde det muligt at afdække interne oplysninger mellem flere brugere, som afslørede eksistensen af ulovlige praksis på området.

- 32 Disse undersøgelser, som blev foretaget af AMF, opfylder de forpligtelser, som medlemsstaterne blev pålagt ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/6/EF af 28. januar 2003 om insiderhandel og kursmanipulation (markedsmisbrug), som pålagde dem at udpege én administrativ myndighed, hvis beføjelser, som er fastsat i artikel 12, stk. 2, litra d), omfatter beføjelsen til at kræve »oplysninger om foreliggende telefonsamtaler og foreliggende datatrafik«.
- 33 Forordning (EU) nr. 596/2014 af 16. april 2014 om markedsmisbrug, der erstattede førnævnte direktiv fra den 3. juli 2016, fastsætter, således som det fremgår af dens formål, som er defineret i artikel 1, eksistensen af »et fælles regelsæt for insiderhandel, uretmæssig videregivelse af intern viden og markedsmanipulation samt for [org. s. 9] foranstaltninger til at forhindre markedsmanipulation [...] for at sikre de finansielle markeders integritet i Unionen og forbedre investorbekyttelsen og tilliden til disse markeder«.
- 34 Forordningen bestemmer, i artikel 23, stk. 2, litra g) og h), at den kompetente myndighed kan kræve at få udleveret optagelser af telefonsamtaler, elektronisk kommunikation eller fortegnelse over datatrafik hos investeringsselskaber, kreditinstitutter eller finansieringsinstitutter.
- 35 Den kan også kræve, såfremt det er tilladt i henhold til national ret, at få udleveret fortegnelser over datatrafik hos en telekommunikationsoperatør, når der er begrundet mistanke om en overtrædelse, og når sådanne fortegnelser kan være af relevans for undersøgelsen af en overtrædelse af artikel 14, litra a) eller b), om insiderhandel og uretmæssig videregivelse af intern viden, eller af artikel 15 om markedsmanipulation.
- 36 I denne forordning fremhæves ligeledes (65. betragtning), at disse forbindelsesdata udgør yderst vigtigt – og undertiden det eneste – bevismateriale, der kan afsløre og bevise insiderhandel og markedsmanipulation, eftersom de gør det muligt at fastslå identiteten af en person, som er ansvarlig for videregivelse af urigtige eller vildledende oplysninger, eller at personer har været i kontakt med hinanden på et bestemt tidspunkt, og at der er en forbindelse mellem to eller flere personer.
- 37 Idet det i forordningen anføres, at udøvelsen af sådanne beføjelser kan udmønte sig i indgreb i retten til respekt for privat- og familieliv, hjemmet og kommunikation, pålægger den medlemsstaterne at have passende og effektive beskyttelsesmekanismer mod misbrug, ved at begrænse de nævnte beføjelser alene til de tilfælde, hvor de er nødvendigt for en ordentlig undersøgelse af alvorlige sager, hvor medlemsstaterne ikke råder over tilsvarende midler til reelt at opnå samme resultat, hvoraf det følger, at visse tilfælde af markedsmisbrug, der er omfattet af denne lov, skal anses for at være alvorlige overtrædelser (66. betragtning).

- 38 I det foreliggende tilfælde var de interne oplysninger, der kunne karakterisere det objektive gerningsindhold i ulovlig praksis på markedsområdet, i det væsentlige mundtlige og hemmelige.
- 39 Herefter opstår spørgsmålet om, hvorledes artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 7, artikel 8 og artikel 11 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal forenes med de krav, der er opstillet i de førnævnte bestemmelser i direktiv 2003/6 og i forordning nr. 596/2014. **[Org. s. 10]**
- 40 Med henblik på at besvare et sådant spørgsmål synes den eksisterende retspraksis ikke at frembyde den nødvendige klarhed inden for denne nye retlige og faktiske ramme, således at det ikke er muligt at fastslå, at den korrekte anvendelse af EU-retten ikke lader plads til nogen rimelig tvivl. Derfor skal Domstolen høres.
- 41 I tilfælde af, at Domstolens svar medfører, at Cour de cassation (kassationsdomstol) finder, at den franske lovgivning om lagring af forbindelsesdata ikke er i overensstemmelse med EU-retten, er det hensigtsmæssigt at stille spørgsmålet, om retsvirkningerne af denne lovgivning vil kunne opretholdes midlertidigt for at undgå en retlig usikkerhed og for at gøre det muligt, at de tidligere indsamlede og lagrede data anvendes til et af de formål, der er omhandlet i denne lovgivning.
- 42 Derfor forelægges Den Europæiske Unions Domstol de følgende præjudicielle spørgsmål, der er nævnt i domskonklusionen.

PÅ GRUNDLAG AF DISSE PRÆMISSER

[udelades] [*afvisning af det andet og tredje anbringende*]

[udelades] [*første anbringende fastslås at være uden genstand*]

FORELÆGGES Den Europæiske Unions Domstol følgende spørgsmål:

1) Indebærer artikel 12, stk. 2, litra a) og d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/6/EF af 28. januar 2003 om insiderhandel og kursmanipulation, samt artikel 23, stk. 2, litra g) og h), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 596/2014 af 16. april 2014 om markedsmissbrug, som erstattede det første direktiv fra den 3. juli 2016, sammenholdt med 65. betragtning til denne forordning, henset til den skjulte karakter af de udvekslede oplysninger og til den generelle karakter af den offentlighed, der kan omhandles, mulighed for den nationale lovgiver for at pålægge operatører af elektroniske kommunikationer en midlertidig, men generel lagring af forbindelsesdata for at gøre det muligt for den administrative myndighed, der er nævnt i direktivets artikel 11 og i forordningens artikel 22, når der foreligger grund til at mistænke visse personer for at være involveret i insiderhandel eller kursmanipulation, af operatøren at kræve at få udleveret fortegnelser over datatrafik i de tilfælde, hvor der er begrundet mistanke om, at disse fortegnelser, som har sammenhæng med genstanden for

undersøgelsen, kan vise sig at være relevante med henblik på at bevise, at der foreligger en tilsidesættelse, ved bl.a. at gøre det muligt [org. s. 11] at spore de kontakter, som der har været mellem de berørte inden at der opstod en mistanke?

2) I tilfælde af, at Domstolens svar medfører, at Cour de cassation (kassationsdomstol) finder, at den franske lovgivning om lagring af forbindelsesdata ikke er i overensstemmelse med EU-retten, vil retsvirkningerne af denne lovgivning da kunne opretholdes midlertidigt for at undgå en retlig usikkerhed og for at gøre det muligt, at de tidligere indsamlede og lagrede data anvendes til et af de formål, der er omhandlet i denne lovgivning?

3) Kan en national ret midlertidigt opretholde retsvirkningerne af en lovgivning, som gør det mulig for ansatte hos en uafhængig administrativ myndighed, der har til formål at lede undersøgelser på området for markedsmisbrug, uden forudgående kontrol foretaget af en ret eller af en anden uafhængig administrativ myndighed at få tilsendt forbindelsesdata?

[Udelades] [*afgørelsen om det fjerde anbringende udsættes*]

[Udelades]

ARBEJDSDOKUMENT

Sag C-397/20**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

20. august 2020

Forelæggende ret:

Cour de cassation (Frankrig)

Afgørelse af:

1. april 2020

Kassationsappellant:

SR

I. Hovedsagens genstand

- 1 Hovedsagens genstand er en stævning med påstand om annullation af procedurehandlinger gennemført i forbindelse med en retslig forundersøgelse vedrørende insiderhandel. Kassationsappellanten har bl.a. anfægtet anvendelsen af forbindelsesdata på grundlag af nationale regler, som han anser for at være i strid med EU-retten (direktiv 2002/58/EF), chartret om grundlæggende rettigheder og den europæiske menneskerettighedskonvention.

II. Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

- 2 For at kunne træffe afgørelse i hovedsagen finder Cour de cassation det nødvendigt at forelægge Den Europæiske Unions Domstol spørgsmål i henhold til artikel 267 TEUF vedrørende fortolkningen af EU-retlige bestemmelser om markedsmissbrug, og hvorledes de kan forenes med kravene om beskyttelse af personoplysninger samt, i givet fald, muligheden for midlertidigt at opretholde virkningerne af en national lovgivning om bekæmpelse af et sådant misbrug, såfremt det måtte fastslås, at den er i strid med EU-retten.

III. Præjudicielle spørgsmål

»1) Indebærer artikel 12, stk. 2, litra a) og d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/6/EF af 28. januar 2003 om insiderhandel og kursmanipulation samt artikel 23, stk. 2, litra g) og h), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 596/2014 af 16. april 2014 om markedsmisbrug, som erstattede førstnævnte direktiv fra den 3. juli 2016, sammenholdt med 65. betragtning til denne forordning, ikke – henset til den omstændighed, at de udvekslede oplysninger er hemmelige, og den store del af offentligheden, der kan blive involveret – at den nationale lovgiver har mulighed for at pålægge operatører inden for elektronisk kommunikation en midlertidig, men generel lagring af forbindelsesdata for at give den i direktivets artikel 11 og forordningens artikel 22 omhandlede administrative myndighed mulighed for, når der i forhold til visse personer er begrundet mistanke om, at de er involveret i insiderhandel eller kursmanipulation, at kræve, at operatøren udleverer de foreliggende fortegnelser over datatrafik, såfremt der er begrundet mistanke om, at disse fortegnelser med tilknytning til genstanden for undersøgelsen kan være relevante for at bevise overtrædelsen, bl.a. ved at give mulighed for at spore de pågældendes kontakter, før mistanken opstod?

2) Såfremt Domstolens besvarelse af det første spørgsmål måtte foranledige Cour de cassation til at fastslå, at den franske lovgivning om lagring af forbindelsesdata ikke er i overensstemmelse med EU-retten, kan virkningerne af denne lovgivning da midlertidigt opretholdes for at forhindre retsusikkerhed og give mulighed for, at de data, som tidligere er indsamlet og lagret, anvendes til et af de i denne lovgivning omhandlede formål?

3) Kan en national domstol midlertidigt opretholde virkningerne af en lovgivning, som giver de ansvarlige i en uafhængig administrativ myndighed, der har til opgave at foretage undersøgelser vedrørende markedsmisbrug, mulighed for at få adgang til forbindelsesdata uden forudgående kontrol foretaget af en domstol eller af en anden uafhængig administrativ myndighed?«

IV Retsforskrifter

1. EU-retlige bestemmelser

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)

Artikel 15 [Der henvises til denne bestemmelse, men dens ordlyd er ikke gengivet i anmodningen om præjudiciel afgørelse]

Cour de cassation præciserer, at disse forbindelsesdata er data, der er genereret eller bearbejdet efter en kommunikation, og som vedrører omstændighederne omkring denne og brugerne af tjenesten, dog ikke oplysninger om kommunikationens indhold.

V. Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 3 Den 22. maj 2014 blev der indledt en forundersøgelse vedrørende forhold kvalificeret som insiderhandel og hæleri.
- 4 Efter en anmeldelse indgivet den 23. og 25. september 2015 af generalsekretæren for Autorité des marchés financiers (finanstilsynet, herefter »AMF«) sammen med dokumenter, der hidrørte fra denne uafhængige offentlige myndigheds undersøgelse, som bl.a. omfattede personoplysninger vedrørende anvendelsen af telefontjenester, blev efterforskningen udvidet til at omfatte CGG-, Airgas- og Air Liquide-aktier og ethvert andet finansielt instrument relateret til disse selskaber vedrørende forhold med de samme kvalificeringer som de ovenstående samt medvirken, korrupktion og hvidvaskning af penge.
- 5 De ansvarlige i AMF baserede indsamlingen af dataene vedrørende ovennævnte anvendelse af telefontjenester på artikel L. 621-10 i code monétaire et financier.
- 6 Efter at kassationsappellanten den 29. maj 2017 var blevet sigtet for insiderhandel i forbindelse med forhold vedrørende Airgas-aktier og finansielle instrumenter relateret til Airgas, indgav han den 28. november 2017 en stævning med påstand om annullation af procedurehandlinger.
- 7 Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris (undersøgelsesafdelingen ved cour d'appel de Paris) tog stilling til denne påstand i en dom af 7. marts 2019.
- 8 Kassationsappellanten har iværksat kassationsanke til prøvelse af denne dom.
- 9 Af de fire anbringender, som han har fremført, er det første, det tredje og det fjerde anbringende blevet forkastet i forelæggelsesafgørelsen, og de er ikke relevante for den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse.
- 10 Det andet anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 6 og 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention (EMRK), artikel 15 i direktiv 2002/58, artikel 7, 8, 11 og 52 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, artikel L. 34-1 og R. 10-13 i code des postes et des communications électroniques, artikel L. 621-10 i code monétaire et financier, som affattet ved lov nr. 2013-672 af 26. juli 2013, artikel 591 og 593 i code de procédure pénale (strafferetsplejeploven) samt princippet om EU-rettens forrang og princippet om loyalitet i bevisførelsen.

VI. De væsentligste argumenter, der er fremført af sagsøgeren i hovedsagen

- 11 Kassationsappellanten har anfægtet den appellerede dom, idet den forkastede anbringendet om, at artikel 34-1 i code des postes et des communications électroniques og artikel L. 621-10 i code monétaire et financier ikke er i overensstemmelse med direktiv 2002/58 og EMRK's artikel 8.
- 12 Kassationsappellanten har gjort gældende, at Domstolen i dom af 2. oktober 2018, Ministerio Fiscal (C-207/16, EU:C:2018:788, præmis 35), fastslog, at »artikel 15 stk. 1, sammenholdt med artikel 3 i direktiv 2002/58, skal fortolkes således, at det ikke kun er en retsforskrift, der pålægger udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester at lagre trafikdata og lokaliseringsdata, der er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, men også en retsforskrift, der vedrører de nationale myndigheders adgang til de data, som lagres af disse udbydere«.
- 13 I dom af 21. december 2016, Tele2 Sverige og Watson m.fl. (C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970), fastslog Domstolen, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 »nødvendigvis [forudsætter], at de heri omhandlede nationale foranstaltninger, såsom foranstaltninger vedrørende lagring af data med henblik på bekæmpelse af kriminalitet, er omfattet af direktivets anvendelsesområde« (præmis 73). Idet chambre de l'instruction lagde til grund, at de anfægtede nationale bestemmelser ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/58, med den begrundelse, »at [...] deres rækkevidde ifølge EU-Domstolen tilsyneladende ligger uden for bestemmelserne i direktivets artikel 1, stk. 3,« tilsidesatte den Domstolens fortolkning af dette direktiv.
- 14 I samme dom af 21. december 2016, Tele2 Sverige og Watson m.fl., fastslog Domstolen, at artikel 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« (præmis 112). Heraf følger, at den nationale lovgivning skal »fastsætte klare og præcise regler, der regulerer rækkevidden og anvendelsen af en sådan foranstaltning om lagring af data, og som opstiller en række mindstekrav«, og »navnlig [skal] angive, under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser der i forebyggende øjemed kan vedtages en foranstaltning om lagring af data, hvorved det sikres, at en sådan foranstaltning begrænses til det strengt nødvendige« (præmis 109). I øvrigt er det nødvendigt, at lagringen af dataene opfylder »objektive kriterier, som fastlægger et forhold mellem de data, der skal lagres, og det forfulgte mål«, samt materielle betingelser, som »faktisk kan afgrænse omfanget af foranstaltningen og følgelig den berørte personkreds« (præmis 119). Ved at afvise at annullere kassationsappellantens telefonidata, som AMF havde indsamlet i henhold til artikel L. 34-1 og R. 10-13 i code des postes et des communications, tilsidesatte chambre de l'instruction således nævnte bestemmelse, eftersom disse bestemmelser fastsætter en generel og udifferentieret lagring af data, der udgør et alvorligt indgreb i retten til respekt for privatlivets

fred og ikke fastsætter nogen garanti, der kan afgrænse omfanget af lagringen til en personkreds eller til data, som rent faktisk er knyttet til grov kriminalitet.

- 15 Ligeledes i dom af 21. december 2016, Tele2 Sverige og Watson m.fl. (C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970), fastslog Domstolen, at »[d]a de retsfor skrifter, der er omhandlet i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, [...] skal være »omfattet af passende beskyttelsesordninger«, skal en sådan foranstaltning [...] fastsætte klare og præcise regler, der angiver, under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser udbyderne af elektroniske kommunikationstjenester skal give de kompetente nationale myndigheder adgang til de pågældende data« (præmis 117). Ved at afvise at annullere kassationsappellantens telefonidata, som teleoperatørerne havde fremsendt til AMF's efterforskere på grundlag af artikel L. 621-10, andet punktum, i code monétaire et financier, tilsidesatte chambre de l'instruction derfor artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, eftersom disse nationale bestemmelser ikke fastsætter nogen grænse for disse efterforskere ret til at blive meddelt de af telekommunikationsoperatørerne lagrede og behandlede data og ikke fastsætter »garantier, der kan sikre en rimelig afvejning mellem på den ene side retten til respekt for privatlivets fred og på den anden side forhindring af forstyrrelser af den offentlige orden og eftersøgning af gerningsmænd til strafbare handlinger«, således som Conseil constitutionnel bemærkede, idet den fastslog, at de ikke var i overensstemmelse med forfatningen (afgørelse nr.°2017-646/647, et prioriteret spørgsmål om forfatningsmæssighed af 21.7.2017).
- 16 Kassationsappellanten har gjort gældende, at en offentlig myndigheds indgreb i retten til respekt for privatlivets fred bør være nødvendigt og forholdsmæssigt. Chambre de l'instruction kunne således ikke uden at tilsidesætte menneskerettighedskonventionens artikel 8 afvise at annullere kassationsappellantens telefonidata, eftersom de var blevet lagret af telefonioperatørerne og derefter fremsendt til AMF's efterforskere på grundlag af nationale retsfor skrifter, der ikke fastsætter tilstrækkelige garantier, som kan begrænse misbrug.

VII. Begrundelse for forelæggelsen

- 17 Chambre de l'instructions dommere har med henblik på at forkaste anbringendet om, at artikel L. 621-10 i code monétaire et financier og artikel L. 34-1 i code des postes et communications électroniques er i strid med internationale konventioner i forhold til kravene i direktiv 2002/58, sammenholdt med Domstolens praksis – efter at have gjort opmærksom på de omstændigheder, hvorunder personoplysningerne er blevet indsamlet – bemærket, at artikel L. 621-10 i code monétaire et financier, som indrømmer de ansvarlige i en administrativ myndighed, med bemyndigelse hertil og under iagttagelse af tavshedspligt, beføjelse til at få adgang til forbindelsesdata, ikke synes at være i strid med det ovennævnte direktivs artikel 15, stk. 1.

- 18 Ifølge dommerne er det samme tilfældet hvad angår bestemmelserne i artikel L.34-1 i code des postes et communications électroniques henset til de begrænsninger, som følger af artikel R. 10-3 I både hvad angår de data, som operatørerne skal lagre, og lagringens varighed.
- 19 De har fremhævet, at artikel 23, stk. 1, litra h), i forordning nr. 596/2014 om markedsmissbrug giver de kompetente myndigheder mulighed for at kræve, såfremt det er tilladt i henhold til national ret, at få udleveret fortegnelser over datatrafik hos en telekommunikationsoperatør, når der er begrundet mistanke om en overtrædelse, og når sådanne fortegnelser kan være af relevans for undersøgelsen af en overtrædelse af artikel 14, litra a) eller b), vedrørende forbud mod at deltage i eller forsøge at deltage i insiderhandel eller at anbefale, at en anden person deltager i insiderhandel, eller at tilskynde en anden person til at deltage i insiderhandel, eller af artikel 15 om forbud mod markedsmanipulation.
- 20 Heraf udleder dommerne, at anvendelsen af bestemmelser, som er i overensstemmelse med en EU-forordning, en EU-retsakt, som er generel, bindende i alle bestemmelser og finder direkte anvendelse i medlemsstaternes retsorden for alle retssubjekter, ikke kan medføre ophævelse.
- 21 Med henblik på kassation af den appellerede dom har kassationsappellanten i det væsentlige gjort gældende, at dataene under tilsidesættelse af ovennævnte direktiv 2002/58/EF, som fortolket af Domstolen, er blevet indsamlet på grundlag af de ovennævnte bestemmelser, som fastsætter en generel og udifferentieret lagring af data, og at bestemmelsen i artikel L. 621-10 i code monétaire et financier, som affattet ved lov af 26. juli 2013, ikke fastsætter nogen begrænsning for AMF's efterforskeres ret til at indhente de lagrede data.
- 22 Hvad dette angår finder generaladvokaten det nødvendigt at forelægge Domstolen to spørgsmål, dels spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne for private aktørers lagring af personlige forbindelsesdata er i overensstemmelse med internationale konventioner, dels spørgsmålet vedrørende betingelserne for AMF's adgang til disse, som er fastsat i artikel L. 621-10, nævnt ovenfor, i den affattelse, der var gældende på det pågældende tidspunkt, henset til bestemmelserne i forordning nr. 596/2014 om markedsmissbrug og medlemsstaternes forpligtelser som følge heraf, idet denne forordning ophævede Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/6 af 28. januar 2003 om insiderhandel og kursmanipulation.
- 23 Kassationsappellanten har i replikken anført, at Domstolen ikke bør forelægges et præjudicielt spørgsmål, eftersom den allerede har udtrykt sig tydeligt om fortolkningen af direktiv 2002/58.
- 24 For at behandle anbringendet er det nødvendigt at sondre mellem de nærmere bestemmelser for henholdsvis adgang til og lagring af forbindelsesdata.

a) *Adgang til forbindelsesdata*

- 25 I dom af 21. december 2016, Tele2 Sverige og Watson m.fl. (C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970), fastslog Domstolen, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder skal fortolkes således, at den *»er til hinder for en national lovgivning, der regulerer beskyttelsen af og sikkerheden vedrørende trafikdata og lokaliseringsdata [...], 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«* (præmis 125).
- 26 Conseil constitutionnel fastslog ved afgørelse af 21. juli 2017, at artikel L. 621-10, stk. 1, i code monétaire et financier er forfatningsstridig med den begrundelse, at den på tidspunktet for de faktiske omstændigheder gældende procedure for AMF's adgang ikke var i overensstemmelse med retten til respekt for privatlivets fred, som er beskyttet ved menneske- og borgerrettighedserklæringens artikel 2. Henset til, at en øjeblikkelig ophævelse af de anfægtede bestemmelser ville have åbenbart urimelige konsekvenser, udsatte Conseil constitutionnel imidlertid denne ophævelse til den 31. december 2018. Som konsekvens af denne erklæring om forfatningsstridighed indførte lovgiver ved lov nr. 2018-898 af 23. oktober 2018 en ny artikel L. 621-10-2, der fastsætter et krav om, at en anden uafhængig administrativ myndighed med betegnelsen *»contrôleur des demandes d'accès«* på forhånd skal give AMF's efterforskere tilladelse til at få adgang til forbindelsesdata.
- 27 Henset til de udskudte virkninger af Conseil constitutionnels afgørelse må det lægges til grund, at det ikke kan udledes af den omstændighed, at de på tidspunktet for de faktiske omstændigheder gældende lovforskrifter var forfatningsstridige, at afgørelsen bør ophæves. Selv om AMF ifølge artikel L. 621-1 i code monétaire et financier både i den affattelse, der var gældende på tidspunktet for de omtvistede retsakter, og i sin nuværende affattelse er *»en uafhængig offentlig myndighed«*, var AMF's efterforskeres mulighed for at få adgang til forbindelsesdata uden en forudgående kontrol foretaget af en domstol eller en anden uafhængig administrativ myndighed derimod ikke i overensstemmelse med kravene i artikel 7, 8 og 11 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder som fortolket af Domstolen.
- 28 Det eneste spørgsmål, der rejser sig, vedrører muligheden for at udskyde konsekvenserne af, at artikel L. 621-10 i code monétaire et financier er i strid med internationale konventioner.

b) Lagring af forbindelsesdata

- 29 I dom af 21. december 2016, Tele2 Sverige og Watson m.fl. (C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970), fastslog Den Europæiske Unions Domstol, at artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, skal fortolkes således, at *»bestemmelsen 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«* (præmis 112).
- 30 I den foreliggende sag krævede AMF adgang til de lagrede data ud fra en mistanke om insiderhandel og markedsmisbrug, som kunne være omfattet af adskillige grove strafferetlige kvalificeringer, og havde af hensyn til undersøgelsens effektivitet behov for at sammenholde forskellige lagrede data vedrørende et bestemt tidsrum, således det var muligt at afdække intern viden udvekslet mellem flere parter, som afslørede ulovlig praksis på dette område.
- 31 AMF's undersøgelser opfylder de forpligtelser, som påhviler staterne i medfør af direktiv 2003/6, der pålægger dem at udpege én administrativ myndighed, hvis beføjelser, der defineres i artikel 12, stk. 2, litra d), omfatter at kræve »oplysninger om foreliggende telefonsamtaler og foreliggende datatrafik«.
- 32 Forordning nr. 596/2014 af 16. april 2014 om markedsmisbrug, der fra den 3. juli 2016 erstattede ovennævnte direktiv, fastsætter – som anført i artikel 1, der definerer forordningens genstand – »et fælles regelsæt for insiderhandel, uretmæssig videregivelse af intern viden og markedsmanipulation samt for foranstaltninger til at forhindre markedsmanipulation [...] for at sikre de finansielle markeds integritet i Unionen og forbedre investorbekyttelsen og tilliden til disse markeder«.
- 33 Forordningens artikel 23, stk. 2, litra g) og h), bestemmer, at den kompetente myndighed kan kræve at få udleveret optagelser af telefonsamtaler, elektronisk kommunikation eller fortegnelse over datatrafik hos investeringsselskaber, kreditinstitutter eller finansieringsinstitutter.
- 34 Den kan ligeledes, såfremt det er tilladt i henhold til national ret, kræve at få udleveret fortegnelser over datatrafik hos en telekommunikationsoperatør, når der er begrundet mistanke om en overtrædelse, og når sådanne fortegnelser kan være af relevans for undersøgelsen af en overtrædelse af artikel 14, litra a) eller b), om insiderhandel og uretmæssig videregivelse af intern viden eller artikel 15 om markedsmanipulation.
- 35 Denne retsakt fremhæver desuden (65. betragtning), at disse forbindelsesdata udgør yderst vigtigt – og undertiden det eneste – bevismateriale, der kan afsløre og bevise insiderhandel og markedsmanipulation, da de giver mulighed for at fastslå identiteten af en person, som er ansvarlig for videregivelse af urigtige eller

vildledende oplysninger, eller at personer har været i kontakt med hinanden på et bestemt tidspunkt, og at der er en forbindelse mellem to eller flere personer.

- 36 Idet den anfører, at udøvelsen af disse beføjelser kan udmønte sig i indgreb i retten til respekt for privat- og familieliv, hjemmet og kommunikation, foreskriver den, at medlemsstaterne skal have passende og effektive beskyttelsesmekanismer mod misbrug ved at begrænse disse beføjelser til tilfælde, hvor det er nødvendigt for en ordentlig undersøgelse af alvorlige sager, hvor der ikke findes tilsvarende midler til reelt at opnå samme resultat, hvilket medfører, at visse tilfælde af markedsmisbrug, der er omhandlet af denne retsakt, bør anses for alvorlige overtrædelser (66. betragtning).
- 37 I den foreliggende sag var den interne viden, som kan karakterisere det materielle indhold af ulovlig praksis hvad angår markedet, i sagens natur mundtlig og fortrolig.
- 38 Dette rejser således spørgsmålet om, hvorledes artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 7, 8 og 11 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, kan forenes med de krav, som er opstillet i de ovennævnte bestemmelser i direktiv 2003/6 og forordning 596/2014.
- 39 Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål synes gældende retspraksis ikke at kaste det nødvendige lys over spørgsmålet inden for denne retlige og faktiske baggrund, som er uden fortilfælde, hvorfor det ikke kan lægges til grund, at der ikke er rimelig tvivl om den korrekte anvendelse af EU-retten. Følgelig bør spørgsmålet forelægges for Domstolen.
- 40 Såfremt Domstolens besvarelse af det første spørgsmål måtte foranledige Cour de cassation til at fastslå, at den franske lovgivning om lagring af forbindelsesdata ikke er i overensstemmelse med EU-retten, er det hensigtsmæssigt at forelægge spørgsmålet om, hvorvidt virkningerne af denne lovgivning midlertidigt kan opretholdes for at forhindre retsusikkerhed og give mulighed for, at de data, som tidligere er indsamlet og lagret, anvendes til et af de i denne lovgivning omhandlede formål.
- 41 Den Europæiske Unions Domstol bør ligeledes forelægges følgende præjudicielle spørgsmål, anført ovenfor.

Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Finanzgericht Köln (Tyskland) den 23. oktober 2019 – The North of England P & I Association Ltd., også som efterfølger for Marine Shipping Mutual Insurance Company mod Bundeszentralamt für Steuern

(Sag C-786/19)

(2020/C 45/14)

Processprog: tysk

Den forelæggende ret

Finanzgericht Köln

Parter i hovedsagen

Sagsøger: The North of England P & I Association Ltd., også som efterfølger for Marine Shipping Mutual Insurance Company

Sagsøgt: Bundeszentralamt für Steuern

Præjudicielt spørgsmål

Skal artikel 2, litra d), andet led, sammenholdt med artikel 25, stk. 1, første sætningsled, i direktiv 88/357/EØF ⁽¹⁾ og artikel 46, stk. 2, i direktiv 92/49/EØF ⁽²⁾ med hensyn til bedømmelsen af den medlemsstat, hvor risikoen består, fortolkes således, at der herved i tilfælde af forsikring mod risici i forbindelse med driften af et skib er tale om den stat, på hvis område et skib er registreret i et officielt register med henblik på at bevise ejerskabet, eller om den stat, hvis flag skibet fører?

⁽¹⁾ Rådets andet direktiv 88/357/EØF af 22.6.1988 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende direkte forsikringsvirksomhed bortset fra livsforsikring, om fastsættelse af bestemmelser, der kan lette den faktiske gennemførelse af den frie udveksling af tjenesteydelser, og om ændring af direktiv 73/239/EØF (EFT 1988, L 172, s. 1).

⁽²⁾ Rådets direktiv 92/49/EØF af 18.6.1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende direkte forsikringsvirksomhed bortset fra livsforsikring og om ændring af direktiv 73/239/EØF og 88/357/EØF (tredje skadesforsikringsdirektiv) (EFT 1992, L 228, s. 1).

Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesverwaltungsgericht (Tyskland) den 29. oktober 2019 – Bundesrepublik Deutschland mod SpaceNet AG

(Sag C-793/19)

(2020/C 45/15)

Processprog: tysk

Den forelæggende ret

Bundesverwaltungsgericht

Parter i hovedsagen

Revisionsappellant: Bundesrepublik Deutschland

Revisionsindstævnte: SpaceNet AG

Præjudicielle spørgsmål

Skal artikel 15 i direktiv 2002/58/EF ⁽¹⁾ i lyset af artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder på den ene side og artikel 6 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder ⁽²⁾ og artikel 4 i traktaten om Den Europæiske Union på den anden side fortolkes således, at den er til hinder for en national bestemmelse, som forpligter udbyderne af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester til at lagre trafik- og lokaliseringsdata for slutbrugerne af disse tjenester, når

- denne forpligtelse ikke forudsætter nogen specifik anledning i lokal, tidsmæssig eller geografisk henseende
- genstanden for pligten til at lagre data i forbindelse med levering af offentligt tilgængelige telefontjenester – herunder formidling af sms-, multimedia- eller lignende beskeder samt ubesvarede eller forgæves opkald – er følgende data:
 - telefonnummeret eller en anden identitet for den, der ringer op, og den forbindelse, der ringes til, samt ved om- og viderestilling enhver anden involveret forbindelse
 - dato og klokkeslæt for begyndelse og afslutning af forbindelsen henholdsvis – i forbindelse med formidling af sms-, multimedia- eller lignende beskeder – tidspunkterne for afsendelse og modtagelse af beskeden med angivelse af den anvendte tidszone
 - oplysninger om den benyttede tjeneste, hvis der i forbindelse med telefontjenesten kan benyttes forskellige tjenester
 - for mobile telefontjenester endvidere
 - den internationale identitet for mobile abonnenter for den, der ringer op, og den forbindelse, der ringes til
 - den internationale identitet for det terminaludstyr, der ringer op, og som der ringes til
 - dato og klokkeslæt for den første aktivering af tjenesten under angivelse af den anvendte tidszone, hvis der er blevet betalt tjenester på forhånd
 - betegnelserne for de radioceller, som blev benyttet af den forbindelse, der ringer op, og den forbindelse, der ringes til, ved forbindelsens begyndelse
 - for internettelefontjenester tillige internetprotokoladresserne for den forbindelse, der ringer op, og den forbindelse, der ringes til, og tildelte brugeridentiteter
- genstanden for pligten til lagring i forbindelse med levering af offentligt tilgængelige internetadgangstjenester er følgende data:
 - den internetprotokoladresse, som er tildelt abonnenten til en internetbenyttelse
 - en entydig identitet for den forbindelse, gennem hvilken internetbenyttelsen sker, samt en tildelt brugeridentitet
 - dato og klokkeslæt for internetbenyttelsens begyndelse og ophør under den tildelte internetprotokoladresse med angivelse af den anvendte tidszone
 - for mobil benyttelse betegnelsen for den radiocelle, som benyttes ved internetforbindelsens begyndelse

- følgende data ikke må lagres:
 - kommunikationens indhold
 - data om besøgte internetsider
 - data fra elektroniske posttjenester
 - data, som er baseret på forbindelser til eller fra bestemte personers, myndigheders og organisationers forbindelser inden for sociale eller kirkelige områder
- lagringens varighed for lokaliseringsdata, dvs. betegnelsen for den benyttede radiocelle, udgør fire uger, og for de øvrige data ti uger
- der er sikret en effektiv beskyttelse af de lagrede data mod risici for misbrug samt mod enhver uberettiget adgang, og
- de lagrede data kun må anvendes til at forfølge særligt grove straffelovsovertrædelser og til at afværge en konkret fare for en persons liv og helbred eller frihed eller for forbundsstatens eller en delstats beståen, med undtagelse af den internetprotokoladresse, som er tildelt abonnenten til en internetbenyttelse, og som det er tilladt at anvende i forbindelse med en stamdataoplysning («Bestandsdatenauskunft») med henblik på forfølgelse af enhver form for strafbare handlinger, for at afværge en fare for den offentlige sikkerhed og orden samt for at opfylde efterretningstjenesternes opgaver?

(¹) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12.7.2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (Direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation) (EFT 2002, L 201, s. 37).

Senest ændret ved direktiv 2009/136/EF (EUT 2009, L 337, s. 11).

(²) EFT 2000, C 364, s. 1.

**Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesverwaltungsgericht (Tyskland) den 29. oktober 2019 –
Bundesrepublik Deutschland mod Telekom Deutschland GmbH**

(Sag C-794/19)

(2020/C 45/16)

Processprog: tysk

Den forelæggende ret

Bundesverwaltungsgericht

Parter i hovedsagen

Revisionsappellant: Bundesrepublik Deutschland

Revisionsindstævnte: Telekom Deutschland GmbH

Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Landesgericht Linz (Østrig) den 9. marts 2020 — ZK og AL mod Deutsche Lufthansa AG

(Sag C-131/20)

(2020/C 247/09)

Processprog: tysk

Den forelæggende ret

Landesgericht Linz

Parter i hovedsagen

Sagsøgere: ZK og AL

Sagsøgt: Deutsche Lufthansa AG

Sagen blev ved Domstolens kendelse af 14. maj 2020 slettet fra Domstolens register.

Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Supreme Court (Irland) den 25. marts 2020 — G.D. mod Commissioner of the Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources og Attorney General

(Sag C-140/20)

(2020/C 247/10)

Processprog: engelsk

Den forelæggende ret

Supreme Court (Irland)

Parter i hovedsagen

Sagsøger: G.D.

Sagsøgte: Commissioner of the Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources og Attorney General

Præjudicielle spørgsmål

- 1) Er en generel/universel ordning for lagring af data — selv om den er undergivet strenge begrænsninger med hensyn til lagring og adgang — i sig selv i strid med artikel 15 i direktiv 2002/58/EF⁽¹⁾ som fortolket i lyset af chartret?
- 2) Kan den nationale ret i forbindelse med undersøgelsen af, om en national foranstaltning, der er gennemført i henhold til direktiv 2006/24/EF⁽²⁾, og som fastsætter en generel ordning for lagring af data (med forbehold af den nødvendige strenge kontrol med hensyn til lagring og/eller adgang), skal anses for uforenelig med EU-retten, og navnlig ved vurderingen af, om en sådan ordning er forholdsmæssig, tage hensyn til den omstændighed, at tjenesteudbydere lovligt kan lagre data til deres egne kommercielle formål, og kan det kræves, at de lagrer data af hensyn til den nationale sikkerhed, som ikke er omfattet af bestemmelserne i direktiv 2002/58/EF?
- 3) Hvilke kriterier skal den nationale ret anvende i forbindelse med vurderingen af, om en national foranstaltning om adgang til lagrede data er forenelig med EU-retten, og navnlig chartret, når den undersøger, om en sådan adgangsordning sikrer den krævede forudgående og uafhængige kontrol, som Domstolen har fastlagt i sin praksis? Kan en national ret i denne sammenhæng ved en sådan bedømmelse tage hensyn til, om der foreligger en efterfølgende eller uafhængig domstolsprøvelse?

- 4) Er en national ret under alle omstændigheder forpligtet til at erklære en national foranstaltning uforenelig med artikel 15 i direktiv 2002/58/EF, når den nationale foranstaltning fastsætter en generel ordning for lagring af data med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet, og når den nationale ret på grundlag af alle de foreliggende beviser har fastslået, at en sådan lagring er både nødvendig og absolut påkrævet for at opfylde målet om bekæmpelse af grov kriminalitet?
- 5) Såfremt en national ret må fastslå, at en national foranstaltning ikke er i overensstemmelse med artikel 15 i direktiv 2002/58/EF, som fortolket i lyset af chartret, kan den da begrænse de tidsmæssige virkninger af en sådan afgørelse, når den er overbevist om, at en undladelse heraf ville medføre »kaos og indgreb i den offentlige interesse« (i overensstemmelse med den tilgang, som f.eks. blev anvendt i R (National Council for Civil Liberties) mod Secretary of State for Home Department and Secretary of State for Foreign Affairs (2018) EWHC 975, præmis 46)?
- 6) Kan en national ret, som er blevet anmodet om at fastslå, at den nationale lovgivning er uforenelig med artikel 15 i direktiv 2002/58/EF, og/eller at undlade at anvende denne lovgivning, og/eller at fastslå, at anvendelsen af en sådan lovgivning har krænket en borgers rettigheder, uanset om det sker inden for rammerne af en procedure, der er indledt for at muliggøre et anbringende om anerkendelse af bevismidler i forbindelse med en straffesag eller på anden vis, være berettiget til at nægte at tillade brugen af dette retsmiddel for så vidt angår data, der lagres i henhold til den nationale bestemmelse, der er vedtaget i henhold til forpligtelsen i artikel 288 TEUF om at gennemføre et direktivs bestemmelser i national ret, eller til at begrænse en sådan konstatering til tidsrummet efter datoen, hvor Domstolen erklærede direktiv 2006/24/EF for ugyldigt, hvilket skete den 8. april 2014?

(¹) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12.7.2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (Direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation) (EFT 2002, L 201, s. 37).

(²) 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).

**Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesfinanzgericht (Østrig) den 16. april 2020 —
AZ mod Finanzamt Hollabrunn Korneuburg Tulln**

(Sag C-163/20)

(2020/C 247/11)

Processprog: tysk

Den forelæggende ret

Bundesfinanzgericht

Parter i hovedsagen

Sagsøger: AZ

Sagsøgt: Finanzamt Hollabrunn Korneuburg Tulln

Præjudicielt spørgsmål

Skal artikel 18 og artikel 45, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, artikel 7, stk. 1 og 2, i forordning (EU) nr. 492/2011 (¹), artikel 4, artikel 5, litra b), artikel 7 og artikel 67 i forordning (EF) nr. 883/2004 (²) samt artikel 60, stk. 1, andet punktum, i forordning (EF) nr. 987/2009 (³) fortolkes således, at bestemmelserne er til hinder for anvendelsen af en national ordning, hvorefter familiedydelser for et barn, der faktisk ikke opholder sig permanent i den medlemsstat, som betaler disse ydelser, men derimod faktisk i en anden medlemsstat i Den Europæiske Union, en anden stat, der er part i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, eller Schweiz, skal tilpasses i forhold til den medlemsstat, der betaler familiedydelserne, på grundlag af de sammenlignelige prisniveauer, som Den Europæiske Unions Statistiske Kontor har offentliggjort for hver enkelt stat?

(¹) Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 492/2011 af 5.4.2011 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Unionen (EUT 2011, L 141, s. 1).

(²) Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 883/2004 af 29.4.2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger (EUT 2004, L 166, s. 1).

(³) Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 987/2009 af 16.11.2009 om de nærmere regler til gennemførelse af forordning (EF) nr. 883/2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger (EUT 2009, L 284, s. 1).

Parter i hovedsagen

Sagsøgere: Boriss Cilevičs, Valērijs Agešins, Vjačeslavs Dombrovskis, Vladimirs Nikonovs, Artūrs Rubiks, Ivans Ribakovs, Nikolajs Kabanovs, Igors Pimenovs, Vitālijs Orlovs, Edgars Kucins, Ivans Klementjevs, Inga Goldberga, Evija Papule, Jānis Krišāns, Jānis Urbanovičs, Ļubova Švecova, Sergejs Dolgopolovs, Andrejs Klementjevs, Regīna Ločmele-Luņova og Ivars Zariņš

Den institution, der har vedtaget den anfægtede retsakt: Saeima (Parlamentet, Letland)

Præjudicielle spørgsmål

- 1) Udgør en lovgivning som den i hovedsagen omtvistede en restriktion for etableringsfriheden, der er sikret ved artikel 49 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, eller subsidiært for den frie udveksling af tjenesteydelser, der er sikret ved [den nævnte traktats] artikel 56, og for friheden til at oprette og drive egen virksomhed, der er anerkendt i artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder?
- 2) Hvilke betragtninger skal der tages hensyn til ved bedømmelsen af om en sådan lovgivning er begrundet, egnet og forholdsmæssig i forhold til dens lovlige formål om beskyttelse af det officielle sprog som et udtryk for national identitet?

Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Cour de cassation (Frankrig) den 20. august 2020 — SR

(Sag C-397/20)

(2020/C 359/11)

Processprog: fransk

Den forelæggende ret

Cour de cassation

Parter i hovedsagen

Sagsøger: SR

Præjudicielle spørgsmål

- 1) Indebærer artikel 12, stk. 2, litra a) og d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/6/EF af 28. januar 2003 om insiderhandel og kursmanipulation⁽¹⁾ samt artikel 23, stk. 2, litra g) og h), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 596/2014 af 16. april 2014 om markedsmissbrug⁽²⁾, som erstattede førstnævnte direktiv fra den 3. juli 2016, sammenholdt med 65. betragtning til denne forordning, ikke — henset til den omstændighed, at de udvekslede oplysninger er hemmelige, og den store del af offentligheden, der kan blive involveret — at den nationale lovgiver har mulighed for at pålægge operatører inden for elektronisk kommunikation en midlertidig, men generel lagring af forbindelsesdata for at give den i direktivets artikel 11 og forordningens artikel 22 omhandlede administrative myndighed mulighed for, når der i forhold til visse personer er begrundet mistanke om, at de er involveret i insiderhandel eller kursmanipulation, at kræve, at operatøren udleverer de foreliggende fortegnelser over datatrafik, såfremt der er begrundet mistanke om, at disse fortegnelser med tilknytning til genstanden for undersøgelsen kan være relevante for at bevise overtrædelsen, bl.a. ved at give mulighed for at spore de pågældendes kontakter, før mistanken opstod?
- 2) Såfremt Domstolens besvarelse af det første spørgsmål måtte foranledige Cour de cassation til at fastslå, at den franske lovgivning om lagring af forbindelsesdata ikke er i overensstemmelse med EU-retten, kan virkningerne af denne lovgivning da midlertidigt opretholdes for at forhindre retsikkerhed og give mulighed for, at de data, som tidligere er indsamlet og lagret, anvendes til et af de i denne lovgivning omhandlede formål?

- 3) Kan en national domstol midlertidigt opretholde virkningerne af en lovgivning, som giver de ansvarlige i en uafhængig administrativ myndighed, der har til opgave at foretage undersøgelser vedrørende markedsmissbrug, mulighed for at få adgang til forbindelsesdata uden forudgående kontrol foretaget af en domstol eller af en anden uafhængig administrativ myndighed?

⁽¹⁾ EFT 2003, L 96, s. 16.

⁽²⁾ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 596/2014 af 16.4.2014 om markedsmissbrug (forordningen om markedsmissbrug) og om ophævelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/6/EF og Kommissionens direktiv 2003/124/EF, 2003/125/EF og 2004/72/EF (EUT 2014 L 173, s. 1).

Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Krajský soud v Brně (Den Tjekkiske Republik) den 20. august 2020 — ELVOSPOL mod Odvolací finanční ředitelství

(Sag C-398/20)

(2020/C 359/12)

Processprog: tjekkisk

Den forelæggende ret

Krajský soud v Brně

Parter i hovedsagen

Sagsøger: ELVOSPOL

Sagsøgt: Odvolací finanční ředitelství

Præjudicielt spørgsmål

Er en bestemmelse i national ret, der fastsætter en betingelse, der forhindrer en momspligtig person, som var pligtig at udtage moms i forbindelse med levering af en afgiftspligtig ydelse til fordel for en anden afgiftspligtig person, i at foretage berigtigelse af den skyldige moms i relation til et krav, der er opstået mindre end seks måneder før retten traf afgørelse om konkurs med hensyn til den anden afgiftspligtig person, der kun delvist eller slet ikke betalte for den leverede ydelse, i strid med formålet med artikel 90, stk. 1 og 2, i Rådets direktiv 2006/112/EF⁽¹⁾ af 28. november 2006 om det fælles merværdiafgiftssystem?

⁽¹⁾ EUT 2006, L 347, s. 1

Appel iværksat den 1. september 2020 af Danilo Poggiolini til prøvelse af kendelse afsagt af Retten (Ottende Afdeling) den 3. juli 2020 i de forenede sager T-347/19 og T-348/19, Enrico Falqui og Danilo Poggiolini mod Europa-Parlamentet

(Sag C-408/20 P)

(2020/C 359/13)

Processprog: italiensk

Parter

Appellant: Danilo Poggiolini (ved advocati F. Sorrentino, A. Sandulli og B. Cimino)

Den anden part i appelsagen: Europa-Parlamentet

Appellanten har nedlagt følgende påstande

- Det fastslås, at Danilo Poggiolinis påstand om annullation af meddelelse nr. D(2019) 14435 af 11. april 2019 fra Europa-Parlamentets Generaldirektorat for Finanser og af meddelelse nr. D309419 af 8. juli 2019 fra Europa-Parlamentets Generaldirektorat for Finanser — Direktoratet for Medlemmernes Økonomiske og Sociale Rettigheder — Enheden for medlemmernes vederlag og sociale rettigheder — II, kontorchefen kan antages til realitetsbehandling, og som følge heraf annulleres de nævnte meddelelser, eller sagen hjemvises til Den Europæiske Unions Ret til fornyet prøvelse.

- 3) Er førnævnte princip til hinder for, at et kriterium i retspraksis om fortolkning af en bestemmelse i national ret anvendes på aftaler, der blev indgået før definitionen af dette kriterium, på et tidspunkt hvor retternes generelle kriterium var i strid med det nye kriterium i retspraksis?

⁽¹⁾ Dom af 14.6.2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349).

Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Spanien) den 23. juli 2020 — IP mod Tribunal Económico-Administrativo Regional de Catalunya (TEAR de Catalunya)

(Sag C-330/20)

(2020/C 359/06)

Processprog: spansk

Den forelæggende ret

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Parter i hovedsagen

Appellant: IP

Indstævnt: Tribunal Económico-Administrativo Regional de Catalunya (TEAR de Catalunya)

Præjudicielle spørgsmål

- 1) Er EU-retten, nærmere bestemt artikel 63 TEUF og 65 TEUF og de grundlæggende principper om fri bevægelighed, ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling, til hinder for en national bestemmelse såsom artikel 39, stk. 2, i Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas 35/2006, de 28 de noviembre (lov nr. 35/2006 af 28.11.2006 om personskat), som affattet ved artikel 3, stk. 2, i lov nr. 7/2012 af 29. oktober 2012, der kvalificerer [visse formuegoder eller rettigheder] som »ubegrundede kapitalgevinster«, der »under alle omstændigheder« bør beskattes i den tidligste periode, som ikke er forældet, når pligten til at oplyse om formuegoder eller rettigheder og aktiver, der befinder sig i udlandet, ved hjælp af formularen »Modelo 720«, formelt tilsidesættes eller opfyldes for sent, idet der ses bort fra forældelsesreglerne i Ley General Tributaria 58/2003 (den almindelige skattelov nr. 58/2003), medmindre der er tale om »indberettet indkomst«, der stammer fra perioder, hvor den pågældende ikke var skattepligtig i Spanien?
- 2) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, idet den nævnte nationale bestemmelse anses som forholdsmæssig, er EU-retten, nærmere bestemt artikel 63 TEUF og 65 TEUF og de grundlæggende principper om fri bevægelighed, ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling, da til hinder for en national bestemmelse såsom artikel 39, stk. 2, i Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas 35/2006, de 28 de noviembre (lov nr. 35/2006 af 28.11.2006 om personskat), som medfører ovennævnte konsekvenser, herunder hvis denne indkomst er blevet indberettet for sent, men før enhver form for kontrolprocedure er blevet indledt og meddelt, og uden at der er blevet fremsat en anmodning om udveksling af skatteoplysninger, idet der foreligger en gældende ordning til dette formål med tredjelandet?

Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Cour de cassation (Frankrig) den 24. juli 2020 — VD

(Sag C-339/20)

(2020/C 359/07)

Processprog: fransk

Den forelæggende ret

Cour de cassation

Parter i hovedsagen

Appellant: VD

Præjudicielle spørgsmål

- 1) 1) Indebærer artikel 12, stk. 2, litra a) og d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/6/EF af 28. januar 2003 om insiderhandel og kursmanipulation ⁽¹⁾, samt artikel 23, stk. 2, litra g) og h), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 596/2014 af 16. april 2014 om markedsmissbrug ⁽²⁾, som erstattede det første direktiv fra den 3. juli 2016, sammenholdt med 65. betragtning til denne forordning, henset til den skjulte karakter af de udvekslede oplysninger og til den generelle karakter af den offentlighed, der kan omhandles, mulighed for den nationale lovgiver for at pålægge operatører af elektroniske kommunikationer en midlertidig, men generel lagring af forbindelsesdata for at gøre det muligt for den administrative myndighed, der er nævnt i direktivets artikel 11 og i forordningens artikel 22, når der foreligger grund til at mistænke visse personer for at være involveret i insiderhandel eller kursmanipulation, af operatøren at kræve at få udleveret fortegnelser over datatrafik i de tilfælde, hvor der er begrundet mistanke om, at disse fortegnelser, som har sammenhæng med genstanden for undersøgelsen, kan vise sig at være relevante med henblik på at bevise, at der foreligger en tilsidesættelse, ved bl.a. at gøre det muligt [org. s. 11] at spore de kontakter, som der har været mellem de berørte inden at der opstod en mistanke?
- 2) I tilfælde af, at Domstolens svar medfører, at Cour de cassation (kassationsdomstol) finder, at den franske lovgivning om lagring af forbindelsesdata ikke er i overensstemmelse med EU-retten, vil retsvirkningerne af denne lovgivning da kunne opretholdes midlertidigt for at undgå en retlig usikkerhed og for at gøre det muligt, at de tidligere indsamlede og lagrede data anvendes til et af de formål, der er omhandlet i denne lovgivning?
- 3) Kan en national ret midlertidigt opretholde retsvirkningerne af en lovgivning, som gør det mulig for ansatte hos en uafhængig administrativ myndighed, der har til formål at lede undersøgelser på området for markedsmissbrug, uden forudgående kontrol foretaget af en ret eller af en anden uafhængig administrativ myndighed at få tilsendt forbindelsesdata?

⁽¹⁾ EUT 2003, L 96, s. 16.

⁽²⁾ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 596/2014 af 16.4.2014 om markedsmissbrug (forordningen om markedsmissbrug) og om ophævelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/6/EF og Kommissionens direktiv 2003/124/EF, 2003/125/EF og 2004/72/EF (EUT 2014, L. 173, s. 1).

Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Verwaltungsgericht Wien (Østrig) den 31. juli 2020 — IE mod Magistrat der Stadt Wien

(Sag C-357/20)

(2020/C 359/08)

Processprog: tysk

Den forelæggende ret

Verwaltungsgericht Wien

Parter i hovedsagen

Sagsøger: IE

Sagsøgt: Magistrat der Stadt Wien

Præjudicielle spørgsmål

- 1) Hvordan skal begrebet »yngleområde« som omhandlet i habitatdirektivets ⁽¹⁾ artikel 12, stk. [1], litra [d]), forstås, og hvordan skal et »yngleområde« afgrænses geografisk fra andre steder?
- 2) Hvilke faktorer skal tages i betragtning ved fastlæggelsen af, om og i givet fald for hvilket tidsrum forekomsten af et yngleområde er tidsbegrænset?
- 3) Hvilke kriterier skal tages i betragtning ved fastlæggelsen af, om der gennem en bestemt handling eller undladelse er sket en beskadigelse eller ødelæggelse af et yngleområde?

FÆLLES MATERIALESAMLING
BIND III – RETSPRAKSIS FORTSAT

I sagen for

Østre Landsret, 16. afdeling

BS-36799/2018-OLR

Foreningen imod Ulovlig Logning
Birkegade 15, 5. tv.
2200 København N
advokat Julie Bak-Larsen i henhold til proceduretilladelse
("Sagsøger")

mod

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

Sagen hovedforhandles den 5. maj 2021, kl. 9.30-15, og den 6. maj 2021, kl. 9.30-12.

INDHOLDSFORTEGNELSE – BIND III

Retspraksis	Side
EMD-domme	
Saravia v. Germany	3
Roman Zakharov v. Russia	22
Rättvisa v. Sweden	33
Big Brother Watch and Others vs. UK (uddrag)	46
Big Brother Watch and Others vs. UK (resume)	64
Øvrig praksis	
Court of The Hague - C/09/480009 / KG ZA 14/1575	70
Kammarrätten Stockholm - Tele2 Sverige AB	82
UK High Court of Justice - CO/1052/2017	98
Den Belgiske forfatningsdomstol - Judgement 57/2021 (pressemeddelelse)	137
Conseil d'etat afgørelse af 21. april 2021 (pressemeddelelse)	140



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

THIRD SECTION

DECISION

AS TO THE ADMISSIBILITY OF

Application no. 54934/00
by Gabriele WEBER and Cesar Richard SARAVIA
against Germany

The European Court of Human Rights (Third Section), sitting on 29 June 2006 as a Chamber composed of:

Mr B.M. ZUPANČIČ, *President*,
Mr L. CAFLISCH,
Mr C. BÎRSAN,
Mr V. ZAGREBELSKY,
Mr E. MYJER,
Mr DAVID THÓR BJÖRGVINSSON, *judges*,
Mr A. ZIMMERMANN, *ad hoc judge*,

and Mr V. BERGER, *Section Registrar*,

Having regard to the above application lodged on 10 January 2000,

Having regard to the observations submitted by the respondent Government and the observations in reply submitted by the applicants,

Having deliberated, decides as follows:

THE FACTS

1. The first applicant, Ms Gabriele Weber, is a German national. The second applicant, Mr Cesar Richard Saravia, is a Uruguayan national. Both applicants live in Montevideo (Uruguay). They were represented before the Court by Mr W. Kaleck, a lawyer practising in Berlin, and by Mr E. Schwan, a university professor in Berlin. The German Government ("the Government") were represented by their Agents, Mr K. Stoltenberg, *Ministerialdirigent*, and, subsequently, Mrs A. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*, of the Federal Ministry of Justice.

A. The circumstances of the case

2. The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

3. The case concerns several provisions of the Law of 13 August 1968 on restrictions on the secrecy of mail, post and telecommunications (*Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*), also called “the G 10 Act”, as modified by the Fight Against Crime Act of 28 October 1994 (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*).

4. It notably concerns the extension of the powers of the Federal Intelligence Service (*Bundesnachrichtendienst*) with regard to the recording of telecommunications in the course of so-called strategic monitoring, as well as the use (*Verwertung*) of personal data obtained thereby and their transmission to other authorities. Strategic monitoring is aimed at collecting information by intercepting telecommunications in order to identify and avert serious dangers facing the Federal Republic of Germany, such as an armed attack on its territory or the commission of international terrorist attacks and certain other serious offences (see “Relevant domestic law and practice” below, paragraphs 18 et seq.). In contrast, so-called individual monitoring, that is, the interception of telecommunications of specific persons, serves to avert or investigate certain grave offences which the persons monitored are suspected of planning or having committed.

5. The first applicant is a freelance journalist who works for various German and foreign newspapers, radio and television stations on a regular basis. In particular, she investigates matters that are subject to the surveillance of the Federal Intelligence Service, notably armaments, preparations for war, drug and arms trafficking and money laundering. In order to carry out her investigations, she regularly travels to different countries in Europe and South and Central America, where she also meets the persons she wants to interview.

6. The second applicant, an employee of Montevideo City Council, submitted that he took messages for the first applicant when she was on assignments, both from her telephone and from his own telephone. He then transmitted these messages to wherever she was.

7. On 19 November 1995 the applicants lodged a constitutional complaint with the Federal Constitutional Court.

8. They alleged that certain provisions of the Fight Against Crime Act amending the G 10 Act disregarded their fundamental rights, notably the right to secrecy of telecommunications (Article 10 of the Basic Law), the right to self-determination in the sphere of information (Articles 2 § 1 and 1 § 1 of the Basic Law), freedom of the press (Article 5 § 1 of the Basic Law) and the right to effective recourse to the courts (Article 19 § 4 of the Basic Law).

9. In the applicants' submission, technological progress had made it possible to intercept telecommunications everywhere in the world and to collect personal data. Numerous telecommunications could be monitored, in the absence of any concrete suspicions, with the aid of catchwords which remained secret. Strategic monitoring could then be used in respect of individuals, preventing the press from carrying out effective investigations into sensitive areas covered by the Act.

10. The Federal Constitutional Court, having held a hearing, delivered its judgment on 14 July 1999 (running to 125 pages). It found that the constitutional complaint lodged by the second applicant was inadmissible. The court noted that a constitutional complaint could be lodged directly against a statute if the person concerned could not know whether there had actually been an implementing measure applying the statute to him or her. The complainant, however, had to substantiate sufficiently his or her argument that his or her fundamental rights were likely to be breached by measures taken on the basis of the impugned statute.

11. The Federal Constitutional Court noted that it was irrelevant that the applicants did not reside in Germany, because the impugned provisions were aimed at monitoring international telecommunications. However, it held that, unlike the first applicant, the second applicant had failed to substantiate sufficiently his claim that his rights under the Basic Law were likely to be interfered with by measures based on the impugned provisions of the amended G 10 Act. In the absence of any further details, the mere fact that he dealt with the first applicant's telecommunications in her absence was not sufficient to demonstrate this.

12. Partly allowing the first applicant's constitutional complaint, the Federal Constitutional Court held that certain provisions of the Fight Against Crime Act were incompatible or only partly compatible with the principles laid down in the Basic Law (see "Relevant domestic law and practice" below, paragraphs 18 et seq.). In particular, section 3(1), first and second sentence, point 5, section 3(3), (4), (5), first sentence, (7), first sentence, (8), second sentence, and section 9(2), third sentence, of the Act were found to be incompatible with Article 10, Article 5 or Article 19 § 4 of the Basic Law (see paragraphs 26 et seq. below). It fixed a deadline of 30 June 2001 for the legislature to bring the situation into line with the Constitution.

13. On 29 June 2001 a new version of the G 10 Act came into force (BGBl. I 2001, pp. 1254, 2298) and the G 10 Act in its version as amended by the Fight Against Crime Act of 28 October 1994 ceased to apply.

of secret monitoring that they could not prove that they had actually been subjected to it. However, it was very likely that because of their activities they had used catchwords, within the meaning of section 3(2) of the G 10 Act, which had caused their communications to be recorded and analysed.

2. The Court's assessment

72. The Court does not consider it necessary in the present case to rule on the objections made by the Government since, even assuming that the application is compatible *ratione personae* with the Convention, that domestic remedies have been exhausted and that both applicants can claim to be victims of Convention violations, it considers that the application is in any event inadmissible for the reasons set out below.

B. Complaints under Article 8 of the Convention

73. The applicants submitted that certain provisions of the Fight Against Crime Act amending the G 10 Act, in their versions as interpreted and modified by the Federal Constitutional Court, violated their right to respect for their private life and their correspondence.

74. In particular, the applicants complained about five measures. Firstly, they complained about the process of strategic monitoring (section 3(1) taken in conjunction with section 1(1), point 2, of the G 10 Act). Secondly, they contested the transmission and use of personal data pursuant to section 3(3), second sentence, of the G 10 Act. Thirdly, they complained about the transmission of personal data to the Offices for the Protection of the Constitution and other authorities and its use by them pursuant to section 3(5) of the G 10 Act. Fourthly, they contested the destruction of personal data under section 3(6) and (7) taken in conjunction with section 7(4) of the G 10 Act. Finally, they contested the provision authorising the refusal to give notice of restrictions on the secrecy of telecommunications (section 3(8) of the G 10 Act).

75. The applicants relied on Article 8 of the Convention which, in so far as relevant, reads:

“1. Everyone has the right to respect for his private ... life, ... and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

1. Whether there was an interference

76. The Government conceded that the impugned provisions of the amended G 10 Act, in so far as they authorised the monitoring of

telecommunications and the use of data obtained thereby, interfered with the secrecy of telecommunications as protected by Article 8. The applicants took the same view.

77. The Court reiterates that telephone conversations are covered by the notions of “private life” and “correspondence” within the meaning of Article 8 (see, *inter alia*, *Klass and Others*, cited above, § 41; *Malone v. the United Kingdom*, 2 August 1984, § 64 Series A no. 82; and *Lambert v. France*, 24 August 1998, § 21, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V).

78. The Court further notes that the applicants, even though they were members of a group of persons who were likely to be affected by measures of interception, were unable to demonstrate that the impugned measures had actually been applied to them. It reiterates, however, its findings in comparable cases to the effect that the mere existence of legislation which allows a system for the secret monitoring of communications entails a threat of surveillance for all those to whom the legislation may be applied. This threat necessarily strikes at freedom of communication between users of the telecommunications services and thereby amounts in itself to an interference with the exercise of the applicants’ rights under Article 8, irrespective of any measures actually taken against them (see *Klass and Others*, cited above, § 41, and *Malone*, cited above, § 64).

79. Consequently, the impugned provisions of the amended G 10 Act, in so far as they authorise the interception of telecommunications, interfere with the applicants’ right to respect for their private life and correspondence. Furthermore, the Court, like the Federal Constitutional Court, takes the view that the transmission of data to and their use by other authorities, which enlarges the group of persons with knowledge of the personal data intercepted and can lead to investigations being instituted against the persons concerned, constitutes a further separate interference with the applicants’ rights under Article 8 (see, *mutatis mutandis*, *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, § 48, Series A no. 116; *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, § 70, ECHR 2000-II; and *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 46, ECHR 2000-V). Moreover, the impugned provisions interfere with these rights in so far as they provide for the destruction of the data obtained and for the refusal to notify the persons concerned of surveillance measures taken, in that this may serve to conceal monitoring measures interfering with the applicants’ rights under Article 8 which have been carried out by the authorities.

2. *Whether the interference was justified*

80. Such interferences are justified by the terms of paragraph 2 of Article 8 if they are “in accordance with the law”, pursue one or more of the legitimate aims referred to in paragraph 2 and, furthermore, are “necessary in a democratic society” in order to achieve them.

(a) Were the interferences “in accordance with the law”?

81. The Government took the view that the interferences were in accordance with the law. On the one hand, they were not contrary to public international law because the monitoring of wireless telecommunications did not interfere with the territorial sovereignty of foreign States. In any event, the first applicant could not rely on an alleged violation of a State’s territorial sovereignty in the context of an individual application to the Court. On the other hand, the interferences in question were based on the amended provisions of the G 10 Act and, in so far as the Federal Constitutional Court had declared some of the impugned provisions to be unconstitutional, on that court’s rulings concerning the manner in which these provisions were to be applied during a transitional period. In particular, section 3(5), as confirmed by the Federal Constitutional Court, constituted a sufficient legal basis for the transmission of data by the Federal Intelligence Service to other authorities.

82. The Government further submitted that the circumstances in which telecommunications could be monitored and the data thus obtained used were set out in a precise manner in the amended provisions of the G 10 Act and in the Constitutional Court’s judgment. There were, in particular, sufficient procedural safeguards against abuse of powers of surveillance.

83. The applicant argued that the interception of telecommunications interfered illegally with the sovereignty of the foreign States in which the persons being monitored resided. Moreover, section 3(5) of the amended G 10 Act provided no valid legal basis for the transmission of information obtained by means of the interception of telecommunications to the Offices for the Protection of the Constitution of the Federation and of the *Länder* and to the Military Counter-Intelligence Service. Contrary to the Federal Constitutional Court’s view, Article 73, point 1, of the Basic Law did not authorise the federal legislature to enact such a regulation.

84. The Court reiterates that the expression “in accordance with the law” within the meaning of Article 8 § 2 requires, firstly, that the impugned measure should have some basis in domestic law; it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must, moreover, be able to foresee its consequences for him, and compatible with the rule of law (see, among other authorities, *Kruslin v. France*, 24 April 1990, § 27, Series A no. 176-A; *Huvig v. France*, 24 April 1990, § 26, Series A no. 176-B; *Lambert*, cited above, § 23; and *Perry v. the United Kingdom*, no. 63737/00, § 45, ECHR 2003-IX).

(i) Whether there was a statutory basis in German law

85. The Court notes at the outset that in the present case, the interference with the applicants’ right to respect for their private life and correspondence resulted from provisions of the amended G 10 Act, an Act passed by

Parliament and applicable in the manner set out by the Federal Constitutional Court in its judgment of 14 July 1999.

86. The Court further observes that the applicants considered the impugned provisions of the amended G 10 Act not to constitute a valid statutory basis, in the first place because the interception of telecommunications interfered illegally with the sovereignty of the foreign States in which the persons monitored resided.

87. The Court reiterates that the term “law” within the meaning of the Convention refers back to national law, including rules of public international law applicable in the State concerned (see, *mutatis mutandis*, *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, 28 March 1990, § 68, Series A no. 173; *Autronic AG v. Switzerland*, 22 May 1990, § 56, Series A no. 178; *Stocké v. Germany*, 19 March 1991, § 54, Series A no. 199; and *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 90, ECHR 2005-IV). As regards allegations that a respondent State has violated international law by breaching the territorial sovereignty of a foreign State, the Court requires proof in the form of concordant inferences that the authorities of the respondent State have acted extraterritorially in a manner that is inconsistent with the sovereignty of the foreign State and therefore contrary to international law (see, in particular, *Öcalan*, cited above, § 90).

88. The Court observes that the impugned provisions of the amended G 10 Act authorise the monitoring of international wireless telecommunications, that is, telecommunications which are not effected via fixed telephone lines but, for example, via satellite or radio relay links, and the use of data thus obtained. Signals emitted from foreign countries are monitored by interception sites situated on German soil and the data collected are used in Germany. In the light of this, the Court finds that the applicants have failed to provide proof in the form of concordant inferences that the German authorities, by enacting and applying strategic monitoring measures, have acted in a manner which interfered with the territorial sovereignty of foreign States as protected in public international law.

89. The Court further observes that the applicants disputed, secondly, that section 3(5) of the amended G 10 Act provided a valid legal basis for the transmission of information. They argued that the federal legislature had not been authorised *vis-à-vis* the *Länder* legislatures by the relevant provisions on legislative powers laid down in the Basic Law, in particular Article 73, to adopt such a provision. They were, therefore, claiming in substance that the impugned provision of the amended G 10 Act failed to comply with domestic law of a higher rank, namely the provisions on legislative powers laid down in the German Constitution.

90. The Court reiterates in this connection that, whilst it is true that no interference can be considered to be “in accordance with the law” unless the decision (or statutory provision) occasioning it complied with the relevant domestic law (of a higher rank), the logic of the system of safeguards

established by the Convention sets limits on the scope of the power of review exercisable by the Court in this respect. It is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply the domestic law: the national authorities are, in the nature of things, particularly qualified to settle the issues arising in this connection (see, *mutatis mutandis*, *Kruslin*, cited above, § 29, and *Barthold v. Germany*, 25 March 1985, § 48, Series A no. 90). In a sphere covered by written law, the “law” is therefore the enactment in force as the competent courts have interpreted it in the light, if necessary, of any new practical developments, and the Court cannot question the national courts’ interpretation except in the event of flagrant non-observance of, or arbitrariness in the application of, the domestic legislation in question (see, *inter alia*, *Kruslin*, cited above, § 29; *Société Colas Est and Others v. France*, no. 37971/97, § 43, ECHR 2002-III; and, *mutatis mutandis*, *Lavents v. Latvia*, no. 58442/00, § 114, 28 November 2002, and *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 88, ECHR 2005-XI).

91. The Court notes that the Federal Constitutional Court, in its judgment in the present case, found that the exclusive legislative power vested in the federal legislature in the sphere of foreign affairs pursuant to Article 73, point 1, of the Basic Law also authorised it to legislate in the matters laid down in section 3(5) of the amended G 10 Act. The Court considers that the national courts’ interpretation to the effect that the transmission to other authorities of information obtained by the Federal Intelligence Service in the performance of its tasks was covered by the federal legislature’s powers in the sphere of foreign affairs does not disclose any flagrant non-observance of the Basic Law or arbitrariness in its application. It is accordingly satisfied that there was a sufficient legal basis for the impugned measure.

(ii) *Quality of the law*

92. The second requirement which emerges from the phrase “in accordance with the law” – the accessibility of the law – does not raise any problem in the instant case.

93. As to the third requirement, the law’s foreseeability, the Court reiterates that foreseeability in the special context of secret measures of surveillance, such as the interception of communications, cannot mean that an individual should be able to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly (see, *inter alia*, *Leander*, cited above, § 51). However, especially where a power vested in the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident (see, *inter alia*, *Malone*, cited above, § 67; *Huvig*, cited above, § 29; and *Rotaru*, cited above, § 55). It is therefore essential to have clear, detailed rules on interception of telephone conversations, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated

(see *Kopp v. Switzerland*, 25 March 1998, § 72, *Reports* 1998-II, and *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30 July 1998, § 46, *Reports* 1998-V). The domestic law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to any such measures (see *Malone*, *ibid.*; *Kopp*, cited above, § 64; *Huvig*, cited above, § 29; and *Valenzuela Contreras*, *ibid.*).

94. Moreover, since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive or to a judge to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference (see, among other authorities, *Malone*, cited above, § 68; *Leander*, cited above, § 51; and *Huvig*, cited above, § 29).

95. In its case-law on secret measures of surveillance, the Court has developed the following minimum safeguards that should be set out in statute law in order to avoid abuses of power: the nature of the offences which may give rise to an interception order; a definition of the categories of people liable to have their telephones tapped; a limit on the duration of telephone tapping; the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which recordings may or must be erased or the tapes destroyed (see, *inter alia*, *Huvig*, cited above, § 34; *Amann*, cited above, § 76; *Valenzuela Contreras*, cited above, § 46; and *Prado Bugallo v. Spain*, no. 58496/00, § 30, 18 February 2003).

96. Turning to the present case, the Court observes that section 3(1) of the amended G 10 Act, as interpreted by the Federal Constitutional Court, enumerated in its second sentence, points 1-6, the exact offences for the prevention of which the strategic interception of telecommunications could be ordered. The amended G 10 Act therefore defined in a clear and precise manner the offences which could give rise to an interception order.

97. The Court further observes that the conditions for strategic monitoring, as laid down in section 3(1) and (2) of the amended G 10 Act, in particular, indicated which categories of persons were liable to have their telephone tapped: the persons concerned had to have taken part in an international telephone conversation via satellite connections or radio relay links (or also via fixed telephone lines in the case of monitoring to avert an armed attack on Germany, in accordance with section 3(1), point 1). In addition, the persons concerned either had to have used catchwords capable of triggering an investigation into the dangers listed in section 3(1), points 1-6, or to be foreign nationals or companies whose telephone

connections could be monitored deliberately in order to avoid such dangers (section 3(2)).

98. As to the limit on the duration of telephone tapping, the Court notes that pursuant to section 5 of the G 10 Act (which was not amended by the 1994 Fight Against Crime Act), the maximum duration of monitoring measures to be fixed in the order was three months; the implementation of the measure could be prolonged for a maximum of three months at a time as long as the statutory conditions for the order were met.

99. Moreover, the procedure to be followed for examining and using the data obtained was regulated in detail in section 3(3)-(5) of the amended G 10 Act. In particular, section 3(3) and (5) laid down limits and precautions concerning the transmission of data to other authorities; these were further strengthened by the Federal Constitutional Court in its judgment in the instant case.

100. As to the circumstances in which recordings may or must be erased or tapes destroyed, the Court observes that section 3(6) and (7) and section 7(4) of the amended G 10 Act set out in detail the procedure for the destruction of data obtained by means of strategic monitoring. The authorities storing the data had to verify every six months whether those data were still necessary to achieve the purposes for which they had been obtained by or transmitted to them. If that was not the case, they had to be destroyed and deleted from the files or, at the very least, access to them had to be blocked; the destruction had to be recorded in minutes and, in the cases envisaged in sections 3(6) and 7(4), had to be supervised by a staff member qualified to hold judicial office.

101. Having regard to the foregoing, the Court concludes that the impugned provisions of the G 10 Act, seen in their legislative context, contained the minimum safeguards against arbitrary interference as defined in the Court's case-law and therefore gave citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which the public authorities were empowered to resort to monitoring measures, and the scope and manner of exercise of the authorities' discretion.

102. Therefore, the interferences with the applicants' right to respect for their private life and correspondence as a result of the impugned provisions of the amended G 10 Act were "in accordance with the law" within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

(b) Purpose and necessity of the interferences

103. The Government argued that the impugned interferences with the secrecy of telecommunications for the various purposes listed in section 3(1), second sentence, points 1-6, pursued a legitimate aim. They were necessary, in particular, in the interests of national security, public safety, the economic well-being of the country, and of the prevention of crime. The applicants did not comment on this issue.

104. The Court shares the Government's view that the aim of the impugned provisions of the amended G 10 Act was indeed to safeguard national security and/or to prevent crime, which are legitimate aims within the meaning of Article 8 § 2. It does not, therefore, deem it necessary to decide whether the further purposes cited by the Government were also relevant.

105. It remains to be ascertained whether the impugned interferences were "necessary in a democratic society" in order to achieve these aims.

106. The Court reiterates that, when balancing the interest of the respondent State in protecting its national security through secret surveillance measures against the seriousness of the interference with an applicant's right to respect for his or her private life, it has consistently recognised that the national authorities enjoy a fairly wide margin of appreciation in choosing the means for achieving the legitimate aim of protecting national security (see, *inter alia*, *Klass and Others*, cited above, § 49; *Leander*, cited above, § 59; and *Malone*, cited above, § 81). Nevertheless, in view of the risk that a system of secret surveillance for the protection of national security may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it, the Court must be satisfied that there exist adequate and effective guarantees against abuse (see *Klass and Others*, cited above, §§ 49-50; *Leander*, cited above, § 60; *Camenzind v. Switzerland*, 16 December 1997, § 45, *Reports* 1997-VIII; and *Lambert*, cited above, § 31). This assessment depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to authorise, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law (see *Klass and Others*, cited above, § 50).

107. The Court, while not losing sight of the legislative context, will first examine whether the interferences in question were proportionate to the legitimate aim pursued by each of the impugned provisions in turn, and will then make an overall assessment.

(i) Strategic monitoring pursuant to section 3(1) taken in conjunction with section 1(1), point 2, of the amended G 10 Act (as modified by the Fight Against Crime Act of 28 October 1994)

108. In the Government's submission, the impugned provision was necessary in a democratic society. It struck a proper balance between the public interest in averting the serious dangers listed in points 1-6 of section 3(1) and the interests of the persons concerned by the monitoring measures.

109. According to the Government, monitoring measures based on the G 10 Act had been necessary notably to combat international terrorism (point 2), by which democratic societies found themselves increasingly threatened, for instance by uncovering the command structure of al-Qaeda

following the terrorist attacks of 11 September 2001. As regards international arms trafficking (point 3), it had, for example, been possible to prevent the export of dual-use goods into countries subject to an embargo and to improve export control with the help of strategic monitoring. It was impossible to counter these threats without resorting to strategic monitoring of telecommunications.

110. The Government argued that the way in which monitoring measures were taken and their extent were likewise not excessive. At the relevant time, merely some ten per cent of all telecommunications had been conducted by wireless means and had therefore been potentially subject to monitoring. In practice, monitoring was restricted to a limited number of foreign countries. By virtue of section 3(2), third sentence, the telephone connections of German nationals living abroad could not be monitored directly. The identity of persons telecommunicating could only be uncovered in rare cases in which a catchword had been used.

111. The applicant submitted that the scope of automatic surveillance under section 3(1) of the amended G 10 Act was far too wide, as there were no longer any geographical restrictions and as it was possible to identify persons and, if they were using mobile telephones, to analyse their movements. By virtue of section 3(2) of the amended G 10 Act, the second applicant could even be monitored deliberately. The Federal Intelligence Service was entitled to monitor all telecommunications within its reach without any reason or previous suspicion. Its monitoring powers therefore inhibited open communication and struck at the roots of democratic society. It was irrelevant whether or not it was already possible from a technical point of view to carry out worldwide monitoring.

112. In the applicant's view, these wide monitoring powers did not correspond to a pressing need on the part of society for such surveillance. There was no longer a threat of an armed attack on the Federal Republic of Germany by a foreign State possessing nuclear weapons, as there had been during the Cold War. Nor was there any other comparable current danger to be averted. In particular, drug trafficking, counterfeiting of money and money laundering or presumed dangers arising from organised crime did not constitute a danger to public safety sufficient to justify such an intensive interference with the telecommunications of individuals. The fact that interception was limited to content of "relevance for the intelligence service" ("*nachrichtendienstliche Relevanz*"), as a result of the decision of the Federal Constitutional Court, was not sufficient to constrain effectively the monitoring powers of the Federal Intelligence Service.

113. Moreover, the duty to have the interception of telecommunications authorised by the highest authorities of the *Länder* or a Minister of the Federal Government and the prior supervision of monitoring measures by an independent parliamentary committee did not avert the danger of abuse. It was likely that the interferences in question had been ordered in a result-

oriented manner, notably because the excessive use of such measures, which, as a rule, remained secret, was unlikely to entail legal or political sanctions.

114. The Court is aware that the 1994 amendments to the G 10 Act considerably extended the range of subjects in respect of which so-called strategic monitoring could be carried out under section 3(1), the central provision in issue here. Whereas initially such monitoring was permitted only in order to detect and avert the danger of an armed attack on Germany, section 3(1) now also allowed strategic monitoring in order to avert further serious offences listed in points 2-6 of that section. Moreover, technical progress now made it possible to identify the telephone connections involved in intercepted communications.

115. While the range of subjects in the amended G 10 Act is very broadly defined, the Court observes that – just as under the G 10 Act in its initial version, which was in issue in its *Klass and Others* judgment – a series of restrictive conditions had to be satisfied before a measure entailing strategic monitoring could be imposed. It was merely in respect of certain serious criminal acts – which reflect threats with which society is confronted nowadays and which were listed in detail in the impugned section 3(1) – that permission for strategic monitoring could be sought. As regards the monitoring of telecommunications in order to avoid the counterfeiting of money abroad, the Federal Constitutional Court raised the threshold for interception by finding that such an offence could be serious enough to justify monitoring only if it was capable of threatening monetary stability in Germany. Surveillance could be ordered only on a reasoned application by the president of the Federal Intelligence Service or his deputy and if the establishment of the facts by another method had no prospect of success or was considerably more difficult. The decision to monitor had to be taken by the Federal Minister empowered for the purpose by the Chancellor or, where appropriate, by the highest authority of the *Länder* with the authorisation of the Parliamentary Supervisory Board. The Minister further had to obtain prior authorisation from the G 10 Commission or, in urgent cases, *ex post facto* approval. Consequently, under the amended G 10 Act there was an administrative procedure designed to ensure that measures were not ordered haphazardly, irregularly or without due and proper consideration.

116. Moreover, the Court notes, with regard to the implementation of surveillance measures and the processing of the data obtained, that safeguards against abuse were spelled out in detail. Monitoring measures remained in force for a fairly short maximum period of three months and could be renewed only on a fresh application and if the statutory conditions for the order were still met. Monitoring had to be discontinued immediately once the conditions set out in the monitoring order were no longer fulfilled or the measures themselves were no longer necessary. As regards the

examination of personal data obtained by the Federal Intelligence Service, the Federal Constitutional Court strengthened the existing safeguards by ordering that such data had to be marked as stemming from strategic monitoring and were not to be used for ends other than those listed in section 3(1). The transmission of data to the Federal Government and to other authorities under section 3(3) and (5) was also subject to conditions (which will be examined in more detail below). Moreover, the G 10 Act contained strict provisions concerning the storage and destruction of data. The responsibility for reviewing stored files on a six-monthly basis was entrusted to an official qualified to hold judicial office. Data had to be destroyed as soon as they were no longer needed to achieve the purpose pursued (see paragraphs 130-32 below).

117. As regards supervision and review of monitoring measures, the Court notes that the G 10 Act provided for independent supervision by two bodies which had a comparatively significant role to play. Firstly, there was a Parliamentary Supervisory Board, which consisted of nine members of parliament, including members of the opposition. The Federal Minister authorising monitoring measures had to report to this board at least every six months. Secondly, the Act established the G 10 Commission, which had to authorise surveillance measures and had substantial power in relation to all stages of interception. The Court observes that in its judgment in *Klass and Others* (cited above, §§ 53-60) it found this system of supervision, which remained essentially the same under the amended G 10 Act in issue here, to be such as to keep the interference resulting from the contested legislation to what was “necessary in a democratic society”. It sees no reason to reach a different conclusion in the present case.

118. Consequently, strategic monitoring under section 3(1) was embedded into a legislative context providing considerable safeguards against abuse.

(ii) Transmission and use of personal data pursuant to section 3(3), second sentence, of the G 10 Act taken in conjunction with section 12 of the Federal Intelligence Service Act

119. The Government submitted that in a democratic society it was necessary for the Federal Intelligence Service to report to the Federal Government on the results of its monitoring measures in accordance with section 3(3), second sentence, of the amended G 10 Act taken in conjunction with section 12 of the Federal Intelligence Service Act. This included the transmission of personal data which had to be marked as deriving from such measures. Otherwise, the government would not be in a position to take effective measures to avert the dangers listed in section 3(1).

120. The applicants argued that there was no reason for the Federal Government to receive non-anonymous personal data obtained by the

Federal Intelligence Service by means of the interception of telecommunications. The criminal prosecution of individuals was the task of the judiciary alone, and the transmission of such personal data could be abused for political aims.

121. The Court notes at the outset that in its judgment the Federal Constitutional Court found that the impugned provisions did not contain sufficient safeguards to ensure that the duty of the Federal Intelligence Service to report to the Federal Government, which included the transmission of personal data, was performed only for the purposes which had justified the collection of the data. That court ruled that, pending the entry into force of legislation in compliance with the Constitution, section 3(3), second sentence, could only be applied if the personal data contained in the report to the Federal Government were marked and remained connected to the purposes which had justified their collection.

122. The Court finds that the impugned provision, as amended and applicable following the judgment of the Federal Constitutional Court, laid down strict conditions with regard to the transmission to the Federal Government of data obtained by means of strategic monitoring. It is further convinced by the Government's argument that, in order to avert effectively the dangers listed in section 3(1), the transmission of personal – as opposed to anonymous – data might prove necessary. The additional safeguards introduced by the Federal Constitutional Court are appropriate for the purpose of limiting the use of the information obtained to what is necessary to serve the purpose of strategic monitoring.

(iii) Transmission of personal data to the Offices for the Protection of the Constitution and other authorities and their use by these authorities in accordance with section 3(5) of the G 10 Act

123. In the Government's view, the transmission of the data in question was necessary in a democratic society for the prevention and prosecution of crime. It was a suitable means of achieving this aim, as it was the task of the recipient authorities to avert and investigate criminal offences. Taking into account the stipulations of the Federal Constitutional Court (in particular to the effect that transmission of data was permitted only if specific facts – as opposed to mere factual indications – had aroused the suspicion that one of the offences listed in section 3(3) was being planned or had been committed), the powers to transmit data were also not unreasonably wide. Moreover, there were sufficient procedural safeguards to guarantee that these requirements were complied with. The decision to transmit data was taken by a staff member qualified to hold judicial office and was reviewed by the G 10 Commission.

124. The applicants submitted that the transmission of personal data to, among other authorities, the Offices for the Protection of the Constitution was a further interference with their rights, which was not necessary in a

democratic society. Despite the restrictions ordered by the Federal Constitutional Court, the scope of the cases in which the transmission of data was permitted remained wide and indeterminate. It was disproportionate to use information obtained by means of a serious interference with the secrecy of communications to combat a multitude of offences – some of which were rather petty – even if they were only in the planning stage. The obvious danger of abuse was not counterbalanced by sufficient procedural safeguards. Even though the decision to transmit data was taken by an official who was qualified to hold judicial office, there was no independent scrutiny, as the official in question was a staff member of the Federal Intelligence Service.

125. The Court finds that the transmission of personal data obtained by general surveillance measures without any specific prior suspicion in order to allow the institution of criminal proceedings against those being monitored constitutes a fairly serious interference with the right of these persons to secrecy of telecommunications. It observes in this connection that the catalogue of offences for the investigation of which knowledge obtained by means of strategic monitoring could be used was considerably enlarged by the amendment of the G 10 Act in issue.

126. However, it notes that the use of information obtained by strategic monitoring to these ends was limited: personal data could be transmitted to other authorities merely in order to prevent or prosecute the serious criminal offences listed in section 3(3) of the amended G 10 Act.

127. Moreover, the Court observes that the Federal Constitutional Court found that the impugned section, in its version in force at the relevant time, interfered disproportionately with the secrecy of telecommunications as protected by the Basic Law. That court therefore ordered that, pending the entry into force of legislation in compliance with the Constitution, section 3(5) could only be applied and data transmitted if specific facts – as opposed to mere factual indications – aroused the suspicion that someone had committed one of the offences listed in section 3(3). Furthermore, the transmission had to be recorded in minutes. Accordingly, that court again considerably strengthened the safeguards against abuse.

128. In addition, the decision to transmit data had to be taken by a staff member of the Federal Intelligence Service qualified to hold judicial office, who was particularly well trained to verify whether the conditions for transmission were met. Moreover, as clarified in the Federal Constitutional Court's judgment, the independent G 10 Commission's powers of review extended to verifying that the statutory conditions for data transmission were complied with.

129. In the light of the above, the Court takes the view that the interference with the secrecy of the communications made by persons subject to monitoring in accordance with the impugned provision was counterbalanced both by a reasonable limitation of the offences for which

data transmission was permitted and by the provision of supervisory mechanisms against abuse.

(iv) Destruction of personal data pursuant to section 3(6) and (7) taken in conjunction with section 7(4) of the G 10 Act

130. The Government took the view that the destruction of data was necessary in a democratic society because it limited interference with the secrecy of telecommunications to what was strictly required. Furthermore, pursuant to the order of the Federal Constitutional Court, data which were still needed for the purposes of court proceedings could not be destroyed immediately.

131. The applicants argued that destruction of data obtained by means of the interception of telecommunications likewise infringed their right to respect for their private life. Leaving the responsibility for the retention and destruction of files to the authorities involved entailed a great danger of abuse. The persons concerned by strategic monitoring were entitled to be informed about the destruction of personal data concerning them.

132. The Court notes in the first place that the impugned provisions, in providing for the destruction of personal data as soon as they were no longer needed to achieve their statutory purpose, and for the verification at regular, fairly short intervals of whether the conditions for such destruction were met, constituted an important element in reducing the effects of the interference with the secrecy of telecommunications to an unavoidable minimum. Moreover, the Federal Constitutional Court ruled that data which were still needed for the purposes of court proceedings could not be destroyed immediately and that the supervisory powers of the independent G 10 Commission covered the whole process of using data, including their destruction. The impugned provisions consequently established further safeguards against abuse of the State's powers of surveillance.

(v) Failure to give notice of restrictions on the secrecy of telecommunications pursuant to section 3(8) of the G 10 Act

133. In the Government's view, the provisions on notification were compatible with Article 8 of the Convention. As the purposes of strategic monitoring in accordance with section 3(1) would often be undermined if the persons concerned were subsequently informed about the measure, it was justified in such cases not to give any notification.

134. In the applicant's submission, the impugned section provided that notification had to take place only if it did not endanger the aim pursued by the restriction and the use of the data thus obtained. This exclusion of notification was too broad and entitled the authorities concerned not to give notification in order to avert dangers which were most unlikely to materialise.

135. The Court reiterates that the question of subsequent notification of surveillance measures is inextricably linked to the effectiveness of remedies before the courts and hence to the existence of effective safeguards against the abuse of monitoring powers, since there is in principle little scope for recourse to the courts by the individual concerned unless the latter is advised of the measures taken without his or her knowledge and thus able to challenge their legality retrospectively (see *Klass and Others*, cited above, § 57). However, the fact that persons concerned by secret surveillance measures are not subsequently notified once surveillance has ceased cannot by itself warrant the conclusion that the interference was not “necessary in a democratic society”, as it is the very absence of knowledge of surveillance which ensures the efficacy of the interference. Indeed, such notification might reveal the working methods and fields of operation of the Intelligence Service (see *Klass and Others*, cited above, § 58, and, *mutatis mutandis*, *Leander*, cited above, § 66). As soon as notification can be carried out without jeopardising the purpose of the restriction after the termination of the surveillance measure, information should, however, be provided to the persons concerned (see, *mutatis mutandis*, *Leander*, cited above, § 66, and *Klass and Others*, cited above, § 58).

136. The Court notes that pursuant to section 3(8), any individuals monitored were to be informed that their telecommunications had been intercepted as soon as notification could be carried out without jeopardising the purpose of monitoring. Moreover, the Court observes that the Federal Constitutional Court again strengthened the safeguards against abuse contained in the impugned provision by preventing the duty of notification from being circumvented; it found that in cases in which data were destroyed within three months there was justification for never notifying the persons concerned only if the data had not been used before their destruction. The Constitutional Court also clarified that the supervisory powers of the independent G 10 Commission extended to measures taken on the basis of section 3(8). In particular, the G 10 Commission had the power to decide whether an individual being monitored had to be notified of a surveillance measure (section 9(3) of the amended G 10 Act). The Court finds that the provision in question, as interpreted by the Federal Constitutional Court, therefore effectively ensured that the persons monitored were notified in cases where notification could be carried out without jeopardising the purpose of the restriction of the secrecy of telecommunications. It therefore contributed to keeping the interference with the secrecy of telecommunications resulting from the amended G 10 Act within the limits of what was necessary to achieve the legitimate aims pursued.

(vi) Conclusion

137. In the light of the above considerations, the Court, having regard to all the impugned provisions of the amended G 10 Act in their legislative context, finds that there existed adequate and effective guarantees against abuses of the State's strategic monitoring powers. It is therefore satisfied that the respondent State, within its fairly wide margin of appreciation in that sphere, was entitled to consider the interferences with the secrecy of telecommunications resulting from the impugned provisions to have been necessary in a democratic society in the interests of national security and for the prevention of crime.

138. Accordingly, the applicants' complaints under Article 8 of the Convention must be dismissed as being manifestly ill-founded, in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

C. Complaints under Article 10 of the Convention

139. In the first applicant's submission, certain provisions of the Fight Against Crime Act, as interpreted and modified by the Federal Constitutional Court, amounted to a violation of freedom of the press. She based her complaints on the same provisions of the Act as under Article 8 of the Convention (see paragraph 74 above). She relied on Article 10 of the Convention, which, in so far as relevant, reads:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. ...

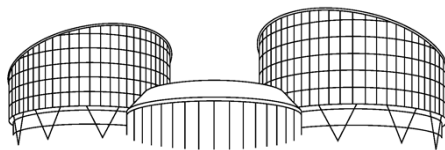
2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

1. The parties' submissions

(a) The Government

140. In the Government's view, the impugned provisions of the amended G 10 Act did not interfere with the first applicant's freedom of expression. Strategic monitoring measures were not aimed at restricting the expression of opinions or the receipt of information, which would in fact have contravened the purposes of the surveillance. The secrecy of communications was protected by Article 8 alone.

141. The Government further argued that, even assuming that there had been an interference with the rights protected under Article 10, the



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

GRAND CHAMBER

CASE OF ROMAN ZAKHAROV v. RUSSIA

(Application no. 47143/06)

JUDGMENT

STRASBOURG

4 December 2015

This judgment is final.

In the case of Roman Zakharov v. Russia,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of:

Dean Spielmann, *President*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Luis López Guerra,
Khanlar Hajiyev,
Angelika Nußberger,
Julia Laffranque,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Erik Møse,
André Potocki,
Paul Lemmens,
Helena Jäderblom,
Faris Vehabović,
Ksenija Turković,
Dmitry Dedov, *judges*,

and Lawrence Early, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 24 September 2014 and 15 October 2015,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 47143/06) against the Russian Federation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Russian national, Mr Roman Andreyevich Zakharov (“the applicant”), on 20 October 2006.

2. The applicant was initially represented by Mr B. Gruzd, a lawyer practising in St Petersburg. He was subsequently represented by lawyers of the Memorial Human Rights Centre and the European Human Rights Advocacy Centre (EHRAC), non-governmental organisations based in Moscow. The Russian Government (“the Government”) were represented by Mr G. Matyushkin, Representative of the Russian Federation at the European Court of Human Rights.

3. The applicant alleged that the system of secret interception of mobile-telephone communications in Russia violated his right to respect for his

private life and correspondence, and that he did not have any effective remedy in that respect.

4. On 19 October 2009 notice of the application was given to the Government.

5. On 11 March 2014 a Chamber of the First Section, to which the case had been allocated (Rule 52 § 1 of the Rules of Court), composed of Isabelle Berro, President, Khanlar Hajiyeu, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos, Erik Møse, Ksenija Turković, Dmitry Dedov, judges, and Søren Nielsen, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, neither of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72).

6. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 24 September 2014 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr G. MATYUSHKIN, Representative of the Russian Federation at the European Court of Human Rights, *Agent*,
 Ms O. SIROTKINA,
 Ms I. KORIEVA,
 Ms O. IURCHENKO,
 Mr O. AFANASEV,
 Mr A. LAKOV, *Advisers;*

(b) *for the applicant*

Mr P. LEACH,
 Ms K. LEVINE,
 Mr K. KOROTEEV,
 Ms A. RAZHIKOVA, *Counsel*,
 Ms E. LEVCHISHINA, *Adviser.*

The Court heard addresses by Mr Matyushkin, Mr Leach, Ms Levine, Ms Razhikova and Mr Koroteev, and also replies by Mr Matyushkin and Mr Leach to questions put by judges.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The applicant was born in 1977 and lives in St Petersburg.

8. The applicant is the editor-in-chief of a publishing company and of an aviation magazine. He is also the chairperson of the St Petersburg branch of the Glasnost Defence Foundation, a non-governmental organisation (NGO) monitoring the state of media freedom in the Russian regions, which promotes the independence of the regional mass media, freedom of speech and respect for journalists' rights, and provides legal support, including through litigation, to journalists.

9. He subscribed to the services of several mobile-network operators.

10. On 23 December 2003 he brought judicial proceedings against three mobile-network operators, claiming that there had been an interference with his right to the privacy of his telephone communications. He claimed that pursuant to Order no. 70 (see paragraphs 115-22 below) of the State Committee for Communications and Information Technologies (the predecessor to the Ministry of Communications and Information Technologies – “the Ministry of Communications”), the mobile-network operators had installed equipment which permitted the Federal Security Service (FSB) to intercept all telephone communications without prior judicial authorisation. The applicant argued that Order no. 70, which had never been published, unduly restricted his right to privacy. He asked the court to issue an injunction ordering the removal of the equipment installed pursuant to Order no. 70, and to ensure that access to mobile-telephone communications was given to authorised persons only. The Ministry of Communications and the St Petersburg and Leningrad Region Department of the FSB were joined as a third party to the proceedings.

11. On 5 December 2005 the Vasileostrovskiy District Court of St Petersburg dismissed the applicant's claims. It found that the applicant had not proved that the mobile-network operators had transmitted any protected information to unauthorised persons or permitted the unrestricted or unauthorised interception of communications. The equipment to which he referred had been installed to enable law-enforcement agencies to conduct operational-search activities in accordance with the procedure prescribed by law. The installation of such equipment had not in itself interfered with the privacy of the applicant's communications. The applicant had failed to demonstrate any facts which would warrant a finding that his right to the privacy of his telephone communications had been violated.

12. The applicant appealed. He claimed, in particular, that the District Court had refused to accept several documents in evidence. Those documents had included two judicial orders retrospectively authorising the interception of mobile-telephone communications and an addendum to the standard service-provider agreement issued by one of the mobile-network operators. One of the judicial orders in question, issued on 8 October 2002, authorised the interception of several people's mobile-telephone communications during the periods from 1 to 5 April, 19 to 23 June, 30 June to 4 July and 16 to 20 October 2001. The other judicial order,

issued on 18 July 2003, authorised the interception of a Mr E.'s mobile-telephone communications during the period from 11 April to 11 October 2003. As to the addendum, it informed the subscriber that if his number were used to make terrorist threats, the mobile-network operator might suspend the provision of the telephone service and transfer the collected data to the law-enforcement agencies. In the applicant's opinion, the judicial orders and the addendum proved that the mobile-network operators and law-enforcement agencies were technically capable of intercepting all telephone communications without obtaining prior judicial authorisation, and routinely resorted to unauthorised interception.

13. On 26 April 2006 the St Petersburg City Court upheld the judgment on appeal. It confirmed the District Court's finding that the applicant had failed to prove that his telephone communications had been intercepted. Nor had he shown that there was a danger that his right to the privacy of his telephone communications might be unlawfully infringed. To establish the existence of such a danger, the applicant would have had to prove that the respondents had acted unlawfully. However, mobile-network operators were required by law to install equipment enabling law-enforcement agencies to perform operational-search activities and the existence of that equipment did not in itself interfere with the privacy of the applicant's communications. The refusal to admit the judicial orders of 8 October 2002 and 18 July 2003 in evidence had been lawful, as the judicial orders had been issued in respect of third persons and were irrelevant to the applicant's case. The City Court further decided to admit in evidence and examine the addendum to the service-provider agreement, but found that it did not contain any information warranting reconsideration of the District Court's judgment.

14. It can be seen from a document submitted by the applicant that in January 2007 an NGO, Civilian Control, asked the Prosecutor General's Office to carry out an inspection of the Ministry of Communications' Orders in the sphere of interception of communications in order to verify their compatibility with federal laws. In February 2007 an official from the Prosecutor General's Office telephoned Civilian Control and asked for copies of the unpublished attachments to Order no. 70, saying that it had been unable to obtain them from the Ministry of Communications. In April 2007 the Prosecutor General's Office refused to carry out the requested inspection.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. Right to respect for private life and correspondence

15. The Constitution guarantees to everyone the right to respect for his private life, personal and family secrets and the right to defend his honour

through dissemination of information which was damaging to honour, dignity or reputation could be compensated irrespective of the tortfeasor's fault. The Government submitted a copy of a decision of 9 December 2013 by the Vichuga Town Court of the Ivanovo region, awarding compensation in respect of non-pecuniary damage for unlawful interception of a suspect's telephone conversations after the recordings obtained as a result of that interception had been declared inadmissible as evidence by the trial court. The Government also submitted a judicial decision awarding compensation for an unlawful search and seizure of documents and a judicial decision awarding compensation to an acquitted defendant for unlawful prosecution.

224. Russian law also provided for criminal remedies for abuse of power (Articles 285 and 286 of the Criminal Code), unauthorised collection or dissemination of information about a person's private and family life (Article 137 of the Criminal Code) and breach of citizens' right to privacy of communications (Article 138 of the Criminal Code – see paragraphs 19-22 above). The Government referred in that connection to the Supreme Court's judgment of 24 October 2002, convicting a certain E.S. of an offence under Article 138 of the Criminal Code for inciting an official to supply him with the names of the owners of several telephone numbers and to provide him with call detail records in respect of those telephone numbers. They also referred to the Supreme Court's judgment of 15 March 2007, convicting a customs official of an offence under Article 138 of the Criminal Code for intercepting the telephone communications of a certain P. They submitted copies of two more conviction judgments under Article 138 of the Criminal Code: the first concerned the selling of espionage equipment, namely pens and watches with built-in cameras, while the second concerned the covert hacking of a communication provider's database in order to obtain the users' call detail records.

225. Lastly, the Government argued that remedies were also available in Russian law to challenge the alleged insufficiency of safeguards against abuse in the sphere of interception of communications (see paragraph 156 above).

226. The Government submitted that the applicant had not used any of the remedies available to him under Russian law and described above. In particular, he had chosen to bring judicial proceedings against mobile-network operators, the Ministry of Communications being joined only as a third party to the proceedings.

(b) The Court's assessment

(i) General principles

227. The Court reiterates that any interference can only be justified under Article 8 § 2 if it is in accordance with the law, pursues one or more of the legitimate aims to which paragraph 2 of Article 8 refers and is

necessary in a democratic society in order to achieve any such aim (see *Kennedy*, cited above, § 130).

228. The Court notes from its well-established case-law that the wording “in accordance with the law” requires the impugned measure both to have some basis in domestic law and to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the Preamble to the Convention and inherent in the object and purpose of Article 8. The law must thus meet quality requirements: it must be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (see, among many other authorities, *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V; *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 95, ECHR 2008; and *Kennedy*, cited above, § 151).

229. The Court has held on several occasions that the reference to “foreseeability” in the context of interception of communications cannot be the same as in many other fields. Foreseeability in the special context of secret measures of surveillance, such as the interception of communications, cannot mean that an individual should be able to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly. However, especially where a power vested in the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident. It is therefore essential to have clear, detailed rules on interception of telephone conversations, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated. The domestic law must be sufficiently clear to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to any such measures (see *Malone*, cited above, § 67; *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, § 51, Series A no. 116; *Huvig v. France*, 24 April 1990, § 29, Series A no. 176-B; *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30 July 1998, § 46, Reports 1998-V; *Rotaru*, cited above, § 55; *Weber and Saravia*, cited above, § 93; and *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev*, cited above, § 75).

230. Moreover, since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the discretion granted to the executive or to a judge to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference (see, among other authorities, *Malone*, cited above, § 68; *Leander*, cited above, § 51; *Huvig*, cited above, § 29; and *Weber and Saravia*, cited above, § 94).

231. In its case-law on secret measures of surveillance, the Court has developed the following minimum safeguards that should be set out in law in order to avoid abuses of power: the nature of offences which may give

rise to an interception order; a definition of the categories of people liable to have their telephones tapped; a limit on the duration of telephone tapping; the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which recordings may or must be erased or destroyed (see *Huvig*, cited above, § 34; *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, §§ 56-58, ECHR 2000-II; *Valenzuela Contreras*, cited above, § 46; *Prado Bugallo v. Spain*, no. 58496/00, § 30, 18 February 2003; *Weber and Saravia*, cited above, § 95; and *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev*, cited above, § 76).

232. As to the question whether an interference was “necessary in a democratic society” in pursuit of a legitimate aim, the Court has acknowledged that, when balancing the interest of the respondent State in protecting its national security through secret surveillance measures against the seriousness of the interference with an applicant’s right to respect for his private life, the national authorities enjoy a certain margin of appreciation in choosing the means for achieving the legitimate aim of protecting national security. However, this margin is subject to European supervision embracing both legislation and decisions applying it. In view of the risk that a system of secret surveillance set up to protect national security may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it, the Court must be satisfied that there are adequate and effective guarantees against abuse. The assessment depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to authorise, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by national law. The Court has to determine whether the procedures for supervising the ordering and implementation of the restrictive measures are such as to keep the “interference” to what is “necessary in a democratic society” (see *Klass and Others*, cited above, §§ 49-50 and 59; *Weber and Saravia*, cited above, § 106; *Kvasnica v. Slovakia*, no. 72094/01, § 80, 9 June 2009; and *Kennedy*, cited above, §§ 153-54).

233. Review and supervision of secret surveillance measures may come into play at three stages: when the surveillance is first ordered, while it is being carried out, or after it has been terminated. As regards the first two stages, the very nature and logic of secret surveillance dictate that not only the surveillance itself but also the accompanying review should be effected without the individual’s knowledge. Consequently, since the individual will necessarily be prevented from seeking an effective remedy of his own accord or from taking a direct part in any review proceedings, it is essential that the procedures established should themselves provide adequate and equivalent guarantees safeguarding his rights. In addition, the values of a democratic society must be followed as faithfully as possible in the supervisory procedures if the bounds of necessity, within the meaning of

Article 8 § 2, are not to be exceeded. In a field where abuse is potentially so easy in individual cases and could have such harmful consequences for democratic society as a whole, it is in principle desirable to entrust supervisory control to a judge, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure (see *Klass and Others*, cited above, §§ 55-56).

234. As regards the third stage, after the surveillance has been terminated, the question of subsequent notification of surveillance measures is inextricably linked to the effectiveness of remedies before the courts and hence to the existence of effective safeguards against the abuse of monitoring powers. There is in principle little scope for recourse to the courts by the individual concerned unless the latter is advised of the measures taken without his knowledge and thus able to challenge their legality retrospectively (see *Klass and Others*, cited above, § 57, and *Weber and Saravia*, cited above, § 135) or, in the alternative, unless any person who suspects that his communications are being or have been intercepted can apply to courts, so that the courts' jurisdiction does not depend on notification to the interception subject that there has been an interception of his communications (see *Kennedy*, cited above, § 167).

(ii) Application of the general principles to the present case

235. The Court notes that it has found there to be an interference under Article 8 § 1 in respect of the applicant's general complaint regarding the Russian legislation governing covert interception of mobile-telephone communications. Accordingly, in its examination of the justification for the interference under Article 8 § 2, the Court is required to examine whether the contested legislation itself is in conformity with the Convention.

236. In cases where the legislation permitting secret surveillance is contested before the Court, the lawfulness of the interference is closely related to the question whether the "necessity" test has been complied with and it is therefore appropriate for the Court to address jointly the "in accordance with the law" and "necessity" requirements (see *Kennedy*, cited above, § 155; see also *Kvasnica*, cited above, § 84). The "quality of law" in this sense implies that the domestic law must not only be accessible and foreseeable in its application, it must also ensure that secret surveillance measures are applied only when "necessary in a democratic society", in particular by providing for adequate and effective safeguards and guarantees against abuse.

237. It has not been disputed by the parties that interceptions of mobile-telephone communications have a basis in domestic law. They are governed, in particular, by the CCRP and the OSAA, as well as by the Communications Act and the Orders issued by the Ministry of Communications. Furthermore, the Court considers it clear that the surveillance measures permitted by Russian law pursue the legitimate aims of the protection of

regards the claims for costs and expenses made before the Grand Chamber, the Government submitted that the claims had been submitted more than a month after the hearing. As regards the legal fees, the Government submitted that part of those fees covered the work performed by the representatives before the applicant had signed an authority form and that there was no authority form in the name of Ms Levine. Furthermore, the number of representatives and the number of hours spent by them on the preparation of the case had been excessive. There was moreover no evidence that the applicant had paid the legal fees in question or was under a legal or contractual obligation to pay them. As regards the translation and other administrative expenses, the Government submitted that the applicant had not provided any documents showing that he had paid the amounts claimed. Nor had he proved that the translation expenses had indeed been necessary, given that some of the applicant's lawyers spoke Russian. The rates claimed by the translators had been excessive. Lastly, the travelling expenses had also been excessive.

316. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, the Court considers it reasonable to award the sum of EUR 40,000 covering costs under all heads, plus any tax that may be chargeable to the applicant.

C. Default interest

317. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Joins*, unanimously, to the merits the Government's objections regarding the applicant's lack of victim status and non-exhaustion of domestic remedies and *declares* the application admissible;
2. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of Article 8 of the Convention and *dismisses* the Government's above-mentioned objections;
3. *Holds*, unanimously, that there is no need to examine the complaint under Article 13 of the Convention;

4. *Holds*, by sixteen votes to one, that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained by the applicant;
5. *Holds*, unanimously,
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, EUR 40,000 (forty thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
6. *Dismisses*, unanimously, the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 4 December 2015.

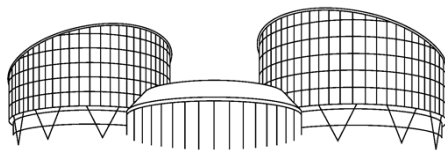
Lawrence Early
Jurisconsult

Dean Spielmann
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Judge Dedov;
- (b) partly dissenting opinion of Judge Ziemele.

D.S.
T.L.E.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

THIRD SECTION

CASE OF CENTRUM FÖR RÄTTVISA v. SWEDEN

(Application no. 35252/08)

JUDGMENT

STRASBOURG

19 June 2018

Referral to the Grand Chamber

04/02/2019

This judgment will become final in the circumstances set out in Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Centrum för rättvisa v. Sweden,

The European Court of Human Rights (Third Section), sitting as a Chamber composed of:

Branko Lubarda, *President*,

Helena Jäderblom,

Helen Keller,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková,

Georgios A. Serghides,

Jolien Schukking, *judges*,

and Stephen Phillips, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 29 May 2018,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 35252/08) against the Kingdom of Sweden lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by Centrum för rättvisa on 14 July 2008.

2. The Swedish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr A. Rönquist, Ministry for Foreign Affairs.

3. The applicant alleged that Swedish legislation and practice in the field of signals intelligence have violated and continue to violate its rights under Article 8 of the Convention. It also complained that it has had no effective domestic remedy through which to challenge this violation.

4. On 1 November 2011 (admissibility) and 14 October 2014 (admissibility and merits) the application was communicated to the Government.

5. On 14 October 2014 the International Commission of Jurists, Norwegian Section, was granted leave to submit written comments, under Rule 44 § 3 of the Rules of the Court.

THE FACTS

I. INTRODUCTION

6. The applicant, Centrum för rättvisa, is a Swedish foundation which was established in 2002 and which has its seat in Stockholm. A not-for-profit organisation, its stated objective is to represent clients, in

litigation against the State and otherwise, who claim that their rights and freedoms under the Convention and under Swedish law have been violated. It also conducts education and research and participates in the general debate on issues concerning individuals' rights and freedoms. The applicant communicates on a daily basis with individuals, organisations and companies in Sweden and abroad by email, telephone and fax and asserts that a large part of that communication is particularly sensitive from a privacy perspective. Due to the nature of its function as a non-governmental organisation scrutinising the activities of State actors, it believes that there is a risk that its communication through mobile telephones and mobile broadband has been or will be intercepted and examined by way of signals intelligence. The applicant has not brought any domestic proceedings, contending that there is no effective remedy for its Convention complaints.

7. Signals intelligence can be defined as intercepting, processing, analysing and reporting intelligence from electronic signals. These signals may be processed to text, images and sound. The intelligence collected through these procedures may concern both the content of a communication and its associated communications data (the data describing, for instance, how, when and between which addresses the electronic communication is conducted). The intelligence may be intercepted over the airways – usually from radio links and satellites – and from cables. Whether a signal is transmitted over the airways or through cables is controlled by the communications service providers. A great majority of the traffic relevant for signals intelligence is cable-based. The term “signal carriers” refers to the medium used for transmitting one or more signals. Unless indicated in the following, the regulation of Swedish signals intelligence does not distinguish between the content of communications and their communications data or between airborne and cable-based traffic.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Generally on signals intelligence

8. Foreign intelligence is, according to the Foreign Intelligence Act (*Lagen om försvarsunderrättelseverksamhet*; 2000:130), conducted in support of Swedish foreign, defence and security policy, and in order to identify external threats to the country. The activities should also assist in Sweden's participation in international security cooperation. Intelligence under the Act may only be conducted in relation to foreign circumstances (section 1(1)). The Government determines the direction of the activities; it also decides which authorities may issue more detailed directives and which authority is to conduct the intelligence activities (section 1(2) and 1(3)). The Government issues general tasking directives annually. Foreign intelligence may not be conducted for the purpose of solving tasks in the area of law

and repealing Directive 95/46/EC) entered into force. Like the Directive it replaced, the Regulation does not apply to State activities concerning public safety, defence and State security (Article 2(2)).

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

82. The applicant complained that that Swedish state practice and legislation concerning signals intelligence had violated and continued to violate its right to respect for private life and correspondence. The complaint concerned three time periods: from 2002 to 1 January 2009, from 1 January 2009 to 1 December 2009 and from 1 December 2009 onwards. The applicant invoked Article 8 of the Convention, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

A. Admissibility

83. The Government questioned whether the applicant had exhausted all domestic remedies available and left it for the Court to determine the exhaustion issue. They further submitted that the applicant could not claim to be a victim of the alleged violation of Article 8. With regard to private life, the Government disputed that such a right was afforded to legal persons. In any event, they argued that the complaint was manifestly ill-founded.

84. In regard to the Government’s first objection, the Court notes, as explained below (see paragraphs 171-177), that there is, in practice, no remedy which provides detailed grounds in its response to a complainant who suspects that he or she has had his communications intercepted. Furthermore, the Government have not pointed to any individual effective remedy that would have to be exhausted for the purposes of Article 35. The Court therefore finds that the applicant was not required to bring any domestic proceedings and accordingly rejects the objection concerning the exhaustion of domestic remedies.

85. As regards private life, the Court has previously held that it may be open to doubt whether a legal person can have a private life within the

clear, detailed rules on interception of telephone communications, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated. The domestic law must be sufficiently clear to give citizens an adequate indication as to the circumstances and conditions which give public authorities the power to resort to such measures (*Roman Zakharov*, § 229).

102. Moreover, since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the discretion granted to the executive or to a judge to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference (*Roman Zakharov*, § 230).

103. In its case-law on secret measures of surveillance in criminal investigations, the Court has developed the following minimum safeguards that should be set out in law in order to avoid abuses of power: a description of the nature of offences which may give rise to an interception order; a definition of the categories of people liable to have their communications intercepted; a limit on the duration of the measures; the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which recordings may or must be erased or destroyed (*Roman Zakharov*, § 231).

104. As to the question whether an interference has been “necessary in a democratic society” in pursuit of a legitimate aim, the Court has acknowledged that, when balancing the interest of the respondent State in protecting its national security through secret surveillance measures against the seriousness of the interference with an applicant’s rights under Article 8, the national authorities enjoy a certain margin of appreciation in choosing the means for achieving the legitimate aim of protecting national security. However, this margin is subject to European supervision embracing both legislation and decisions applying it. In view of the risk that a system of secret surveillance set up to protect national security may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it, the Court must be satisfied that there are adequate and effective guarantees against abuse. The assessment depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to authorise, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law. It has to be determined whether the procedures for supervising the ordering and implementation of the restrictive measures are such as to keep the

“interference” to what is “necessary in a democratic society” (*Roman Zakharov*, § 232).

105. Review and supervision of secret surveillance measures may come into play at three stages: when the surveillance is first ordered, while it is being carried out, or after it has been terminated. As regards the first two stages, the very nature and logic of secret surveillance dictate that not only the surveillance itself but also the accompanying review should be effected without the individual’s knowledge. Consequently, since the individual will necessarily be prevented from seeking an effective remedy of his or her own accord or from taking a direct part in any review proceedings, it is essential that the procedures established should themselves provide adequate and equivalent guarantees safeguarding his or her rights. In addition, the values of a democratic society must be followed as faithfully as possible in the supervisory procedures if the bounds of necessity, within the meaning of Article 8 § 2, are not to be exceeded. In a field where abuse is potentially so easy in individual cases and could have such harmful consequences for democratic society as a whole, it is in principle desirable to entrust supervisory control to a judge, judicial control normally offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure (*Roman Zakharov*, § 233).

106. As regards the third stage, after the surveillance has been terminated, the question of subsequent notification of surveillance measures is inextricably linked to the effectiveness of remedies and hence to the existence of effective safeguards against the abuse of monitoring powers. There is in principle little scope for recourse to a remedy by the individual concerned unless he or she is advised of the measures taken without his or her knowledge and thus able to challenge their legality retrospectively or, in the alternative, that any person who suspects that his or her communications are being or have been intercepted can apply to an appropriate body, so that the latter’s jurisdiction does not depend on a notification having been given to the subject who has had communications intercepted (*Roman Zakharov*, § 234).

107. Having found an interference of the applicant’s rights under Article 8 § 1, in examining the justification for the interference under Article 8 § 2, the Court needs to determine whether the contested legislation itself is in conformity with the Convention (*Roman Zakharov*, § 235). In cases where the legislation permitting secret surveillance is contested, the matter of the lawfulness of the interference is closely related to the question whether the “necessity” requirement has been complied with and it is therefore appropriate to address these two issues jointly. The “quality of law” in this sense implies that the domestic law must not only be accessible and foreseeable in its application, but must also ensure that secret surveillance measures are applied only when “necessary in a democratic

society”, in particular by providing for adequate and effective safeguards and guarantees against abuse (*Roman Zakharov*, § 236).

(b) Existing case-law on the bulk interception of communications

108. The Court has considered the Convention compatibility of regimes which expressly permit the bulk interception of communications on two occasions: first in *Weber and Saravia v. Germany* ((dec.), no. 54934/00, ECHR 2006-XI), and then in *Liberty and Others v. the United Kingdom* (no. 58243/00, 1 July 2008).

109. In *Weber and Saravia* the applicants complained about the process of strategic monitoring under the amended G10 Act, which authorised the monitoring of international wireless telecommunications. Signals emitted from foreign countries were monitored by interception sites situated on German soil with the aid of certain catchwords which were listed in the monitoring order. Only communications containing these catchwords were recorded and used. Having particular regard to the six “minimum safeguards” (see paragraph 103 above), the Court considered that there existed adequate and effective guarantees against abuses of the State’s strategic monitoring powers. It therefore declared the applicants’ Article 8 complaints to be manifestly ill-founded.

110. In *Liberty and Others* the Court was considering the regime under the Interception of Communications Act 1985 which allowed the executive to intercept communications passing between the United Kingdom and an external receiver. At the time of issuing an interception warrant, the Secretary of State was required to issue a certificate containing a description of the intercepted material which he considered should be examined. On the face of the 1985 Act, external communications sent to or from an address in the United Kingdom could only be included in the certificate if the Secretary of State considered it necessary for the prevention or detection of acts of terrorism. Otherwise, the legislation provided that material could be contained in a certificate, and thus listened to or read, if the Secretary of State considered that this was required in the interests of national security, the prevention of serious crime or the protection of the United Kingdom’s economy. The Court held that the domestic law at the relevant time did not indicate with sufficient clarity, so as to provide adequate protection against abuse of power, the scope or manner of exercise of the very wide discretion conferred on the State to intercept and examine external communications. In particular, it did not set out in a form accessible to the public any indication of the procedure to be followed for selecting for examination, sharing, storing and destroying intercepted material.

(c) Application of these principles to the facts of the case

111. It has not been disputed by the parties that the Swedish signals intelligence, in its present structure, has a basis in domestic law.

Furthermore, the Court considers it clear that the measures permitted by Swedish law pursue legitimate aims in the interest of national security by supporting Swedish foreign, defence and security policy and identifying external threats to the country. It therefore remains to be ascertained whether the domestic law is accessible and contains adequate and effective safeguards and guarantees to be considered “foreseeable” and “necessary in a democratic society”.

112. The Court has expressly recognised that the national authorities enjoy a wide margin of appreciation in choosing how best to achieve the legitimate aim of protecting national security (see *Weber and Saravia*, cited above, § 106). In *Weber and Saravia* and *Liberty and Others* the Court accepted that bulk interception regimes did not *per se* fall outside this margin. Given the reasoning of the Court in those judgments and in view of the current threats facing many Contracting States (including the scourge of global terrorism and other serious crime, such as drug trafficking, human trafficking, sexual exploitation of children and cybercrime), advancements in technology which have made it easier for terrorists and criminals to evade detection on the internet, and the unpredictability of the routes via which electronic communications are transmitted, the Court considers that the decision to operate a bulk interception regime in order to identify hitherto unknown threats to national security is one which continues to fall within States’ margin of appreciation.

113. Nevertheless, it is evident from the Court’s case-law over several decades that all interception regimes (both bulk and targeted) have the potential to be abused, especially where the true breadth of the authorities’ discretion to intercept cannot be discerned from the relevant legislation (see, for example, *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, Series A no. 28; *Kennedy*, cited above; *Roman Zakharov*, cited above, and *Szabó and Vissy v. Hungary*, no. 37138/14, 12 January 2016). Therefore, while States enjoy a wide margin of appreciation in deciding what type of interception regime is necessary to protect national security, the discretion afforded to them in operating an interception regime must necessarily be narrower. In this regard, the Court has identified six minimum safeguards that both bulk interception and other interception regimes must incorporate in order to be sufficiently foreseeable to minimise the risk of abuses of power (see paragraph 103 above).

114. Accordingly, adapting these minimum safeguards where necessary to reflect the operation of a bulk interception regime dealing exclusively with national security issues, the following assessment of the interference established (see paragraph 95 above) will address, in turn, the accessibility of the domestic law, the scope and duration of signals intelligence, the authorisation of the measures, the procedures to be followed for storing, accessing, examining, using, communicating and destroying the intercepted

accordance with a permit (see paragraph 36 above). The Court also has regard to the fact that the permits in question concern the collection of intelligence related to threats to national security and are not targeting individuals suspected of criminal conduct, in which case the need for specific provisions on the cancellation of permits would have been more prominent. Moreover, as noted by the Data Protection Authority (paragraph 60), the FRA continuously reviews whether the specific personal data it has intercepted is still needed for its signals intelligence activities. In these circumstances, the Court is satisfied that there are safeguards in place which adequately regulate the duration, renewal and cancellation of interception measures.

(iv) *Authorisation of secret surveillance measures*

(α) The parties' submissions

131. The applicant submitted that, although signals intelligence could not be conducted without prior authorisation by the Foreign Intelligence Court, the court's impartiality and independence from the Government could be questioned and its activities were covered by complete secrecy. Its hearings and decisions had never been made public. The same was true for information about the number of hearings, the number of permits granted or rejected, any reasoning of its decisions or the amount or type of search terms being used. As to the composition of the court, its members were elected for a limited period of time, except for the president.

132. The Government emphasised that all signals intelligence conducted required a permit from the Foreign Intelligence Court, including the FRA's development activities. The Government also stressed that the court was independent from Parliament and public authorities. Although its activities were governed by secrecy, a privacy protection representative was present to safeguard the interests of individuals.

(β) The Court's assessment

133. As the Court has previously held, the authorisation of telephone tapping by a non-judicial authority may be compatible with the Convention (see, for example, *Klass and Others*, cited above, § 51; and *Weber and Saravia*, cited above, § 115), provided that that authority is sufficiently independent from the executive (*Roman Zakharov*, cited above, § 258). However, the rule of law implies, *inter alia*, that an interference by the executive authorities with an individual's rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control normally offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure (*Klass and Others*, cited above, §§ 55 and 56). Prior judicial authorisation may serve to limit the authorities' discretion in interpreting the scope of mandating and

performing signals intelligence. Thus, a requirement of prior judicial authorisation constitutes an important safeguard against arbitrariness (*Roman Zakharov*, cited above, § 249). Nevertheless, prior authorisation of such measures is not an absolute requirement *per se*, because where there is extensive subsequent judicial oversight, this may counterbalance the shortcomings of the authorisation (*Szabó and Vissy*, cited above, § 77).

134. Under Swedish law, signals intelligence conducted by the FRA must be authorised in advance by the Foreign Intelligence Court. The president of the court is a permanent judge, whereas the vice president and other members are appointed by the Government on four-year terms. Neither Parliament nor the Government or other authorities may interfere with the court's decision-making, which is legally binding.

135. The main rule is that the court shall hold public hearings but, when secrecy applies, hearings may be held in private. As submitted by the applicant, and confirmed by the Government, the court's activities are in practice covered by complete secrecy. A hearing has never been open to the public and all decisions are confidential. As noted by the applicant, no information is disclosed to the public about the number of hearings, the number of permits granted or rejected, the reasoning of the court's decisions or the amount or type of search terms being used.

136. The Court is mindful of the fact that the nature of signals intelligence requires that surveillance is done in secret (see paragraph 101 above). It must therefore be accepted that, where there is a system of prior authorisation, sensitive aspects of the authorising body's activities are withheld from the public for as long as required in the individual case, in order not to defeat the purpose of the signals intelligence. However, such a procedure could only be accepted where there are adequate safeguards in place.

137. The Government have submitted that the lack of transparency is compensated by the presence of the privacy protection representative. He or she must be present during the court's examination, except in very urgent cases. The representative is either a present or former permanent judge or attorney and has access to all the case documents and may make statements. He or she does not appear on behalf of any individual concerned by the signals intelligence permit at issue, but protects the interests of the general public.

138. The Court is of the view that, while the privacy protection representative cannot appeal against a decision by the Foreign Intelligence Court or report any perceived irregularities to the supervisory bodies, the presence of the representative at the court's examinations compensates, to a limited degree, for the lack of transparency concerning the court's proceedings and decisions.

139. More importantly, taking into account that proceedings and decisions relating to secret surveillance largely require secrecy, the Court

Foreign Intelligence Inspectorate, the Parliamentary Ombudsmen and the Chancellor of Justice. In the Court's view, the aggregate of remedies, although not providing a full and public response to the objections raised by a complainant, must be considered sufficient in the present context, which involves an abstract challenge to the signals intelligence regime itself and does not concern a complaint against a particular intelligence measure. In reaching this conclusion, the Court attaches importance to the earlier stages of supervision of the regime, including the detailed judicial examination by the Foreign Intelligence Court of the FRA's requests for permits to conduct signals intelligence and the extensive and partly public supervision by several bodies, in particular the Foreign Intelligence Inspectorate.

(x) *Conclusion*

179. The Court is mindful of the potentially harmful effects that the operation of a signals intelligence scheme may have on the protection of privacy. Nevertheless, the Court acknowledges the importance for national security operations of a system such as the one examined in the present case. It notes, in this respect, the similar conclusions drawn by the Venice Commission (see paragraph 69 above). Having regard to the present-day threats being posed by global terrorism and serious cross-border crime as well as the increased sophistication of communications technology, the decision to set up a bulk interception regime in order to identify such threats was one which fell within the respondent State's margin of appreciation. As noted above (paragraph 112), in deciding on the type of regime necessary, the margin afforded was a wide one.

180. As noted simultaneously, the State's discretion in operating the interception regime is more narrow. When examining the Swedish system of signals intelligence *in abstracto*, the Court has had regard to the relevant legislation and the other information available in order to assess whether, on the whole, there are sufficient minimum safeguards in place to protect the public from abuse. While the above assessment has disclosed some areas where there is scope for improvement – notably the regulation of the communication of personal data to other states and international organisations (see paragraph 150 above) and the practice of not giving public reasons following a review of individual complaints (paragraphs 173 and 177) – the Court is of the opinion that the system reveals no significant shortcomings in its structure and operation. The regulatory framework has been reviewed several times, in order to expand the use of signals intelligence but also, more importantly, with the aim to enhance protection of privacy. It has developed in such a way that it minimises the risk of interference with privacy and compensates for the lack of openness. In particular, the scope of the signals intelligence measures and the treatment of intercepted data are clearly defined in law, the authorisation procedure is detailed and entrusted to a judicial body and there are several independent

bodies tasked with the supervision and review of the system. The Court's finding that the system reveals no significant shortcomings is the result of an examination *in abstracto* and does not preclude a review of the State's liability under the Convention where, for example, the applicant has been made aware of an actual interception.

181. Accordingly, making an overall assessment and having regard to the margin of appreciation enjoyed by the national authorities in protecting national security, the Court finds that the Swedish system of signals intelligence provides adequate and sufficient guarantees against arbitrariness and the risk of abuse. The relevant legislation meets the "quality of law" requirement and the "interference" established can be considered as being "necessary in a democratic society". Furthermore, the structure and operation of the system are proportionate to the aim sought to be achieved.

There has accordingly been no violation of Article 8 of the Convention.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

182. The applicant complained that it has had no effective domestic remedy through which to challenge the violation of its rights under Article 8 of the Convention. The applicant relied on Article 13 of the Convention, which reads as follows:

"Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity."

183. The Government contested that argument.

184. Having regard to the findings under Article 8 (see, in particular, paragraph 178 above), the Court considers that, although the present complaint is closely linked to the complaint under Article 8 and therefore has to be declared admissible, it raises no separate issue under Article 13 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

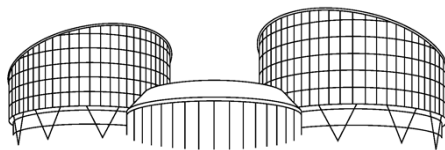
1. *Joins* to the merits the Government's objection regarding the applicant's lack of victim status and *declares* the application admissible;
2. *Dismisses* the Government's above-mentioned objection;
3. *Holds* that there has been no violation of Article 8 of the Convention;

4. *Holds* that there is no need to examine separately the complaint under Article 13 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 19 June 2018, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stephen Phillips
Registrar

Branko Lubarda
President



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

FIRST SECTION

**CASE OF BIG BROTHER WATCH AND OTHERS
v. THE UNITED KINGDOM**

(Applications nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15)

JUDGMENT

STRASBOURG

13 September 2018

Referral to the Grand Chamber

04/02/2019

This judgment will become final in the circumstances set out in Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom,
The European Court of Human Rights (First Section), sitting as a
Chamber composed of:

Linos-Alexandre Sicilianos, *President*,
Kristina Pardalos,
Aleš Pejchal,
Ksenija Turković,
Armen Harutyunyan,
Pauliine Koskelo,
Tim Eicke, *judges*,

and Abel Campos, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 7 November 2017 and 3 July 2018,
Delivers the following judgment, which was adopted on the
last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in three applications (nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by the companies, charities, organisations and individuals listed in the Appendix (“the applicants”) on 4 September 2013, 11 September 2014 and 20 May 2015 respectively.

2. The applicants were represented by Mr D. Carey, of Deighton Pierce Glynn Solicitors; Ms R. Curling of Leigh Day and Co. Solicitors; and Ms E. Norton of Liberty. The Government of the United Kingdom (“the Government”) were represented by their Agent, Ms R. Sagoo of the Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicants complained about the scope and magnitude of the electronic surveillance programmes operated by the Government of the United Kingdom.

4. The applications were communicated to the Government on 7 January 2014, 5 January 2015 and 24 November 2015. In the first case, leave to intervene was granted to Human Rights Watch, Access Now, Bureau Brandeis, Center For Democracy & Technology, European Network of National Human Rights Institutions and the Equality and Human Rights Commission, the Helsinki Foundation For Human Rights, the International Commission of Jurists, Open Society Justice Initiative, The Law Society of England and Wales and Project Moore; in the second case, to the Center For Democracy & Technology, the Helsinki Foundation For Human Rights, the International Commission of Jurists, the National Union of Journalists and

the Media Lawyers' Association; and in the third case, to Article 19, the Electronic Privacy Information Center and to the Equality and Human Rights Commission.

5. On 4 July 2017 the Chamber of the First Section decided to join the applications and hold an oral hearing. That hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 7 November 2017.

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms R. SAGOO,	<i>Agent,</i>
Mr J. EADIE QC,	
Mr J. MILFORD,	<i>Counsel,</i>
Ms N. SAMUEL	
Mr S. BOWDEN,	
Mr M. ANSTEE,	
Mr T. RUTHERFORD,	
Ms L. MORGAN,	
Mr B. NEWMAN,	<i>Advisers.</i>

(b) *for the applicants*

Ms D. ROSE QC,	
Ms H. MOUNTFIELD QC,	
Mr M. RYDER QC,	<i>Counsel,</i>
Mr R. MEHTA,	
Mr C. MCCARTHY,	
Mr D. CAREY,	
Mr N. WILLIAMS	<i>Advisers.</i>

6. The Court heard addresses by Mr Eadie, Ms Rose and Ms Mountfield, as well as their replies to questions put by the President and by Judges Koskelo, Harutyunyan, Eicke, Turković and Pardalos.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. Background

7. The three applications were introduced following revelations by Edward Snowden relating to the electronic surveillance programmes

A. The section 8(4) regime

270. The applicants in all of the joined cases complain that the regime under section 8(4) of RIPA for the bulk interception of communications is incompatible with their right to respect for their rights under Article 8 of the Convention, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

271. The Government contested that argument. They did not, however, raise any objection under Article 1 of the Convention; nor did they suggest that the interception of communications under the section 8(4) regime was taking place outside the United Kingdom’s territorial jurisdiction. The Court will therefore proceed on the assumption that the matters complained of fall within the jurisdictional competence of the United Kingdom.

1. Admissibility

272. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

2. Merits

(a) The parties’ submissions

(i) The applicants

273. The applicants accepted that the bulk interception regime had a basis in domestic law. However, they argued that it lacked the quality of law because it was so complex as to be inaccessible to the public and to the Government, reliance was placed on arrangements which were substantially “below the waterline” rather than on clear and binding legal guidelines, and it lacked sufficient guarantees against abuse.

274. In particular, the applicants submitted that the section 8(4) regime did not comply with the six requirements identified by this Court in *Weber and Saravia v. Germany* (dec.), no. 54934/00, ECHR 2006-XI. Firstly, they contended that the purposes for which interception could be permitted (such as “the interests of national security” and “the economic well-being of the United Kingdom) were too vague to provide a clear limit on the intelligence services’ activities.

magnified when analysed on a large scale. Indeed, Stewart Baker, general counsel of the NSA, had indicated that metadata could disclose everything about someone's life, and that if you had enough metadata, you wouldn't need content. As a result, different degrees of protection should not be afforded to personal data based on the arbitrary and irrelevant distinction between content and metadata, but rather on the inferences that could be drawn from the data.

(viii) The Law Society of England and Wales

302. The Law Society expressed deep concern about the implications of the section 8(4) regime for the principle of legal professional privilege. In particular, the regime permitted the interception of legally privileged and confidential communications between lawyers and clients, even when both were in the United Kingdom. It also permitted the routine collection of metadata attaching to such communications. Furthermore, once intercepted these legally privileged communications could be used, provided that the primary purpose and object of the warrant was the collection of external communications. This arrangement – and the absence of adequate constraints on the use of such material – was apt to have a potentially severe chilling effect on the frankness and openness of lawyer-client communications.

(c) The Court's assessment

(i) General principles relating to secret measures of surveillance, including the interception of communications

303. Although the Court has developed extensive jurisprudence on secret measures of surveillance, its case-law concerns many different forms of surveillance, including, but not limited to, the interception of communications. It also concerns many different forms of "interference" with applicants' right to respect for their private lives; for example, while some cases concern the interception of the content of communications, others concern the interception or obtaining of communications data, or the tracking of individuals via GPS. As the Court has at times differentiated between the different types of surveillance and the different forms of interference, there is no one set of general principles which apply in all cases concerning secret measures of surveillance. The following principles can, however, be extrapolated from the Court's case-law.

304. Any interference with an individual's Article 8 rights can only be justified under Article 8 § 2 if it is in accordance with the law, pursues one or more of the legitimate aims to which that paragraph refers and is necessary in a democratic society in order to achieve any such aim (see *Roman Zakharov*, cited above, § 227, and *Kennedy*, cited above, § 130).

305. According to the Court's well established case-law, the wording "in accordance with the law" requires the impugned measure to have some basis in domestic law (as opposed to a practice which does not have a specific legal basis – see *Heglas v. the Czech Republic*, no. 5935/02, § 74, 1 March 2007). It must also be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the Preamble to the Convention and inherent in the object and purpose of Article 8. The law must therefore be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (see *Roman Zakharov*, cited above, § 228; see also, among many other authorities, *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V; *S. and Marper*, cited above, § 95, and *Kennedy*, cited above, § 151).

306. The Court has held on several occasions that the reference to "foreseeability" in the context of secret surveillance cannot be the same as in many other fields. Foreseeability in the special context of secret measures of surveillance, such as the interception of communications, cannot mean that an individual should be able to foresee when the authorities are likely to resort to such measures so that he can adapt his conduct accordingly. However, especially where a power vested in the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident. It is therefore essential to have clear, detailed rules on secret surveillance measures, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated. The domestic law must be sufficiently clear to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to any such measures (see *Roman Zakharov*, cited above, § 229; see also *Malone*, cited above, § 67, *Leander*, cited above, § 51; *Huvig v. France*, 24 April 1990, § 29, Series A no. 176-B; *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30 July 1998, § 46, Reports of Judgments and Decisions 1998-V; *Rotaru*, cited above, § 55; *Weber and Saravia*, cited above, § 93; *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaria*, no. 62540/00, § 75, 28 June 2007). Moreover, the law must indicate the scope of any discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference (see *Roman Zakharov*, cited above, § 230; see also, among other authorities, *Malone*, cited above, § 68; *Leander*, cited above, § 51; *Huvig*, cited above, § 29; and *Weber and Saravia*, cited above, § 94).

307. In its case-law on the interception of communications in criminal investigations, the Court has developed the following minimum requirements that should be set out in law in order to avoid abuses of power: the nature of offences which may give rise to an interception order; a definition of the categories of people liable to have their communications intercepted; a limit on the duration of interception; the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; the precautions

to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which intercepted data may or must be erased or destroyed (see *Huvig*, cited above, § 34; *Valenzuela Contreras*, cited above, § 46; *Weber and Saravia*, cited above, § 95; and *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev*, cited above, § 76). In *Roman Zakharov* (cited above, § 231) the Court confirmed that the same six minimum requirements also applied in cases where the interception was for reasons of national security; however, in determining whether the impugned legislation was in breach of Article 8, it also had regard to the arrangements for supervising the implementation of secret surveillance measures, any notification mechanisms and the remedies provided for by national law (*Roman Zakharov*, cited above, § 238).

308. As to the question whether an interference was “necessary in a democratic society” in pursuit of a legitimate aim, the Court has acknowledged that, when balancing the interest of the respondent State in protecting its national security through secret surveillance measures against the seriousness of the interference with an applicant’s right to respect for his or her private life, the national authorities enjoy a certain margin of appreciation in choosing the means for achieving the legitimate aim of protecting national security. However, this margin is subject to European supervision embracing both legislation and decisions applying it. In view of the risk that a system of secret surveillance set up to protect national security may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it, the Court must be satisfied that there are adequate and effective guarantees against abuse. The assessment depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to authorise, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law. The Court has to determine whether the procedures for supervising the ordering and implementation of the restrictive measures are such as to keep the “interference” to what is “necessary in a democratic society” (see *Roman Zakharov*, cited above, § 232; see also *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, §§ 49, 50 and 59, Series A no. 28, *Weber and Saravia*, cited above, § 106 and *Kennedy*, cited above, §§ 153 and 154).

309. Review and supervision of secret surveillance measures may come into play at three stages: when the surveillance is first ordered, while it is being carried out, or after it has been terminated. As regards the first two stages, the very nature and logic of secret surveillance dictate that not only the surveillance itself but also the accompanying review should be effected without the individual’s knowledge. Consequently, since the individual will necessarily be prevented from seeking an effective remedy of his or her own accord or from taking a direct part in any review proceedings, it is essential that the procedures established should themselves provide adequate and

equivalent guarantees safeguarding his or her rights. In a field where abuse is potentially so easy in individual cases and could have such harmful consequences for democratic society as a whole, it is in principle desirable to entrust supervisory control to a judge, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure (see *Roman Zakharov*, cited above, § 233; see also *Klass and Others*, cited above, §§ 55 and 56).

310. As regards the third stage, after the surveillance has been terminated, the question of subsequent notification of surveillance measures is inextricably linked to the effectiveness of remedies before the courts and hence to the existence of effective safeguards against the abuse of monitoring powers. There is in principle little scope for recourse to the courts by the individual concerned unless the latter is advised of the measures taken without his or her knowledge and thus able to challenge their legality retrospectively (see *Roman Zakharov*, cited above, § 234; see also *Klass and Others*, cited above, § 57, and *Weber and Saravia*, cited above, § 135) or, in the alternative, unless any person who suspects that he or she has been subject to surveillance can apply to courts, whose jurisdiction does not depend on notification to the surveillance subject of the measures taken (see *Roman Zakharov*, cited above, § 234; see also *Kennedy*, cited above, § 167).

(ii) *Existing case-law on the bulk interception of communications*

311. The Court has considered the Convention compatibility of regimes which expressly permit the bulk interception of communications on two occasions: first in *Weber and Saravia* (cited above), and then in *Liberty and Others v. the United Kingdom*, no. 58243/00, 1 July 2008.

312. In *Weber and Saravia* the applicants complained about the process of strategic monitoring under the amended G10 Act, which authorised the monitoring of international wireless telecommunications. Signals emitted from foreign countries were monitored by interception sites situated on German soil with the aid of certain catchwords which were listed in the monitoring order. Only communications containing these catchwords were recorded and used. Having particular regard to the six “minimum requirements” set out in paragraph 307 above, the Court considered that there existed adequate and effective guarantees against abuses of the State’s strategic monitoring powers. It therefore declared the applicants’ Article 8 complaints to be manifestly ill-founded.

313. In *Liberty and Others* the Court was considering the regime under section 3(2) of the Interception of Communications Act 1985, which was in effect the predecessor of the regime under section 8(4) of RIPA. Section 3(2) allowed the executive to intercept communications passing between the United Kingdom and an external receiver. At the time of issuing a section 3(2) warrant, the Secretary of State was required to issue a

certificate containing a description of the intercepted material which he considered should be examined. The 1985 Act provided that material could be contained in a certificate, and thus listened to or read, if the Secretary of State considered that this was required in the interests of national security, the prevention of serious crime or the protection of the United Kingdom's economy. However, external communications emanating from a particular address in the United Kingdom could only be included in a certificate for examination if the Secretary of State considered it necessary for the prevention or detection of acts of terrorism. The Court held that the domestic law at the relevant time (which predated the adoption of the Interception of Communications Code of Practice – see, in particular, paragraph 109 above) did not indicate with sufficient clarity, so as to provide adequate protection against abuse of power, the scope or manner of exercise of the very wide discretion conferred on the State to intercept and examine external communications. In particular, it did not set out in a form accessible to the public any indication of the procedure to be followed for selecting for examination, sharing, storing and destroying intercepted material.

(iii) *The test to be applied in the present case*

314. The Court has expressly recognised that the national authorities enjoy a wide margin of appreciation in choosing how best to achieve the legitimate aim of protecting national security (see *Weber and Saravia*, cited above, § 106). Furthermore, in *Weber and Saravia* and *Liberty and Others* the Court accepted that bulk interception regimes did not *per se* fall outside this margin. Although both of these cases are now more than ten years old, given the reasoning of the Court in those judgments and in view of the current threats facing many Contracting States (including the scourge of global terrorism and other serious crime, such as drug trafficking, human trafficking, the sexual exploitation of children and cybercrime), advancements in technology which have made it easier for terrorists and criminals to evade detection on the Internet, and the unpredictability of the routes via which electronic communications are transmitted, the Court considers that the decision to operate a bulk interception regime in order to identify hitherto unknown threats to national security is one which continues to fall within States' margin of appreciation.

315. Nevertheless, as indicated previously, it is evident from the Court's case-law over several decades that all interception regimes (both bulk and targeted) have the potential to be abused, especially where the true breadth of the authorities' discretion to intercept cannot be discerned from the relevant legislation (see, for example, *Roman Zakharov*, cited above, and *Szabó and Vissy v. Hungary*, no. 37138/14, 12 January 2016). Therefore, while States enjoy a wide margin of appreciation in deciding what type of interception regime is necessary to protect national security, the discretion

afforded to them in operating an interception regime must necessarily be narrower. In this regard, the Court has identified six minimum requirements that both bulk interception and other interception regimes must satisfy in order to be sufficiently foreseeable to minimise the risk of abuses of power (see paragraph 307 above).

316. The applicants argue that in the present case the Court should “update” those requirements by including requirements for objective evidence of reasonable suspicion in relation to the persons for whom data is being sought, prior independent judicial authorisation of interception warrants, and the subsequent notification of the surveillance subject (see paragraph 280 above). In their view, such changes would reflect the fact that due to recent technological developments the interception of communications now has greater potential than ever before to paint an intimate and detailed portrait of a person’s private life and behaviour. However, while the Court does not doubt the impact of modern technology on the intrusiveness of interception, and has indeed emphasised this point in its case-law, it would be wrong automatically to assume that bulk interception constitutes a greater intrusion into the private life of an individual than targeted interception, which by its very nature is more likely to result in the acquisition and examination of a large volume of his or her communications. In any event, although the Court would agree that the additional requirements proposed by the applicants might constitute important safeguards in some cases, for the reasons set out below it does not consider it appropriate to add them to the list of minimum requirements in the case at hand.

317. First of all, requiring objective evidence of reasonable suspicion in relation to the persons for whom data is being sought and the subsequent notification of the surveillance subject would be inconsistent with the Court’s acknowledgment that the operation of a bulk interception regime in principle falls within a State’s margin of appreciation. Bulk interception is by definition untargeted, and to require “reasonable suspicion” would render the operation of such a scheme impossible. Similarly, the requirement of “subsequent notification” assumes the existence of clearly defined surveillance targets, which is simply not the case in a bulk interception regime.

318. Judicial authorisation, by contrast, is not inherently incompatible with the effective functioning of bulk interception. Nevertheless, as the Venice Commission acknowledged in their report on the Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies (see paragraph 212 above), while the Court has recognised that judicial authorisation is an “important safeguard against arbitrariness” (see *Roman Zakharov*, cited above, § 249), to date it has not considered it to be a “necessary requirement” or the exclusion of judicial control to be outside “the limits of what may be deemed necessary in a democratic society” (see, for example,

(γ) Conclusions

387. In light of the foregoing considerations, the Court considers that the decision to operate a bulk interception regime was one which fell within the wide margin of appreciation afforded to the Contracting State. Furthermore, in view of the independent oversight provided by the Interception of Communications Commissioner and the IPT, and the extensive independent investigations which followed the Edward Snowden revelations, it is satisfied that the intelligence services of the United Kingdom take their Convention obligations seriously and are not abusing their powers under section 8(4) of RIPA. Nevertheless, an examination of those powers has identified two principal areas of concern; first, the lack of oversight of the entire selection process, including the selection of bearers for interception, the selectors and search criteria for filtering intercepted communications, and the selection of material for examination by an analyst; and secondly, the absence of any real safeguards applicable to the selection of related communications data for examination.

388. In view of these shortcomings and to the extent just outlined, the Court finds that the section 8(4) regime does not meet the “quality of law” requirement and is incapable of keeping the “interference” to what is “necessary in a democratic society”. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.

B. The intelligence sharing regime

389. The applicants in the third of the joined cases complain that the respondent State’s receipt of material intercepted by the NSA under PRISM and Upstream was in breach of their rights under Article 8 of the Convention. The applicants in the first of the joined cases complain more generally about the receipt of information from foreign intelligence services.

1. Admissibility

(a) The parties’ submissions

390. The Government argued that the applicants could not claim to be victims of the alleged violation within the meaning of Article 34 of the Convention since they could not possibly have been affected by the intelligence sharing regime. They did not contend, and had put forward no evidential basis for contending, that their communications had in fact been intercepted under PRISM/Upstream and subsequently shared with the United Kingdom intelligence services. Rather, they asserted only that their communications “might have been” subject to foreign interception conveyed to United Kingdom authorities, or that they “believed” that to be the case. As such, their complaint was an abstract one about the regime

range of Convention Articles – the very real threat that Contracting States currently face on account of international terrorism (see, for example, *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 79, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V; *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, § 181, ECHR 2009; *A. v. the Netherlands*, no. 4900/06, § 143, 20 July 2010; *Trabelsi v. Belgium*, no. 140/10, § 117, ECHR 2014 (extracts); and *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*, no. 8139/09, § 183, ECHR 2012).

446. Faced with such a threat, the Court has considered it legitimate for Contracting States to take a firm stand against those who contribute to terrorist acts (see *Othman*, cited above, § 183). Due to the nature of global terrorism, and in particular the complexity of global terror networks, the Court accepts that taking such a stand – and thus preventing the perpetration of violent acts endangering the lives of innocent people – requires a flow of information between the security services of many countries in all parts of the world. As, in the present case, this “information flow” was embedded into a legislative context providing considerable safeguards against abuse, the Court would accept that the resulting interference was kept to that which was “necessary in a democratic society”.

(θ) Conclusions

447. In light of the foregoing considerations, the Court considers that the domestic law, together with the clarifications brought by the amendment of the IC Code, indicate with sufficient clarity the procedure for requesting either interception or the conveyance of intercept material from foreign intelligence agencies. In this regard, it observes that the high threshold recommended by the Venice Commission – namely, that the material transferred should only be able to be searched if all the material requirements of a national search were fulfilled and this was duly authorised in the same way as a search of bulk material obtained by the signals intelligence agency using its own techniques – is met by the respondent State’s regime. The Court further observes that there is no evidence of any significant shortcomings in the application and operation of the regime. On the contrary, following an investigation the ISC found no evidence whatsoever of abuse.

448. There has accordingly been no violation of Article 8 of the Convention.

(v) *Application of the test to material falling into the third category*

449. The third category of material identified at paragraph 417 above is material obtained by foreign intelligence agencies other than by the interception of communications. However, as the applicants have not specified the kind of material foreign intelligence agencies might obtain by methods other than interception they have not demonstrated that its

acquisition would interfere with their Article 8 rights. As such, the Court considers that there is no basis upon which it could find a violation of Article 8 of the Convention.

C. The Chapter II regime

450. The applicants in the second of the joined cases complained that the regime for the acquisition of communications data under Chapter II of RIPA was incompatible with their rights under Article 8 of the Convention.

1. Admissibility

451. In both their application to the Court and their initial observations, the applicants in the second of the joined cases incorrectly referred to the Chapter II regime as a regime for the interception of communications data. The Court observes, however, that it is not an interception regime, but rather permits certain public authorities to acquire communications data from Communications Service Providers (“CSPs”). In view of the “fundamental legal misunderstanding” upon which the complaint was originally founded, the Government submitted that the applicants have put forward no factual basis whatsoever for concluding that their communications were acquired in this way, and that they did not contend that they had been affected, either directly or indirectly, by the regime. The Government further argued that neither of the two conditions identified by the Court in *Roman Zakharov* (cited above, § 171) were satisfied in respect of the Chapter II regime: the applicants did not belong to a group “targeted” by the contested legislation, and they had available to them an effective domestic remedy. Consequently, they could not claim to be victims of the alleged violation within the meaning of Article 34 of the Convention.

452. The applicants, on the other hand, submitted that they were entitled to bring the present complaint since they could possibly have been affected by the impugned legislation and no effective remedy was available at the domestic level.

453. In assessing victim status the Court is predominantly concerned with whether an effective remedy existed which permitted a person who suspected that he or she was subject to secret surveillance to challenge that surveillance (see *Roman Zakharov*, cited above, § 171). In the present case, although the Court accepted that there existed special circumstances absolving the applicants from the requirement that they first bring their complaints to the IPT (see paragraph 268 above), it nevertheless found that the IPT was an effective remedy, available in theory and practice, which was capable of offering redress to applicants complaining of both specific incidences of surveillance and the general Convention compliance of surveillance regimes (see paragraphs 250-266 above). Consequently, the applicants can only claim to be “victims” on account of the mere existence

(ii) The Government

458. The Government pointed out that as the Chapter II regime was a targeted regime, there was nothing “unintentional” about its operation. On the contrary, the acquisition of communications data under it would always be intentional. It was therefore to be distinguished from regimes for the bulk interception or bulk acquisition of data.

459. The Government further argued that the amended Acquisition and Disclosure of Communications Data Code of Practice (“the ACD Code”) provided adequate safeguards in respect of the retention of communications data acquired under the Chapter II regime, and that the Interception of Communications Commissioner provided an important degree of oversight of the operation of the regime.

(b) The Court’s assessment*(i) Existing case-law on the acquisition of communications data*

460. To date, the Court has only twice been called on to consider the Convention compliance of a regime for the acquisition by a public authority of communications data from a CSP: in *Malone* and, more recently, in *Ben Faiza* (both cited above). In *Malone*, the authorities had obtained the numbers dialled on a particular telephone and the time and duration of the calls from the Post Office, which, as the supplier of the telephone service, had acquired this data legitimately by a process known as “metering”. While the Court accepted that the use of the data could give rise to an issue under Article 8 of the Convention, it considered that “by its nature” it had to be distinguished from the interception of communications, which was “undesirable and illegitimate in a democratic society unless justified” (see *Malone*, cited above, § 84). However, it was not necessary for the Court to consider this issue in any further detail, since, in the absence of any legal framework governing the acquisition of records from the Post Office, the Court found that the interference had no basis in domestic law (see *Malone*, cited above, § 87).

461. While *Malone* is now thirty-four years old, the *Ben Faiza* judgment was delivered in February 2018. In that case the Court was considering an order issued to a mobile telephone operator to provide lists of incoming and outgoing calls on four mobile telephones, together with the list of cell towers “pinged” by those telephones. Pursuant to the domestic law in question (Article 77-1-1 of the Criminal Procedure Code), prosecutors or investigators could, on the authorisation of the former, require establishments, organisations, persons, institutions and administrations to provide them with documents in their possession which were required for the purposes of the investigation. The Court accepted that the measure was “in accordance with the law”, and that the law provided adequate safeguards against arbitrariness. In respect of those safeguards, the Court observed that

a request under Article 77-1-1 was subject to the prior authorisation of the public prosecutor's office; this obligation could not be derogated from under penalty of nullity of the act; and the legality of such a measure could be reviewed in subsequent criminal proceedings against the person concerned and, if found to be unlawful, the criminal courts could exclude the evidence so obtained (*Ben Faiza*, cited above, §§ 72-73).

462. In adopting this approach, the Court distinguished between methods of investigation which made it possible to identify the past geographical position of a person and those which made it possible to geolocate him or her in real time, indicating that the latter was more likely to violate the right to respect for private life. Consequently, in the view of the Court, the transmission to a judicial authority of existing data held by a public or private body was to be distinguished from the establishment of a surveillance system, such as the ongoing monitoring of a telephone line or the placing of a tracking device on a vehicle (*Ben Faiza*, cited above, § 74; see also paragraph 350 above).

463. The Court of Justice of the European Union has also addressed this issue. In *Digital Rights Ireland v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and Settinger and Others* (Cases C-293/12 and C-594/12), the CJEU considered the validity of the Data Retention Directive, and in *Secretary of State for the Home Department v. Watson and Others* (C-698/15), the validity of domestic legislation containing the same provisions as that directive (see paragraphs 224-234 above). While its focus was on the retention of data by CSPs, it also considered the question of access to retained data by the national authorities. In doing so, it indicated that access should be limited to what was strictly necessary for the objective pursued and, where that objective was fighting crime, it should be restricted to fighting serious crime. It further suggested that access should be subject to prior review by a court or independent administrative authority, and that there should be a requirement that the data concerned be retained within the European Union. In light of the CJEU's findings, Liberty sought to challenge Part 4 of the IPA, which included a power to issue "retention notices" to telecommunications operators requiring the retention of data. In response, the Government conceded that Part 4 was incompatible with fundamental rights in EU law since access to retained data was not limited to the purpose of combating "serious crime"; and access to retained data was not subject to prior review by a court or an independent administrative body. The High Court held that the legislation had to be amended by 1 November 2018 (see paragraph 196 above).

(ii) *The approach to be taken in the present case*

464. The appropriate test in the present case will therefore be whether the Chapter II regime was in accordance with the law; whether it pursued a legitimate aim; and whether it was necessary in a democratic society, having

particular regard to the question of whether it provided adequate safeguards against arbitrariness.

(iii) *Examination of the Chapter II regime*

465. No interference can be considered to be “in accordance with law” unless the decision occasioning it complies with the relevant domestic law. It is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply the domestic law: the national authorities are, in the nature of things, particularly qualified to settle issues arising in this connection. The Court cannot question the national courts’ interpretation, except in the event of flagrant non-observance or arbitrariness in the application of the domestic legislation in question (see *Mustafa Sezgin Tanriku*, cited above, § 53; see also, *mutatis mutandis*, *Weber and Saravia*, cited above, § 90).

466. The Court observes that the Chapter II regime has a clear basis in both section 22 of RIPA and the ACD Code. However, as a Member State of the European Union, the Community legal order is integrated into that of the United Kingdom and, where there is a conflict between domestic and law and EU law, the latter has primacy. Consequently, the Government have conceded that Part 4 of the IPA is incompatible with EU law because access to retained data was not limited to the purpose of combating “serious crime”; and access to retained data was not subject to prior review by a court or an independent administrative body. Following this concession, the High Court ordered that the relevant provisions of the IPA should be amended by 1 November 2018 (see paragraph 196 above).

467. It is therefore clear that domestic law, as interpreted by the domestic authorities in light of the recent judgments of the CJEU, requires that any regime permitting the authorities to access data retained by CSPs limits access to the purpose of combating “serious crime”, and that access be subject to prior review by a court or independent administrative body. As the Chapter II regime permits access to retained data for the purpose of combating crime (rather than “serious crime”) and, save for where access is sought for the purpose of determining a journalist’s source, it is not subject to prior review by a court or independent administrative body, it cannot be in accordance with the law within the meaning of Article 8 of the Convention.

468. Accordingly, the Court finds that there has been a violation of Article 8 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

469. The applicants in the third of the joined cases complained under Article 10 of the Convention about the section 8(4) regime and the intelligence sharing regime, arguing, in particular, that the protection

FOR THESE REASONS, THE COURT:

1. *Declares*, unanimously, the complaints made by the applicants in the third of the joined cases concerning Article 6, Article 10, insofar as the applicants rely on their status as NGOs, and Article 14 inadmissible;
2. *Declares*, unanimously, the remainder of the complaints made by the applicants in the third of the joined cases admissible;
3. *Declares*, by a majority, the complaints made by the applicants in the first and second of the joined cases admissible;
4. *Holds*, by five votes to two, that there has been a violation of Article 8 of the Convention in respect of the section 8(4) regime;
5. *Holds*, by six votes to one, that there has been a violation of Article 8 of the Convention in respect of the Chapter II regime,
6. *Holds*, by five votes to two, that there has been no violation of Article 8 of the Convention in respect of the intelligence sharing regime;
7. *Holds*, by six votes to one, that, insofar as it was raised by the applicants in the second of the joined cases, there has been a violation of Article 10 of the Convention in respect of the section 8(4) regime and the Chapter II regime;
8. *Holds*, unanimously, that there is no need to examine the remaining complaints made by the applicants in the third of the joined cases under Article 10 of the Convention;
9. *Holds*, by six votes to one,
 - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into the currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement:
 - (i) to the applicants in the first of the joined cases: EUR 150,000 (one hundred and fifty thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses;
 - (ii) to the applicants in the second of the joined cases: EUR 35,000 (thirty-five thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a

rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points; and

10. *Dismisses*, unanimously, the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 13 September 2018, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

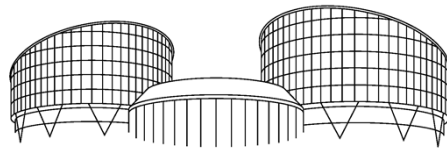
Abel Campos
Registrar

Linos-Alexandre Sicilianos
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Koskelo, joined by Judge Turković; and
(b) joint partly dissenting and partly concurring opinion of Judges Pardalos and Eicke.

L.-A.S.
A.C.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Information Note on the Court's case-law 221

August-September 2018

Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom - 58170/13, 62322/14 and 24960/15

Judgment 13.9.2018 [Section I]

Article 35

Article 35-1

Exhaustion of domestic remedies

Effective domestic remedy

Effectiveness of complaint about the general Convention compliance of a surveillance regime to the Investigatory Powers Tribunal: *admissible*

Article 8

Article 8-1

Respect for private life

Convention compliance of secret surveillance regime including the bulk interception of external communications: *violations, no violation*

Article 10

Article 10-1

Freedom of expression

Insufficient protection of confidential journalist material under electronic surveillance schemes: *violations*

[This case was referred to the Grand Chamber on 4 February 2019]

Facts – The applicants, a number of companies, charities, organisations and individuals made up of three applications to the Court, complained about the scope and magnitude of the electronic surveillance programmes operated by the Government of the United Kingdom. The applicants all believed that due to the nature of their activities, their electronic communications were likely to have either been intercepted by the United Kingdom intelligence services; obtained by the United Kingdom intelligence services after being intercepted by foreign governments; and/or obtained by the United Kingdom authorities from Communications Service Providers (CSPs).

The applicants complained about the Article 8 compatibility of three discrete regimes: the regime for the bulk interception of communications under section 8(4) of the

Regulation of Investigatory Powers Act (RIPA); the intelligence sharing regime; and the regime for the acquisition of communications data under Chapter II of RIPA.

The applicants in the third of the joined cases each lodged a complaint before the Investigatory Powers Tribunal (IPT) alleging violations of Articles 8, 10 and 14 of the Convention. As regards interceptions of external communications pursuant to a warrant issued under section 8(4) of RIPA, the IPT found that the regime and safeguards were sufficiently compliant with the requirements the European Court had laid down in *Weber and Saravia v. Germany* (dec.) for the interference to be “in accordance with the law” for the purposes of Article 8 of the Convention. It did, however, find two “technical” breaches of Article 8 concerning in one instance the retention for longer than permitted of lawfully intercepted material and in the other a failure to follow the proper selection-for-examination procedure. The applicants in the first and second of the joined cases did not bring complaints before the IPT.

Law

Article 35 (exhaustion of domestic remedies): The IPT was a specialist tribunal with sole jurisdiction to hear allegations of wrongful interference with communications as a result of conduct covered by RIPA. It considered both the generic compliance of the relevant interception regime as well as the specific question whether the individual applicant’s rights had, in fact, been breached. Those involved in the authorisation and execution of an intercept warrant were required to disclose to the IPT all the documents it might require, including documents relating to internal arrangements for processing data which could not be made public for reasons of national security, irrespective of whether those documents supported or undermined their defence. The IPT had discretion to hold oral hearings, in public, where possible, and, in closed proceedings, it could appoint Counsel to the Tribunal to make submissions on behalf of claimants who could not be represented. When it determined a complaint, the IPT had the power to award compensation and make any other order it saw fit, including quashing or cancelling any warrant and requiring the destruction of any records. In considering the complaint brought by the applicants in the third of the joined cases, the IPT used all of those powers for the benefit of the applicants.

In view both of the manner in which the IPT had exercised its powers in the past fifteen years and the very real impact its judgments had had on domestic law and practice, the concerns expressed by the Court in *Kennedy v. the United Kingdom* about its effectiveness as a remedy for complaints about the general compliance of a secret surveillance regime were no longer valid.

It appeared to the Court that where the IPT had found a surveillance regime to be incompatible with the Convention, the Government had ensured that any defects were rectified and dealt with. Therefore, while the evidence submitted by the Government might not yet have demonstrated the existence of a “binding obligation” requiring it to remedy any incompatibility identified by the IPT, the Court nevertheless accepted that the practice of giving effect to its findings on the incompatibility of domestic law with the Convention was sufficiently certain for it to be satisfied as to the effectiveness of the remedy.

However, the Court accepted that, at the time the applicants in the first and second of the joined cases introduced their applications, they could not be faulted for having relied on *Kennedy* as authority for the proposition that the IPT was not an effective remedy for a complaint about the general Convention compliance of a surveillance regime. It therefore found that there existed special circumstances absolving those applicants from the requirement that they first bring their complaints to the IPT.

Article 8

(a) *The section 8(4) regime*

(i) *General principles relating to secret measures of surveillance, including the interception of communications* – In its case-law on the interception of communications in criminal investigations, the Court had developed the following six minimum requirements that had to be set out in law in order to avoid abuses of power: the nature of offences which might give rise to an interception order; a definition of the categories of people liable to have their communications intercepted; a limit on the duration of interception; the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which intercepted data may or must be erased or destroyed. In *Roman Zakharov v. Russia* [GC], the Court confirmed that the same six minimum requirements also applied in cases where the interception was for reasons of national security; however, in determining whether the impugned legislation was in breach of Article 8, it also had to have regard to the arrangements for supervising the implementation of secret surveillance measures, any notification mechanisms and the remedies provided for by national law.

Review and supervision of secret surveillance measures might come into play at three stages: when the surveillance was first ordered, while it was being carried out, or after it had been terminated. As regards the first two stages, the very nature and logic of secret surveillance dictated that not only the surveillance itself but the accompanying review should be effected without the individual's knowledge. Consequently, since the individual would necessarily be prevented from seeking an effective remedy of his or her own accord or from taking a direct part in any review proceedings, it was essential that the procedures established should themselves provide adequate and equivalent guarantees safeguarding his or her rights. In a field where abuse was potentially so easy in individual cases and could have such harmful consequences for democratic society as a whole, it was in principle desirable to entrust supervisory control to a judge, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure.

As regards the third stage, after the surveillance had been terminated, the question of subsequent notification of surveillance measures was inextricably linked to the effectiveness of remedies before the courts and hence to the existence of effective safeguards against the abuse of monitoring powers. There was in principle little scope for recourse to the courts by the individual concerned unless the latter was advised of the measures taken without his or her knowledge and thus able to challenge their legality retrospectively or, in the alternative, unless any person who suspected that he or she had been subject to surveillance could apply to courts, whose jurisdiction did not depend on notification to the surveillance subject of the measures taken.

(ii) *The test to be applied* – The Court rejected the applicants' argument that the six minimum requirements should be "updated" by including requirements for objective evidence of reasonable suspicion in relation to the persons for whom data was being sought, prior independent judicial authorisation of interception warrants, and the subsequent notifications of the surveillance subject.

It was clear that bulk interception was a valuable means to achieve the legitimate aims pursued, particularly given the current threat level from both global terrorism and serious crime. Bulk interception was by definition untargeted, and to require "reasonable suspicion" would render the operation of such a scheme impossible. Similarly, the requirement of "subsequent notification" assumed the existence of clearly defined surveillance targets, which was simply not the case in a bulk interception regime. While the Court considered judicial authorisation to be an important safeguard, and perhaps even "best practice", by itself it could neither be necessary nor sufficient to ensure compliance with Article 8 of the Convention. Rather, regard had to be had to the actual

operation of the system of interception, including the checks and balances on the exercise of power, and the existence or absence of any evidence of actual abuse.

Accordingly, the Court would examine the justification for any interference by reference to the six minimum requirements, adapting them where necessary to reflect the operation of a bulk interception regime. It would also have regard to the additional relevant factors which it had identified in *Roman Zakharov*.

(iii) *The scope of application of secret surveillance measures* – In addressing the first two minimum requirements, the Court considered that the relevant legal provision was sufficiently clear, giving citizens an adequate indication of the circumstances in which and the conditions on which a section 8(4) warrant might be issued. There was no evidence to suggest that the Secretary of State was authorising warrants without due and proper consideration. The authorisation procedure was subject to independent oversight and the IPT had extensive jurisdiction to examine any complaint of unlawful interception. The Court accepted that the provisions on the duration and renewal of interception warrants, the provisions relating to the storing, accessing, examining and using intercepted data, the provisions on the procedure to be followed for communicating the intercepted data to other parties and the provisions on the erasure and destruction of intercept material were sufficiently clear as to provide adequate safeguards against abuse.

With regard to the selection of communications for examination, once communications had been intercepted and filtered, those not discarded in near real-time were further searched; in the first instance by the automatic application, by computer, of simple selectors (such as email addresses or telephone numbers) and initial search criteria, and subsequently by the use of complex searches. Selectors and search criteria did not need to be made public; nor did they necessarily need to be listed in the warrant ordering interception. Nevertheless, the search criteria and selectors used to filter intercepted communications should be subject to independent oversight; a safeguard which appeared to be absent in the section 8(4) regime. In practice the only independent oversight of the process of filtering and selecting intercept data for examination was the *post factum* audit by the Interception of Communications Commissioner and, should an application be made to it, the IPT. In a bulk interception regime, where the discretion to intercept was not significantly curtailed by the terms of the warrant, the safeguards applicable at the filtering and selecting for examination stage had to necessarily be more robust.

The Court was satisfied that the intelligence services of the United Kingdom took their Convention obligations seriously and were not abusing their powers under section 8(4) of RIPA. Nevertheless, an examination of those powers had identified two principal areas of concern: first, the lack of oversight of the entire selection process, including the selection of bearers for interception, the selectors and search criteria for filtering intercepted communications, and the selection of material for examination by an analyst; and secondly, the absence of any real safeguards applicable to the selection of related communications data for examination. In view of those shortcomings, the Court found that the section 8(4) regime did not meet the “quality of law” requirement and was incapable of keeping the “interference” to what was “necessary in a democratic society”.

Conclusion: violation (five votes to two).

(b) *The intelligence sharing regime* – This was the first time that the Court had been asked to consider the Convention compliance of an intelligence sharing regime. The interference in the case had not been occasioned by the interception of communications itself but lay in the receipt of the intercepted material and subsequent storage, examination and use by the intelligence services of the respondent State. The

circumstances in which intercept material could be requested from foreign intelligence services had to be set out in domestic law in order to avoid abuses of power. While the circumstances in which such a request could be made might not be identical to the circumstances in which the State might carry out interception itself, they must nevertheless be circumscribed sufficiently to prevent – insofar as possible – States from using that power to circumvent either domestic law or their Convention obligations.

The Court was satisfied that there was a basis in law for the requesting of intelligence from foreign intelligence agencies, that that law was sufficiently accessible and pursued several legitimate aims. Furthermore, the Court considered the relevant domestic law and code indicated with sufficient clarity the procedure for requesting either interception or the conveyance of intercept material from foreign intelligence agencies. There was no evidence of any significant shortcomings in the application and operation of the regime.

Conclusion: no violation (five votes to two).

(c) *The Chapter II Regime* – The Chapter II regime permitted certain public authorities to acquire communications data from Communication Service Providers (CSPs). Domestic law, as interpreted by the domestic authorities in light of judgments of the Court of Justice of the European Union (CJEU), required that any regime permitting the authorities to access data retained by CSPs limited access to the purpose of combating “serious crime”, and that access be subject to prior review by a court or independent administrative body. As the Chapter II regime permitted access to retained data for the purpose of combating crime (rather than “serious crime”) and, save for where access was sought for the purpose of determining a journalist’s source, it was not subject to prior review by a court or independent administrative body, it could not be in accordance with the law within the meaning of Article 8 of the Convention.

Conclusion: violation (six votes to one).

Article 10: The applicants in the second of the joined cases, a journalist and a newsgathering organisation, complained about the interference with confidential journalistic material occasioned by the operation of both the section 8(4) and the Chapter II regimes.

(a) *The section 8(4) regime* – The surveillance measures under the section 8(4) regime were not aimed at monitoring journalists or uncovering journalistic sources. Generally the authorities would only know when examining the intercepted communications if a journalist’s communications had been intercepted. The interception of such communications could not, by itself, be characterised as a particularly serious interference with freedom of expression. However, the interference would be greater should those communications be selected for examination and would only be “justified by an overriding requirement in the public interest” if accompanied by sufficient safeguards relating both to the circumstances in which they might be selected intentionally for examination, and to the protection of confidentiality where they had been selected, either intentionally or otherwise, for examination.

It was of particular concern that there were no requirements either circumscribing the intelligence services’ power to search for confidential journalistic or other material (for example, by using a journalist’s email address as a selector), or requiring analysts, in selecting material for examination, to give any particular consideration to whether such material was or might be involved. Consequently, it would appear that analysts could search and examine without restriction both the content and the related communications data of those intercepted communications.

In view of the potential chilling effect that any perceived interference with the confidentiality of their communications and, in particular, their sources might have on

the freedom of the press and, in the absence of any published arrangements limiting the intelligence services' ability to search and examine such material other than where "it was justified by an overriding requirement in the public interest", the Court found that there had been a violation of Article 10 of the Convention.

(b) *The Chapter II Regime* – In considering the applicants' Article 8 complaint, the Court had concluded that the Chapter II regime was not in accordance with the law as it permitted access to retained data for the purpose of combating crime (rather than "serious crime") and, save for where access was sought for the purpose of determining a journalist's source, it was not subject to prior review by a court or independent administrative body.

The Court acknowledged that the Chapter II regime afforded enhanced protection where data was sought for the purpose of identifying a journalist's source. Nevertheless, those provisions only applied where the purpose of the application was to determine a source; they did not, therefore, apply in every case where there was a request for the communications data of a journalist, or where such collateral intrusion was likely. Furthermore, in cases concerning access to a journalist's communications data there were no special provisions restricting access to the purpose of combating "serious crime". Consequently, the Court considered that the regime could not be "in accordance with the law" for the purpose of the Article 10 complaint.

Conclusion: violations (six votes to one).

The Court also rejected the complaints under Article 6 and Article 14 combined with Articles 8 and 10 of the Convention as manifestly ill-founded.

Article 41: no claim made in respect of damage.

(See *Weber and Saravia v. Germany* (dec.), 54934/00, 29 June 2006, [Information Note 88](#); *Kennedy v. the United Kingdom*, 26839/05, 18 May 2010, [Information Note 130](#); *Roman Zakharov v. Russia* [GC], 47143/06, 4 December 2015, [Information Note 191](#); see also *Liberty and Others v. the United Kingdom*, 58243/00, 1 July 2008, [Information Note 110](#); *Malone v. the United Kingdom*, [8691/79](#), 2 August 1984; *Ben Faiza v. France* (dec.), [31446/12](#), 8 February 2018)

© Council of Europe/European Court of Human Rights
This summary by the Registry does not bind the Court.

Click here for the [Case-Law Information Notes](#)

8 YbbYXca Yf VYj Yhcj YfgUzU\c`UbXg_h`Yb[Yg`
 j YX\^o`dUZ8Yd`dfc[fUa a Yh`Cj Yfg° Hh`gYb Yf VYj Yh`
 _j U]hMgg_fYhUZyb`c`UbXg_Uj c_Uhd€6]fX/`6]fXg`
 _cbtcf`]< Uj"

Court of The Hague

Date of judgment

11-03-2015

Date of publication

11-03-2015

Case number

C / 09/480009 / KG ZA 14/1575

Civil rights

Interim injunction

The judge in summary proceedings in The Hague has made the Telecommunications Data Retention Act inoperative. This law obliges providers of telephone and internet services to store users' traffic and location data. The law infringes the right to respect for private life and the right to protection of personal data. The judge is of the opinion that this infringement is not limited to what is strictly necessary.
 SEE ENGLISH TRANSLATION [ECLI: NL: RBDHA : 2015: 16424](#)

[Telecommunications Act Telecommunications Act 13.2a](#)
[Telecommunications Act](#) [13.2b](#)
[Telecommunications Act 13.4](#)

Rechtspraak.nl
 Prg . 2015/107
 Computerrecht 2015/88 with annotation of Mr. FC van der Jagt
 NJF 2015/222
 O&A 2015/59 with annotation of RJB Schutgens
 NJ 2015/461
 Module Privacy and personal data 2016/1120
 JBP 2015/71
 SEW 2015, issue 5, p. 252

[Enriched pronunciation](#)

Statement

Court of the hague

Team Trade - Preliminary Relief Judge

case / cause list number: C / 09/480009 / KG ZA 14/1575

Interim injunction of 11 March 2015

in the case of

1. the foundation

Privacy First Foundation,

established in Amsterdam,

2. the association

Netherlands Committee of Jurists for Human Rights,

established in Leiden,

3. the association

Dutch Association of Criminal Defense Lawyers,

established in Goirle,

4. the association

Dutch Association of Journalists,

established in Amsterdam,

5. the private company with limited liability

BIT BV,

established in Ede,

6. the private company with limited liability

SpeakUp BV,

established in Enschede,

7. the private company with limited liability

VOYS BV,

established in Groningen,

claimants ,

lawyer mr. FF Blokhuis in Amsterdam,

against :

the State of the Netherlands (the Ministry of Economic Affairs and the Ministry of Security and Justice),

based in The Hague,

defendant ,

lawyer mr. RJM van den Tweel in The Hague.

The parties are hereinafter referred to as 'Privacy First et al ' and 'the State' respectively.

1 The facts

On the basis of the documents and the proceedings at the hearing of February 18, 2015, the following is assumed in these proceedings.

1.1.

Privacy First et al. Are organizations whose purpose is to protect human rights, including the right to privacy (claimants 1 and 2), associations of professional groups with a right to secrecy (claimants 3 and 4) and providers of telecommunication services and public telecommunication networks (claimants 5, 6 and 7).

1.2.

On March 15, 2006, Directive 2006/24 / EC was published in the Official Journal of the European Union, on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly

available electronic communications services or public communications networks and amending Directive 2002/58 / EC (hereinafter: the Data Retention Directive). The Data Retention Directive entered into force twenty days later.

1.3.

The Data Retention Directive states, among other things:

"Article 1

Subject matter and scope

1. *The purpose of this Directive is to harmonize the national provisions of the Member States imposing obligations on providers of electronic communications services or a public communications network to retain certain data generated or processed by them, in order to ensure that such data is available for the investigation, detection and prosecution of serious crime as defined in the national laws of the Member States.*

2. *This Directive covers traffic and location data of natural and legal persons, as well as the related data necessary to identify the subscriber or registered user. It does not apply to the content of electronic communications, including information consulted using an electronic communications network."*

1.4.

Implementation of the Data Retention Directive in Dutch law has led to the Act of 18 July 2009 amending the Telecommunications Act and the Economic Offenses Act in connection with the implementation of Directive 2006/24 /EC of the European Parliament and of the Council of the European Union. European Union regarding the retention of data processed in connection with the provision of public electronic communication services and amending Directive 2002/58/EC (Telecommunications Data Retention Act, location: Stb. 2009, 333, hereinafter: the Wbt). The Wbt entered into force on September 1, 2009. The Wbt states, among other things:

" ARTICLE 1

The Telecommunications Act is amended as follows:

(...)

Article 13.2a will read:

Article 13.2a

1. *In this article:*

data: the traffic and location data, (...) as well as the related data necessary to identify the subscriber or user;

b. unsuccessful call attempt — A communication in which a phone call established a connection but was unanswered or was answered through the network manager.

2. *Providers of public telecommunication networks or public telecommunication services shall keep the data designated in the Annex belonging to this Act, insofar as they are generated or processed within the framework of the networks or services offered, for the purpose of investigating, detecting and prosecuting serious crimes.*

3. *The data referred to in the second paragraph will be kept by the providers for a period of twelve months, calculated from the date of the communication.*

4. *The obligation referred to in the second paragraph relates to data of unsuccessful call attempts, insofar as these data are generated, processed and stored or logged by the providers when offering public telecommunication networks or public telecommunication services. "*

1.5.

By the law of 6 July 2011, article 13.2a, third paragraph, of the Telecommunications Act has been amended again. That article paragraph has since read (Stb. 2011, 350):

"3. The data referred to in the second paragraph will be kept by the providers for a period of: twelve months for data related to telephony over a fixed or mobile network (...), or

b. six months for data related to Internet access, Internet e-mail and Internet telephony, (...) from the date of the communication. "

1.6.

The Court of Justice of the European Union (hereinafter: the Court) declared the Data Retention Directive invalid with retroactive effect on 8 April 2014 (CJEU 8 April 2014, joined cases C-293/12 and C-594/12, Digital Rights Ireland and Seitlinger et al). In its judgment, the Court assessed the validity of the Data Retention Directive against Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter: the Charter). According to the Court, the Data Protection Directive constitutes a very wide and particularly serious interference with the rights guaranteed by Articles 7 and 8 of the Charter. The Court further considered that the Data Retention Directive has the substantive purpose of contributing to the fight against serious crime and thus ultimately contributing to public security, and that the prescribed retention of data thus actually fulfils a purpose in the public interest. The Court has held that, in adopting the Data Retention Directive, the European Union legislature exceeded the limits set by the principle of proportionality, which it must observe in the light of Articles 7, 8 and 52 (1) of the Charter. In this regard, the judgment states, in the Dutch translation, among other things:

"49 As regards the question whether the objective of Directive 2006/24 can be pursued by the storage of data, it must be held that the data to be retained under the Directive, given the growing importance of electronic communication the provide national prosecution authorities with additional possibilities to clear up serious cases of crime and thus constitute a valuable tool in criminal investigations. The retention of such data is therefore appropriate for the pursuit of the objective pursued by this Directive.

(...)

51 As regards the necessity of the retention of data required by Directive 2006/24, it should be noted that the fight against serious crime, in particular organized crime and terrorism, is indeed of paramount importance in order to ensure public security and that its effectiveness may depend to a considerable extent on the use of modern investigative techniques, but that such a public interest objective, however essential it may be, cannot in itself justify the need to consider a detention measure such as that introduced by Directive 2006/24 for waging this fight.

52 As regards the right to respect for private life, it should be noted that, according to the settled case-law of the Court, the protection of that fundamental right requires in any event that the exceptions to the protection of personal data and its limitations remain within the limits of what is strictly necessary. (...).

(...)

54 The Union legislation must therefore contain clear and precise rules on the scope and application of the measure in question imposing minimum requirements so that the persons whose data are retained have sufficient guarantees that their personal data are effectively protected against the risk of misuse and against any unlawful consultation and use of these data (...).

55 The need to have such guarantees is all the greater when, as provided for in Directive 2006/24, the personal data are processed automatically and there is a significant risk that such data will be unlawfully accessed ...

56 With regard to the question whether the interference entailed by Directive 2006/24 is limited to what is strictly necessary, it should be noted that Article 3 of that directive, read in conjunction with Article 5 (1) thereof, requires that all traffic data relating to fixed and to preserve mobile telephony, internet access, e-mail over the internet and internet telephony. This Directive thus extends to all widespread electronic communications means, which are playing an increasingly important role in people's daily lives. Moreover, according to Article 3 thereof, this Directive covers all subscribers and registered users. It thus leads to interference in the fundamental rights of almost the entire European population.

57 In that regard, it should be noted, first of all, that Directive 2006/24 applies generally to all persons, all means of electronic communications and all traffic data, without making any distinction, restriction or exception on the basis of the purpose, serious fight crime.

58 First of all, Directive 2006/24 applies generally to all persons using electronic communications services, regardless whether the persons whose data are retained being in a situation, even indirectly, which could give rise to criminal prosecution. It thus applies even to persons for whom there is no indication that their behaviour - even indirect or distant - has a link with serious crime. Moreover, the Directive does not contain any exceptions, so that it applies even to persons whose communications are covered by business secrecy under national law.

59 Furthermore, while that directive seeks to contribute to the fight against serious crime, it does not require any link between the data to be retained and a threat to public security. In particular, it does not limit retention to data relating to a specific period and / or a specific geographic area and / or a group of specific persons who may be involved in serious crime in one way or another, or to persons for whom the retention of the data for other reasons could assist in the prevention, detection or prosecution of serious crime.

60 Second, Directive 2006/24 does not only contain restrictions, but also does not contain objective criteria limiting the access of the competent national authorities to the data and its subsequent use for the purposes of the prevention, detection or criminal prosecution of data breaches which, having regard to the extent and seriousness of the interference with the fundamental rights recognized by Articles 7 and 8 of the Charter, may be considered sufficiently serious to justify such interference. On the contrary, Directive 2006/24 refers in Article 1 (1) thereof only in a general way to serious crime as defined in the national laws of the Member States.

61 In addition, Directive 2006/24 does not contain any substantive and procedural conditions relating to the access of the competent national authorities to the data and its subsequent use. Article 4 of this Directive, which regulates the access of those authorities to retained data, does not expressly provide that such access and subsequent use of the data concerned are strictly linked to the purpose of preventing, detecting or identifying precisely defined serious crime. criminal prosecution, but merely provides that each Member State establishes the procedure and conditions to be fulfilled for access to the retained data in accordance with necessity and proportionality requirements.

62 In particular, Directive 2006/24 does not contain any objective criteria on the basis of which the number of persons who may consult and subsequently use the retained data can be limited to what is strictly necessary for the attainment of the objective pursued. Above all, however, the access of the competent national authorities to the retained data is not subject to any prior control by a judicial authority or an independent administrative authority whose decision aims to limit access to the data and its use to what is strictly necessary in order to achieve the objective pursued and which decides on a reasoned request from these authorities, submitted in the context of proceedings for the prevention, detection or prosecution of criminal offenses. Nor has any specific obligation been imposed on Member States to establish such restrictions.

(...)

65 It follows from the foregoing that Directive 2006/24 does not contain clear and precise rules as to the extent of interference with the fundamental rights recognized by Articles 7 and 8 of the Charter. It must therefore be stated that this Directive implies a very wide and particularly serious interference in the legal order of the Union for those fundamental rights, without such interference being precisely framed by provisions ensuring that it is actually limited to what is strictly necessary.
"

1.7.

On 17 November 2014, the government responded in writing to the invalidation of the Data Retention Directive. In that letter, the cabinet stated that the Wbt must be amended in the light of the judgment of the Court. The letter states, among other things:

"The government thus intends to amend the national legislation on the retention of telecommunications data so that:

- the public prosecutor's claim to provide telecommunication data can only be given after prior authorization by the examining magistrate. This means that the regulation of article 126n / u of the Code of Criminal Procedure will be changed;*
 - access to data for the investigation and prosecution of serious crimes is differentiated according to the seriousness of the crime. This means that the regulation of article 126n / u of the Code of Criminal Procedure will be changed;*
 - it will be investigated whether the telecommunications data, which are kept for the investigation and prosecution of serious crimes, can be encrypted so that they are protected from access by unauthorized persons. This may lead to an amendment to the Telecommunications Data Security Decree;*
 - providers are obliged to keep the data to be retained on the territory of the European Union. This means that the regulations of Articles 13.2a and 13.5 of the Telecommunications Act will be amended;*
 - AT (Radiocommunications Agency, addition of the preliminary relief judge) as a supervisory authority, can obtain access to telecommunication data that are stored or provided by the providers, with a view to better supervision of the processing of the data to be stored, and the destruction thereof. This means that article 18.7, second paragraph, of the Telecommunications Act will be amended;*
- These amendments will be included in a proposal to amend the Telecommunications Act and the Code of Criminal Procedure, which will be given for consultation shortly."*

2 The dispute

2.1.

Privacy First cs claim, after change of requirement, in a businesslike manner:

primary:

I. to render the Wbt, or at least article 13.2a and / or article 13.2b and / or article 13.4 of the Telecommunications Act ineffective, or at least order the State to do so;

II. to prohibit the State from requesting data as referred to in Article 13.2a of the Telecommunications Act from providers of public telecommunication networks or public telecommunication services, insofar as this is contrary to the principles formulated by the Court in the judgment of 8 April 2014;

alternatively:

to prohibit the State from enforcing the Wbt or parts thereof and to request information as referred to in Article 13.2a of the Telecommunications Act from the providers of public telecommunication networks or public telecommunication services, insofar as this is in violation of Articles 7, 8 and 11 of the Charter, 8 and 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), 10 of the Constitution, 15 of the ePrivacy Directive and / or 6, paragraphs 1 and 2 of the Convention on the European Union;

more in the alternative:

the State to prohibit Wbt maintain and providers of public telecommunications networks and public telecommunications enforce data referred to in Article 13.2a Telecommunications to save and the data request, as long as the Wbt is not changed as proposed by the Government by letter dated 17 November 2014 or a repeal law of the Wbt has been passed.

2.2.

To this end, Privacy First et al argue the following. The Wbt is unmistakably in violation of European legislation and therefore cannot be maintained. The Wbt implements the Data Retention Directive quite literally. The Court of Appeal declared the Data Retention Directive invalid with

retroactive effect on 8 April 2014. The Wbt violates Articles 7 and 8 of the Charter in the same way as the Data Retention Directive did.

The Data Retention Directive left room for everyone to store data. This room has been used in the Wbt. The Court disapproves of the unfocused retention of data of all citizens, without distinction according to person, location or data. Keeping all traffic and location data for six to twelve months, regardless of the purpose, is therefore going too far. There must be a limited and targeted selection of data. There is no such provision in the Wbt. Furthermore, the Court is very concerned that there is no prior judicial control. Under the Wbt, it is still possible for investigating officers and public prosecutors to gain access to the data, without the judge checking this beforehand. The Court has also expressed objections to the retention periods, as prescribed in the Data Retention Directive, since no distinction is made according to their usefulness, the aim pursued or the persons involved and no objective criteria are mentioned for limiting the retention periods to what is strictly necessary. The court has also determined that there are insufficient guarantees that the data will be protected against misuse.

The Wbt is also contrary to Article 8 ECHR. The *storage* of the traffic and location data and the *access* of the national authorities to that data are stand-alone violations of the right to privacy. The storage is also an infringement if only a limited part of the stored information is actually used. The retention of the large amount of data on innocent persons covered by the Wbt constitutes a serious violation of Article 8 ECHR. After all, very precise conclusions can be drawn from the data about the private life of the persons whose data is kept, as the Court also indicates. The Wbt offers insufficient guarantees against abuse and arbitrariness and it is not sufficiently clear and precise under which circumstances and conditions the authorities may deploy the measures. For example, the Wbt does not regulate that every individual request for access to the data is subject to the supervision of the authorities. Moreover, the Wbt is not 'necessary in a democratic society'. The serious invasion of privacy is not proportional to the goal to be achieved, namely the detection of serious crime.

The Wbt also infringes the freedom of expression (Article 10 ECHR and Article 11 of the Charter). The fact that data from journalists can be requested leads to the risk that they will avoid certain subjects or that sources no longer dare to turn to journalists. Clients will also feel less free to consult with their lawyer. There is therefore a risk of a "chilling effect". The government is forcing providers of telecommunication services to violate their clients' fundamental rights en masse. In addition, their freedom of contract and freedom of undertaking are affected.

In the letter of 17 November 2014, the Minister of Security and Justice has indeed proposed an amendment act, but until that act has entered into force, the Wbt will be maintained in its current form. It is widely supported that the Wbt can no longer be enforced with its current content. The Advisory Department of the Council of State has stated this crystal clear. This is also endorsed by the Personal Data Protection Commission (CBP) and well-reputed scientists.

In addition, the Wbt is hardly effective and is largely outdated due to advancing technical developments. The necessity and effectiveness of the Wbt have not been demonstrated after more than five years of data retention. Many other member states in Europe have already abolished the laws implemented on the basis of the Data Retention Directive or made the retention obligation ineffective.

2.3.

The State puts forward a reasoned defence, which will be discussed below, where necessary.

3 The assessment of the dispute

3.1.

It is assumed that the claim is directed against the State as legislator and is intended to declare part of a law in a formal sense inapplicable. The civil court may only declare (parts of) a law in a formal

sense inapplicable in summary proceedings if and insofar as it is *unmistakably invalid* due to conflict with the provisions of treaties and decisions of international organizations that are binding on everyone. This criterion stems from Article 94 of the Constitution and established case law (cf. HR July 1, 1983, NJ 1984, 360) and indicates great restraint, all the more since in summary proceedings such as the present case, only a provisional judgment can be given. The restraint to be observed is based on the division of powers of the various organs of the state, based on the Constitution, - the separation of powers. Formal laws are enacted by the legislature. It is pre-eminently the task of the legislator to weigh up all the arguments and interests at stake against each other, whereby it is entitled to a large degree of policy freedom. There is therefore no room for its own "full" review by the civil court.

3.2.

The State has argued that the criminal court has already explicitly ruled on the legal validity of the Wbt (Amsterdam Court of Appeal May 9, 2014, ECLI: NL: GHAMS : 2014: 1835 and Amsterdam Court of Appeal, May 27, 2014, ECLI: NL: GHAMS: 2014: 2028), so that it is difficult to conclude that the Wbt is unmistakably invalid. That argument fails. After all, the criminal court has assessed whether a breach of form has taken place on the basis of Article 359a paragraph 1 of the Code of Criminal Procedure and whether the interests of the suspects have been violated by application of the (amended) Telecommunications Act. The civil law assessment as to whether the Wbt is in conflict with the provisions of treaties and decisions of international organizations that are binding on everyone has not taken place in the aforementioned judgments.

3.3.

Privacy First et al. have invoked the considerations in the judgment of the Court of 8 April 2014 in support of their claims, in which the Data Retention Directive was declared invalid. However, it is not in dispute that the invalidation of the Data Retention Directive by the Court does not automatically mean that the Wbt is also invalid. The Wbt by the invalidation of the Data Retention Directive became autonomous legislation to be assessed on its own merits, with the involvement of the considerations of the Court. It is also noted that the proposed amendments to the Wbt as stated in the letter of 17 November 2014 do not play a role in the assessment, as only the current applicable regulations need to be tested.

3.4.

Article 51 of the Charter provides that the Charter applies if the Member States implement Union law. It follows from case law of the Court that the concept of 'implementation of Union law' within the meaning of this article must be understood as meaning that it concerns action by the Member States within the scope of Union law (inter alia: CJEU 30 April 2014, C-390/12, Pflieger). Since the Wbt is an interpretation of the e-privacy directive (Directive 2002/58 / EC) and entails an obstacle to the free movement of services, this law falls within the scope of the Charter. Checked should therefore whether the Wbt - as Privacy First cs state - entails an impermissible infringement of Articles 7 and 8 of the Charter. Although the State has not disputed in this respect that the Wbt has virtually the same content as the Data Retention Directive, it has taken the position - rightly in the opinion of the preliminary relief judge - that all relevant national legislation must be involved in the assessment of whether the Wbt is in accordance with Articles 7 and 8 of the Charter. The objections to the Data Retention Directive formulated by the Court in the judgment of 8 April 2014, after all, relate, among other things, to the absence of certain guarantees for the security of and access to the stored data. These objections can equally be overcome by applicable provisions in other national regulations.

3.5.

Articles 7 and 8 of the Charter formulate the right to respect for private, family and family life, home and communication and the right to protection of personal data. Privacy First et al. have argued that the mere fact that the Wbt prescribes that telecommunications data of persons are stored already constitutes an inadmissible violation of Articles 7 and 8 of the Charter. It is undisputed that, as the Court is considering under paragraph 32 to 37 of the judgment, the (in this case by the Wbt)

obligation for data communications of people for a certain time *save* constitutes an interference in Articles 7 and 8 of the Charter. This is in line with the case law of the European Court of Human Rights, to which *Privacy First et al. Invoke*. It is for instance with regard to Article 8 of the ECHR considered "*The mere failure of Data Relating to the private life of an individual amounts to an interference within the meaning of article 8 (...). The subsequent use of the stored information has no bearing on that finding.*" (ECtHR December 4, 2008, *S. and Marper*, appl.nos 30562/04 and 30566/04). *Privacy First et al.* therefore rightly state that the *use* of the data constitutes an independent, more far-reaching interference with the aforementioned rights. However, insofar as *Privacy First et al* argue that the interference with the aforementioned rights is inadmissible in any case, that argument is not followed. After all, it must be assessed whether the interference is justified and proportionate.

3.6.

In that context, the parties argue about the necessity and effectiveness of the retention obligation as prescribed by the *Wbt*. With regard to this, it is assumed that this point of dispute falls pre-eminently within the discretion of the legislator, which must weigh all arguments and interests against each other, so that the preliminary relief judge will only marginally review this point. The Court has held that the fight against serious crime is of paramount importance to ensure public security, that its effectiveness may depend to a significant extent on the use of modern investigative techniques (paragraph 51) and that the data to be retained provide additional means to clarify serious cases of crime (para. 49). In addition, in these proceedings the State has made it sufficiently plausible that certain forms of crime can be traced almost exclusively through the use of historical telecommunication data, based on the fact that more and more crime is being committed on or with the aid of the Internet. The State has argued, without being contradicted, that some of the extensive criminal cases referred to by it could not have been resolved without application of the retention obligation. The starting point is therefore that the retention obligation is necessary and effective.

3.7.

The parties' dispute also focuses on the question of whether Dutch legislation satisfies the objections that led to the Court of Appeal to rule that the Data Retention Directive is invalid. Just like the Data Retention Directive, the *Wbt* applies without any restriction to all persons who use electronic means of communication and thus even to persons for whom there is no indication that their behaviour is related to serious crime. Also, no link is required between the data to be retained and a threat to public security (paragraphs 57 to 59 of the judgment). Contrary to what *Privacy First et al.* argue, it cannot be inferred from the judgment of the Court that such a broad obligation to retain data is in any event not proportionate to the intended purpose. After all, the Court then assesses whether the Data Retention Directive offers sufficient guarantees for access to the retained data. If the argument of *Privacy First et al* were correct, the Court would no longer have addressed that question. In addition, "*having regard to all the foregoing considerations*" ("*Having regard to all the foregoing considerations*", point 69), the Court holds that the legislature has exceeded the limits set by the principle of proportionality. It follows from this that the objections enumerated, taken in conjunction with one another, have led to that judgment.

3.8.

The foregoing is without prejudice to the need to assess whether the interference in Articles 7 and 8 of the Charter is framed with sufficient precision by provisions ensuring that it is actually limited to what is strictly necessary. In this respect it is noted that limiting the data that must be stored to the data of suspected citizens is not conceivable with a view to the purpose of the *Wbt*, the effective detection of serious crime. After all, in the case of a *first offender*, a distinction cannot be made in advance between suspected and non-suspected citizens. However, the need to provide safeguards and guarantees regarding access to such data is all the greater now that the interference is very wide, so that stringent requirements must be imposed on it.

3.9.

The State has rightly argued that providers of telecommunication services in the Netherlands must offer a high level of protection and security on the basis of the Telecommunications Data Security Decree and that the Telecom Agency and the Dutch Data Protection Authority supervise this. To this end, the objection to the Data Retention Directive referred to by the Court at paragraph 67 of the judgment is thus met. From paragraph 69 must however be inferred that a rule which should be the information in question in the territory of the Union preserved essential ("*an essential component*") for the protection of persons in the processing of personal data, because only with that rule it is fully ensured that an independent authority, based on Union law, supervises protection and security requirements. There is no such provision in the Wbt. The State has also recognized that in practice (a few small) providers store their user data outside the territory of the EU.

3.10.

Furthermore, according to the Court at paragraph 60 of the judgment, the legislation must contain objective criteria limiting the access of the competent national authorities to the data and their subsequent use for the prevention, detection and criminal prosecution of infringements, which may be considered sufficiently serious to justify interference with the fundamental rights recognized by Articles 7 and 8 of the Charter. The preliminary relief judge is of the opinion that this is not the case in the Wbt. Although the Wbt offers a clear delineation because use of the data is limited to the investigation and prosecution of criminal offenses for which pre-trial detention is permitted or terrorist offenses, this category also contains offenses that are not sufficiently serious to justify the interference. After all, the provisions of the Data Retention Directive were a response to the terror attacks in London and Madrid in 2004 and 2005. The material purpose of the Data Retention Directive, and therefore of the Wbt based on it, was to guarantee that certain data are available with a view to the fight against *serious* crime. Offenses for which pre-trial detention is permitted include offenses punishable by imprisonment of at least four years. The State has argued that the data will not be requested lightly and that, for example, in the event of a bicycle theft (also a criminal offense for which pre-trial detention is permitted) no data will be requested. The fact is, however, that the possibility does exist and that there are no guarantees to actually limit access to the data to what is strictly necessary to combat (only) serious crime.

3.11.

The foregoing is all the more urgent now that the Wbt and related regulations do not subject access to retained data to a prior check by a judicial authority or independent administrative authority. Contrary to what the State argues, the Public Prosecution Service cannot be regarded as an independent administrative body. That the Court considers this to be a serious objection can be inferred from the use of the word "*above all*" at paragraph 62 of the judgment.

3.12.

All this leads to the conclusion that the Wbt in its current form infringes the rights warranted in Articles 7 and 8 of the Charter, which is not limited to what is strictly necessary and must therefore be qualified as inadmissible. In view of this, the Wbt is unmistakably non-binding. The Preliminary Relief Judge is aware that the ineffectiveness of the Wbt can have drastic consequences for the investigation and prosecution of criminal offenses. However, this does not justify the continued existence of the aforementioned infringement. The fact that the consequences of a deactivation may be irreversible does not in itself prevent the provision of the requested provision. The primary claim of Privacy First et al, as formulated under I, will therefore be upheld. In view of this, Privacy First cs no longer have an interest in granting the claim under II. After all, the decommissioning of the Wbt will lead to the cancellation of the basis for requesting the data referred to.

3.13.

The State, as the unsuccessful party, will be ordered to pay the costs of these proceedings, as well as (partly conditionally) the subsequent costs.

4 The decision

The preliminary relief judge:

- declares the Telecommunications Data Retention Act inoperative;
- orders the State to pay the costs of these proceedings, so far estimated on the part of Privacy First et al. at € 1,914.84, of which € 1,224 for attorney's salary, € 613 for court fees and € 77.84 for summons costs;
- also orders the State to pay the subsequent costs, estimated at a flat rate of € 131 in lawyer's salary, to be increased by € 68 in salary and the costs of service incurred for the service of this judgment if service is effected;
- declares this judgment provisionally enforceable so far;
- declines the more or otherwise advanced.

This judgment was rendered by mr. GP van Ham and pronounced in public on March 11, 2015.



KLAGANDE

Tele2 Sverige AB, 556267-5164

Ombud: Chefsjurist Stefan Backman

Tele2 Sverige AB

Box 62

164 94 Kista

MOTPART

Post- och telestyrelsen

Box 5398

102 49 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 13 oktober 2014

i mål nr 14891-14

SAKEN

Föreläggande om lagring av trafikuppgifter m.m. enligt lagen om elektronisk kommunikation

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver Post- och telestyrelsens beslut den 27 juni 2014 att förelägga Tele2 Sverige AB att lagra trafikuppgifter m.m. för brottsbekämpande ändamål.

BAKGRUND

Genom ett avgörande den 8 april 2014 i de förenade målen C-293/12 och C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd med flera (härefter Digital Rights-domen) ogiltigförklarade EU-domstolen datalagringsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/24/EG av den 15 mars 2006 om lagring av uppgifter som genererats eller behandlats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät och om ändring av direktiv 2002/58/EG).

Skälet till ogiltigförklarandet var att EU-domstolen bedömde att unionslagstiftaren vid antagandet av datalagringsdirektivet överskridit de gränser som proportionalitetsprincipen ställer upp mot bakgrund av artiklarna 7 (respekt för privatlivet och familjelivet), 8 (skydd av personuppgifter) och 52.1 (rättigheternas och principernas räckvidd och tolkning) i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (härefter stadgan).

Tele2 Sverige AB (Tele2) meddelade en kort tid därefter Post- och telestyrelsen (PTS) att bolaget skulle upphöra att lagra uppgifter och även radera de uppgifter som tidigare lagrats i enlighet med 6 kap. lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (LEK). Detta eftersom Digital Rights-domen medför att kraven i den svenska lagstiftning som genomför datalagringsdirektivet strider mot grundläggande fri-och rättigheter enligt EU-rätten och därför inte får tillämpas av de svenska teleoperatörerna.

PTS beslutade den 27 juni 2014 att förelägga Tele2 att lagra trafikuppgifter m.m. för brottsbekämpande ändamål i enlighet med 6 kap. 16 a § LEK och 37–43 §§ förordningen (2003:396) om elektronisk kommunikation (FEK). Som skäl för beslutet anförde PTS bl.a. följande. Ogiltigförklaringen av datalagringsdirektivet medför inte med automatik att de regler i svensk

nationell lagstiftning som genomför direktivet, dvs. reglerna i LEK som avser skyldigheten att lagra trafikuppgifter m.m. för brottsbekämpade ändamål, blir ogiltiga. Även om det inte längre finns någon unionsrättslig skyldighet för medlemsstaterna att lagra trafikuppgifter m.m. för brottsbekämpande ändamål, medger unionsrätten att sådan lagring sker, så länge kraven i direktiv 2002/58/EG (Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/136/EG av den 25 november 2009) är uppfyllda. Det saknas därför skäl att underlåta att tillämpa de svenska reglerna om lagring av trafikuppgifter m.m.

Tele2 överklagade beslutet. Förvaltningsrätten avlog överklagandet och anförde bl.a. följande.

EU-domstolens dom ska förstås på så sätt att datalagringsdirektivet har ogiltigförklarats eftersom de konstaterade bristerna i direktivet, vid en sammantagen bedömning, inneburit att direktivet inte lever upp till det krav på proportionalitet som unionsrätten uppställer avseende inskränkningar av fri- och rättigheter. Det förhållandet att den svenska regleringen på vissa punkter berörs av den kritik som EU-domstolen riktat mot datalagringsdirektivet innebär inte per automatik att också det svenska regelverket strider mot kravet på proportionalitet. För att ta ställning till detta måste en prövning göras av hur den svenska regleringen närmare är utformad.

Även om den svenska regleringen möjliggör en omfattande lagring ska det beaktas att de svenska tillgångs- och säkerhetsbestämmelserna är tydliga och precisa samt begränsade till vad som är strängt nödvändigt. Detta förhållande, i kombination med att uppgifterna endast lagras i sex månader, kompenserar det betydande intrång som den omfattande lagringen utgör. Till detta kommer att lagringen är motiverad av det mycket angelägna

behovet av att tillhandahålla de brottsbekämpande myndigheterna effektiva verktyg vid utredning av brott. Tillgången till lagrade uppgifter är av stor betydelse för att brottsutredningar ska föras framåt. Med beaktande av detta mycket angelägna behov är det förvaltningsrättens uppfattning att de inskränkningar som de aktuella svenska bestämmelserna innebär i rätten till respekt för privatlivet samt skydd för personuppgifter, uppfyller proportionalitetskravet och är förenliga med regeringsformen, Europakonventionen, stadgan samt direktiv 2002/58/EG.

YRKANDEN M.M.

1. Tele2

Tele2 yrkar att kammarrätten med ändring av förvaltningsrättens dom upphäver det överklagade föreläggandet. Tele2 har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande.

De svenska datalagringsbestämmelserna i 6 kap. LEK står, på samma sätt som det upphävda datalagringsdirektivet, i strid med Europakonventionen och därmed också med svensk grundlag. PTS har därför inte haft rättslig möjlighet att tillämpa och genomdriva de svenska datalagringsbestämmelserna i LEK genom att förelägga Tele2 att återuppta datalagringen enligt dessa bestämmelser.

De svenska datalagringsbestämmelserna lever inte upp till de krav på respekt för grundläggande fri- och rättigheter som EU-domstolen i Digital Rights-domen angett följer av Europakonventionen när det gäller system för datalagring. Tele2 är av uppfattningen att redan lagringens omfattning i sig är oproportionerlig. För att kunna bedöma om den svenska lagrings- skyldigheten går längre än vad som är nödvändigt måste man göra en bedömning av varje enskild typ av lagring som föreskrivs i 38–43 §§ FEK och se om varje sådan lagring utgör en nödvändig inskränkning av de

grundläggande fri- och rättigheterna. Tele2 delar därmed inte bedömningen att man, för att kunna ta ställning till om de svenska datalagringsbestämmelserna uppfyller de krav på proportionalitet som ostridigt uppställs i Europakonventionen, måste göra en sammantagen bedömning där lagringens omfattning ses mot bakgrund av hur bestämmelserna avseende tillgången till de lagrade uppgifterna är utformade, hur länge uppgifterna ska lagras samt säkerheten kring de lagrade uppgifterna.

Det är en felaktig tolkning av Digital Rights-domen att det är möjligt att "läka" det intrång i grundläggande fri- och rättigheter, som den omfattande datalagringen i sig ostridigt utgör genom att begränsa tillgången till de lagrade uppgifterna. I allt väsentligt är det just den omfattande lagringen som EU-domstolen riktat särskilt allvarlig kritik mot och det följer av domen att redan den omfattande datalagringen i sig kan utgöra ett oproportionerligt intrång i de grundläggande fri- och rättigheterna. De svenska datalagringskraven är på samma sätt som datalagringsdirektivets krav så omfattande och långtgående att de rimligen inte kan vägas upp av eventuella regler som begränsar tillgången till de lagrade uppgifterna.

2. PTS

PTS anser att överklagandet ska avslås och anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Det faktum att EU-domstolen i Digital Rights-domen ogiltigförklarade datalagringsdirektivet innebär inte automatiskt att den svenska lagstiftningen, som beslutats i behörig ordning, också blir ogiltig. EU-domstolen har inte funnit att regler om datalagring, i syfte att eventuellt göra dem tillgängliga för behöriga nationella myndigheter, i sig skulle vara i strid med unionsrätten. Det som domstolen har funnit är problemet är proportionaliteten i ingreppet utifrån utformningen av datalagringsdirektivet.

Även om det i och med Digital Rights-domen inte finns någon unionsrättslig skyldighet att ha bestämmelser om datalagring, får datalagring finnas så länge kraven i direktiv 2002/58/EG och övrig unionsrätt är uppfyllda.

I utredningen Datalagring, EU-rätten och svensk rätt (Ds 2014:23) redogörs för gränserna för medlemsstaternas nationella beslutanderätt på unionsrättens tillämpningsområde. Utredningens samlade bedömning är att det svenska regelverket avseende lagring enligt 6 kap. 16 a–f §§ LEK inte strider mot unionsrätten eller europarätten. Vid en sammantagen bedömning finner PTS att det saknas skäl att underlåta att tillämpa de svenska reglerna om lagring av trafikuppgifter m.m. PTS bedömning är således att Tele2 är skyldiga att i enlighet med bestämmelsen i 6 kap. 16 a § LEK lagra trafikuppgifter m.m. som genereras eller behandlas i verksamheten.

PTS konstaterar dock att det såväl i målet som i den allmänna debatten finns olika uppfattningar kring hur EU:s rättsakter ska tolkas mot bakgrund av Digital Rights-domen. Tele2:s överklagande väcker frågan om en omfattande lagring i sig är oproportionerlig i förhållande till kraven i direktiv 2002/58/EG eller om det i proportionalitetsbedömningen ska göras en sammantagen bedömning där även bestämmelser om tillgång till de lagrade uppgifterna, lagringstid och säkerhetskrav ska beaktas. PTS konstaterar även att olika tolkningar av EU-domstolens dom i medlemsländerna har utvecklats till skillnader i lagstiftning och rättspraxis inom EU.

FRÅGOR TILL EU-DOMSTOLEN OCH DOMSTOLENS SVAR

1. Överväganden om behovet av förhandsavgörande

Kammarrätten beslutade den 29 april 2015 att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen och gjorde följande överväganden om behovet av förhandsavgörande.

Underinstanserna har i sin bedömning lagt avgörande vikt vid att Digital Rights-domen ska förstås på så sätt att datalagringsdirektivet har ogiltigförklarats eftersom de konstaterade bristerna i datalagringsdirektivet, vid en sammantagen bedömning, inneburit att direktivet inte lever upp till det krav på proportionalitet som unionsrätten ställer upp avseende inskränkningar i fri- och rättigheter.

Eftersom datalagringsdirektivet genom Digital Rights-domen har förklarats ogiltigt gör kammarrätten bedömningen att förenligheten av de svenska bestämmelserna om datalagring med unionsrätten i första hand måste prövas mot artikel 15.1 i direktiv 2002/58/EG.

Den fråga som aktualiseras i målet hos kammarrätten är därför om det är förenligt med EU-domstolens uttalanden i Digital Rights-domen att tillämpa den svenska lagstiftningen om datalagring med beaktande av artikel 15.1 i direktiv 2002/58/EG och artiklarna 7, 8 och 52.1 i stadgan.

PTS uppfattar EU-domstolens dom som att en medlemstat, under vissa omständigheter, får kräva att leverantörer ska lagra trafikuppgifter m.m. i den omfattning som anges i det upphävda datalagringsdirektivet. Tele2 anser däremot att det följer av EU-domstolens dom att redan den omfattande lagringen i sig utgör ett oproportionerligt intrång i de grundläggande fri- och rättigheterna.

Ett entydigt svar på om EU-domstolen har gjort en sammanvägd bedömning eller inte av lagringens omfattning och bestämmelserna avseende tillgång till uppgifterna, säkerheten för de lagrade uppgifterna och lagringstiden för uppgifterna efterfrågas därför.

Mot bakgrund av att det finns skäl som talar både för och emot att en sådan omfattande lagring som föreskrivs i 6 kap. 16 a § LEK är förenlig med artikel 15.1 i direktiv 2002/58/EG samt artiklarna 7, 8 och 52.1 i stadgan och unionsrätten i övrigt, ansåg kammarrätten att det var nödvändigt att begära att EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande enligt artikel 267 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

2. Frågor till EU-domstolen

Kammarrätten ställde följande frågor och hänvisade till olika punkter i begäran om förhandsavgörande där de tillämpliga unionsrättsliga och nationella bestämmelserna beskrevs. En närmare redogörelse av de mest aktuella bestämmelserna finns under skälen för kammarrättens avgörande.

1. Är en generell skyldighet att lagra trafikuppgifter som omfattar samtliga personer, samtliga elektroniska kommunikationsmedel och samtliga trafikuppgifter utan att det görs några åtskillnader, begränsningar eller undantag utifrån syftet att bekämpa brott (så som beskrivs i punkterna 13–18) förenlig med artikel 15.1 i direktiv 2002/58/EG med beaktande av artiklarna 7, 8 och 52.1 i stadgan?

Punkterna 13–18 i kammarrättens begäran om förhandsavgörande innehåller en redogörelse för de bestämmelser i LEK och FEK som reglerar omfattningen av skyldigheten att lagra trafikuppgifter m.m. för brottsbekämpande ändamål.

2. Om svaret på fråga 1 är nej, kan lagringen ändå vara tillåten
- a) om de nationella myndigheternas tillgång till de uppgifter som lagras är fastställd så som beskrivits i punkterna 19–36, och
 - b) om kraven på säkerhet regleras så som beskrivits i punkterna 38–43, samt då
 - c) samtliga aktuella uppgifter ska lagras i sex månader räknat från den dag kommunikationen avslutades och därefter utplånas så som beskrivits i punkt 37?

I punkterna 19–36 i begäran om förhandsavgörande beskrivs bestämmelserna i de tre svenska författningar där tillgången till de lagrade uppgifterna huvudsakligen regleras, nämligen LEK, rättegångsbalken och lagen (2012:278) om inhämtning av uppgifter om elektronisk kommunikation i de brottsbekämpande myndigheternas underrättelseverksamhet (inhämtningslagen).

Punkterna 38–43 återger bestämmelserna i LEK och FEK som reglerar säkerheten för de lagrade uppgifterna och punkten 37 bestämmelserna i LEK om lagringstiden för de lagrade uppgifterna.

3. EU-domstolens svar

EU-domstolen meddelade dom i målet den 21 december 2016 (de förenade målen C-203/15 och C-698/15). Inledningsvis konstaterade EU-domstolen att den svenska lagstiftningen, även efter ogiltigförklarandet av datalagringsdirektivet, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2002/58/EG och därmed av unionsrätten. EU-domstolen besvarade därefter kammarrättens frågor enligt följande.

1. Artikel 15.1 i direktiv 2002/58/EG jämförd med artiklarna 7, 8, 11 och 52.1 i stadgan, ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för en nationell lagstiftning som i brottsbekämpande syfte föreskriver en generell och

odifferentierad lagring av samtliga trafikuppgifter och lokaliseringssuppgifter avseende samtliga abonnenter och registrerade användare och samtliga elektroniska kommunikationsmedel.

2. Artikel 15.1 i direktiv 2002/58 jämförd med artiklarna 7, 8, 11 och 52.1 i stadgan ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för en nationell lagstiftning som reglerar skydd och säkerhet för trafikuppgifter och lokaliseringssuppgifter och, i synnerhet, behöriga nationella myndigheters tillgång till lagrade uppgifter och som inte – inom ramen för brottsbekämpning – begränsar denna tillgång till enbart åtgärder som syftar till att bekämpa grov brottslighet, inte föreskriver att tillgången ska vara underkastad förhandskontroll av en domstol eller en oberoende förvaltningsmyndighet och inte kräver att uppgifterna ska lagras inom unionen.

KAMMARRÄTTENS BESLUT OM INHIBITION

Kammarrätten beslutade den 22 december 2016, efter Tele2:s begäran, att PTS beslut den 27 juni 2014 att förelägga Tele2 att lagra trafikuppgifter m.m. tills vidare inte skulle gälla.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Vad målet gäller

Det kammarrätten ska pröva i detta mål är det överklagade beslutet från PTS, dvs. om PTS haft rätt att förelägga Tele2 att lagra uppgifter i enlighet med 6 kap. 16 a § LEK och 37–43 §§ FEK. Kammarrättens prövning gäller därmed endast om bestämmelserna i LEK och FEK om lagring av trafikuppgifter m.m. för brottsbekämpande ändamål strider mot unionsrätten. Däremot omfattar inte prövningen övriga bestämmelser i LEK

som gäller lagring, bl.a. lagring för att överföra ett elektroniskt meddelande eller lagring för abonnentfakturerings.

Kammarrättens frågor till EU-domstolen i begäran om förhandsavgörande gällde förutom lagringens omfattning även bestämmelserna om tillgång till de lagrade uppgifterna, lagringstiden och säkerheten för de lagrade uppgifterna. Skälet till detta var att kammarrätten ville få ett entydigt svar på om Digital Rights-domen skulle tolkas som att proportionaliteten av lagringens omfattning skulle bedömas för sig eller om det skulle göras en sammanvägd bedömning med beaktande av bestämmelserna om tillgång till de lagrade uppgifterna, lagringstiden och säkerheten för lagrade uppgifterna.

Kammarrättens prövning i detta mål omfattar därför inte heller frågan om de svenska bestämmelserna om tillgång till de lagrade uppgifterna, som förutom i LEK finns i 27 kap. rättegångsbalken och inhämtningslagen, samt bestämmelserna om lagringstid och säkerhet för de lagrade uppgifterna, är förenliga med unionsrätten.

2. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrättsliga bestämmelser

Av artikel 1.1 i direktiv 2002/58/EG framgår att syftet med direktivet är att harmonisera medlemsstaternas bestämmelser för att säkerställa ett likvärdigt skydd av de grundläggande fri- och rättigheterna, i synnerhet rätten till integritet och konfidentialitet, när det gäller behandling av personuppgifter inom sektorn för elektronisk kommunikation.

I artikel 15.1 i direktiv 2002/58/EG föreskrivs att medlemsstaterna får vidta lagstiftningsåtgärder som avviker från principen om konfidentialitet vid kommunikation och därmed förbunda trafikuppgifter om åtgärden i ett

demokratiskt samhälle är nödvändig, lämplig och proportionell för att skydda nationell säkerhet (dvs. statens säkerhet), försvaret och allmän säkerhet samt för förebyggande, undersökning, avslöjande av och åtal för brott eller vid obehörig användning av ett elektroniskt kommunikationssystem. Medlemsstaterna får för detta ändamål bland annat vidta lagstiftningsåtgärder som innebär att uppgifter får bevaras under en begränsad period som motiveras av de skäl som fastställs i denna punkt. Alla åtgärder som avses ska vara i enlighet med de allmänna principerna i unionslagstiftningen, inklusive principerna i artikel 6.1 och 6.2 i Fördraget om Europeiska unionen. Skäl 11 i direktivet preciserar att en åtgärd som ”i ett demokratiskt samhälle är nödvändig, lämplig och proportionell” måste stå i strikt proportion till det avsedda ändamålet.

Enligt artikel 7 i stadgan har var och en rätt till respekt för sitt privatliv och familjeliv, sin bostad och sina kommunikationer.

Av artikel 8 i stadgan framgår att var och en har rätt till skydd av de personuppgifter som rör honom eller henne och att uppgifterna ska behandlas lagenligt för bestämda ändamål och på grundval av den berörda personens samtycke eller någon annan legitim och lagenlig grund. Var och en har rätt att få tillgång till insamlade uppgifter som rör honom eller henne och att få rättelse av dem.

I artikel 11 i stadgan regleras rätten till yttrande- och informationsfrihet.

I artikel 52.1 i stadgan anges att varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i stadgan ska vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.

B. Nationella bestämmelser

Det nu ogiltigförklarade datalagringsdirektivet genomfördes i svensk rätt genom ändringar i LEK och FEK som trädde i kraft den 1 maj 2012. Bestämmelserna om lagring finns i 6 kap. 16 a–f §§ LEK och i 37–43 FEK framgår närmare vilka uppgifter som ska lagras för att lagringsskyldigheten i 6 kap. 16 a § LEK ska anses fullgjord.

Av 6 kap. 16 a § LEK framgår att den som bedriver verksamhet som är anmälningspliktig enligt 2 kap. 1 § samma lag (leverantörer) är skyldig att lagra dels uppgifter om abonnemang, dels andra uppgifter som angår ett särskilt elektroniskt meddelande, som är nödvändiga för att spåra och identifiera kommunikationskällan, slutmålet för kommunikationen, datum, tidpunkt och varaktighet för kommunikationen, typ av kommunikation, kommunikationsutrustning samt lokalisering av mobil kommunikationsutrustning vid kommunikationens början och slut. Skyldigheten att lagra uppgifterna omfattar uppgifter som genereras eller behandlas vid telefonitjänst, telefonitjänst via mobil anslutningspunkt, meddelandehantering, internetåtkomst och tillhandahållande av kapacitet för att få internetåtkomst (anslutningsform).

Den lagringsskyldighet som åläggs leverantörer i svensk rätt innefattar helt den lagringsskyldighet som föreskrevs i det numera ogiltigförklarade datalagringsdirektivet. I svensk lag infördes dessutom en skyldighet att lagra både uppgifter om misslyckad uppringning och uppgifter om lokalisering av mobilsamtals slut.

I likhet med datalagringsdirektivet omfattar lagringsskyldigheten inte uppgifter som avslöjar innehållet i kommunikationen.

Enligt 38–43 §§ FEK ska beträffande telefonitjänst bl.a. uppringande och uppringt nummer samt datum och spårbar tid när kommunikationen

påbörjades och avslutades lagras. När det gäller telefonitjänst via mobil anslutningspunkt framgår att ytterligare krav gäller, t.ex. att även lokaliseringssuppgifter för kommunikationens början och slut ska sparas. När det gäller telefonitjänst som använder IP-paket ska utöver det som angivits ovan bl.a. även uppringandes och uppringds IP-adresser lagras. Beträffande meddelandehantering gäller bl.a. att avsändares och mottagares nummer, IP-adress eller annan meddelandeadress ska lagras och när det gäller internetåtkomst ska t.ex. användares IP-adress och datum och spårbar tid för på- och avloggning i tjänsten som ger internetåtkomst lagras.

3. Kammarrättens bedömning

Kammarrätten konstaterar att EU-domstolen i de förenade målen C-203/15 och C-698/15 har slagit fast att den svenska lagstiftningen om lagring av trafikuppgifter m.m. för brottsbekämpande ändamål överskrider gränserna för vad som är strängt nödvändigt och inte kan anses motiverad i ett demokratiskt samhälle, såsom krävs enligt artikel 15.1 i direktiv 2002/58 jämförd med artiklarna 7, 8, 11 och 52.1 i stadgan (p. 107).

Skälet till att den svenska lagstiftningen inte uppfyller de krav som den unionsrättsliga proportionalitetsprincipen ställer upp är enligt EU-domstolen att den i brottsbekämpande syfte föreskriver en generell och odifferentierad lagring avseende samtliga trafikuppgifter m.m., samtliga elektroniska kommunikationsmedel och samtliga abonnenter och registrerade användare, utan att det görs några åtskillnader, begränsningar eller undantag utifrån det eftersträfvade syftet (p. 97, 105 och 112).

EU-domstolen uttalar vidare i nämnda avgörande att de uppgifter som leverantörer av elektroniska kommunikationstjänster är skyldiga att lagra enligt den svenska lagstiftningen, i vilka bl.a. ingår abonnentens eller den registrerade användarens namn och adress, det uppringande och det uppringda telefonnumret och IP-adressen för internetjänster, sammantagna

kan göra det möjligt att dra mycket precisa slutsatser om privatlivet för de personer vilkas uppgifter har lagrats, såsom deras vanor i vardagslivet, deras stadigvarande och tillfälliga uppehållsort, deras dagliga förflyttningar, de aktiviteter de utövar, deras sociala relationer och de umgängeskreter de rör sig i. Det ingrepp som en sådan lagstiftning utgör i de grundläggande rättigheter som är fastslagna i artiklarna 7 och 8 i stadgan är enligt EU-domstolen långtgående och måste betraktas som synnerligen allvarligt (p. 98-100).

Inte ens lagring av trafikuppgifter m.m. som görs med syftet att bekämpa grov brottslighet kan enligt EU-domstolen i sig ensamt motivera en sådan lagstiftning som den svenska, som föreskriver en generell och odifferentierad lagstiftning. Den svenska lagstiftningen berör samtliga personer som använder elektroniska kommunikationstjänster, utan att dessa personer ens indirekt befinner sig i en situation som kan föranleda lagföring och den kräver inte något samband mellan de uppgifter som ska lagras och ett hot mot den allmänna säkerheten. Den är heller inte begränsad till lagring av uppgifter avseende en viss tidsperiod, ett visst geografiskt område och/eller en viss krets av personer som skulle kunna vara inblandade i ett allvarligt brott eller som av andra skäl skulle kunna bidra till bekämpningen av brott (p. 103 och 105-106).

För att en nationell lagstiftning om lagring av trafikuppgifter m.m. för brottsbekämpande ändamål ska vara förenlig med artikel 15.1 i direktiv 2002/58 jämförd med de aktuella artiklarna i stadgan krävs, enligt EU-domstolen, bl.a. att den grundar sig på objektiva omständigheter som gör det möjligt att ta sikte på en personkrets vars uppgifter kan avslöja en, åtminstone indirekt, koppling till grov brottslighet och på ett eller annat sätt kan bidra till att bekämpa grov brottslighet eller förhindra en allvarlig risk för den allmänna säkerheten. En sådan avgränsning kan säkerställas genom ett geografiskt kriterium när de behöriga nationella myndigheterna på grundval av objektiva omständigheter bedömer att det i ett eller flera

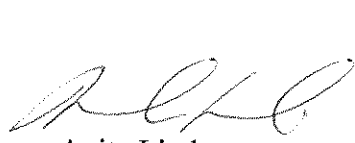
geografiska områden finns en förhöjd risk för förberedelse eller genomförande av sådana handlingar (p. 111).

Kammarrätten konstaterar att det, med hänsyn till EU-domstolens uttalanden i de förenade målen C-203/15 och C-698/15, är klarlagt att de svenska bestämmelserna om lagring av trafikuppgifter m.m. för brottsbekämpande ändamål i LEK och FEK inte är förenliga med artikel 15.1 i direktiv 2002/58/EG och artiklarna 7, 8, 11 och 52.1 i stadgan. De svenska bestämmelserna står alltså i strid med unionsrätten.

Detta får till följd att bestämmelserna i LEK och FEK om lagring av trafikuppgifter m.m. för brottsbekämpande ändamål inte kan tillämpas och att PTS inte haft rätt att förelägga Tele2 att lagra uppgifter i enlighet med 6 kap. 16 a § LEK och 37–43 §§ FEK.

Kammarrätten upphäver därför, med ändring av förvaltningsrättens dom, PTS beslut den 27 juni 2014.

Domen får inte överklagas (8 kap. 19 § andra stycket LEK).



Anita Linder
lagman
ordförande



Ann-Jeanette Eriksson
kammarrättsråd



Erika Odung
kammarrättsråd
referent



Ricarda Lerjeborn Oudejans
föredragande



Neutral Citation Number: [2018] EWHC 975 (Admin)

Case No: CO/1052/2017

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE
QUEEN'S BENCH DIVISION
DIVISIONAL COURT

Royal Courts of Justice
Strand, London, WC2A 2LL

Date: 27/04/2018

Before :

LORD JUSTICE SINGH
and
MR JUSTICE HOLGATE

Between :

**The Queen on the application of The National
 Council for Civil Liberties (Liberty)**

Claimant

- and -

(1) Secretary of State for the Home Department
**(2) Secretary of State for Foreign and
 Commonwealth Affairs**

Defendants

Martin Chamberlain QC, Ben Jaffey QC and David Heaton (instructed by **Bhatt Murphy**)
 for the **Claimant**

James Eadie QC, Gerry Facenna QC, Julian Milford and Michael Armitage (instructed by
 the **Government Legal Department**) for the **Defendants**

Hearing dates: 27-28 February 2018

Approved Judgment

Lord Justice Singh :Introduction

1. This is the judgment of the Court, to which both of its members have contributed.
2. This claim for judicial review concerns the compatibility of the Investigatory Powers Act 2016 (“the IPA” or “the 2016 Act”) with both European Union (“EU”) law and the European Convention on Human Rights (“ECHR”). For present purposes the Court has only been concerned with part of the claim and not the whole of it: the hearing before us concerned the challenge to the compatibility of Part 4 of the 2016 Act with EU law.
3. In particular this case concerns the power given to the Secretary of State by section 87(1) of the IPA to issue “retention notices” to telecommunications operators requiring the retention of data. It is important to note that this power relates to *retention* and not *access* to such data. It is also important to note that, although the power affects a wide range of private information to do with communications, it does not concern the *content* of such communications, such as emails or text messages.
4. The IPA received Royal Assent on 29 November 2016. Part 4 was brought into force (although not in its entirety) on 30 December 2016 and substantially re-enacts the Data Retention and Investigatory Powers Act 2014 (“DRIPA”).
5. The present claim for judicial review was issued on 28 February 2017.
6. On 6 April 2017 the Defendants filed their summary grounds of resistance.
7. On 14 June 2017 Jeremy Baker J granted permission to challenge Part 4 of the IPA; stayed the rest of the claim; and required the Defendants to state by 5 July 2017 whether they conceded the challenge to Part 4.
8. On 7 July 2017 the Defendants conceded that Part 4 of the IPA is, in its current form, inconsistent with the requirements of EU law in two respects.
9. However, Part 4 has not yet been amended. It is proposed by the Government that amendments will be made by secondary legislation, under section 2(2) of the European Communities Act 1972, as amended, (“the ECA” or “the 1972 Act”), to be subject to the affirmative resolution procedure in Parliament. The Claimant contends that, in the meantime, unlawful retention of, and access to, communications data therefore continues.
10. The Claimant invites this Court to make an “order of disapplication” in respect of Part 4 insofar as it is conceded to be incompatible with EU law or is undefended. However, it further submits that the order of disapplication should be suspended until 31 July 2018. It submits that this would give the Government and Parliament a reasonable opportunity to introduce legislation which is compatible with EU law. The arguments in this regard evolved to some extent during the course of the hearing before us and we shall have to return to them later in this judgment.

Background

11. The origin of the problem in the present case can be traced back to Directive 2006/24/EC (the “Data Retention Directive”). That Directive was held by the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) to be invalid as a matter of EU law in *Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications, Marine and Natural Resources* (Case C-293/12) EU:C:2014:238; [2015] QB 127.
12. In the United Kingdom the Data Retention Directive had been given effect by the Data Protection Regulations 2009. Because of the perceived invalidity of those Regulations Parliament acted swiftly to permit certain retention to continue to take place by enacting the DRIPA in 2014.
13. Section 1 of the DRIPA was the subject of challenge in the courts. That challenge succeeded before the Divisional Court (Bean LJ and Collins J): *R (Davies and Watson) v Secretary of State for the Home Department* [2015] EWHC 2092 (Admin); [2016] 1 CMLR 13 (“*Watson DC*”).
14. That decision was appealed by the Secretary of State. The Court of Appeal decided to make a reference to the CJEU: [2015] EWCA Civ 1185; [2016] 1 CMLR 48 (“*Watson CA 2015*”).
15. That reference was considered on an expedited basis by the CJEU and heard together with a reference which had been made by a Swedish Court in *Tele2 Sverige AB v Post-och telestyrelsen* (Case C-203/15).¹
16. The CJEU gave its judgment in those cases on 21 December 2016: EU:C:2016:970 (“*Watson CJEU*”).
17. The Court of Appeal then resumed its consideration of the *Watson* case and, after a hearing which took place on 8 December 2017, gave judgment on 30 January 2018: [2018] EWCA Civ 70 (“*Watson CA 2018*”). Although by that time the DRIPA had been repealed, the Court of Appeal granted a declaration that it was incompatible with EU law in two respects.
18. In the main judgment, which was given by Lord Lloyd-Jones, the Court confirmed that the two inconsistencies with EU law which are clear are that, in the area of criminal justice:
 - (1) access to retained data is not limited to the purpose of combating “serious crime”; and
 - (2) access to retained data is not subject to prior review by a court or an independent administrative body.
19. The Court of Appeal made a declaration that the DRIPA was incompatible with EU law in those two respects.

¹ The *Watson* case had the reference number C-698/15.

Material Provisions of the IPA

20. Section 61(7) of the IPA, which appears in Part 3, sets out the following purposes for obtaining communications data:

“(7) It is necessary to obtain communications data for a purpose falling within this subsection if it is necessary to obtain the data –

- (a) in the interests of national security,
- (b) for the purpose of preventing or detecting crime² or of preventing disorder,
- (c) in the interests of the economic well-being of the United Kingdom so far as those interests are also relevant to the interests of national security,
- (d) in the interests of public safety,
- (e) for the purpose of protecting public health,
- (f) for the purpose of assessing or collecting any tax, duty, levy or other imposition, contribution or charge payable to a government department,
- (g) for the purpose of preventing death or injury or any damage to a person’s physical or mental health, or of mitigating any injury or damage to a person’s physical or mental health,
- (h) to assist investigations into alleged miscarriages of justice,
- (i) where a person (“P”) has died or is unable to identify themselves because of a physical or mental condition –
 - (i) to assist in identifying P, or
 - (ii) to obtain information about P’s next of kin or other persons connected with P or about the reason for P’s death or condition, or

² It will be seen this is not confined to “serious crime”.

- (j) for the purpose of exercising functions relating to –
 - (i) the regulation of financial services and markets, or
 - (ii) financial stability.”

21. Part 4 of the IPA is headed “Retention of Communications Data”. Section 87(1) provides that:

“The Secretary of State may, by notice (a “retention notice”) and subject as follows, require a telecommunications operator to retain relevant communications data if –

- (a) the Secretary of State considers that the requirement is necessary and proportionate for one or more of the purposes falling within paragraphs (a) to (j) of section 61(7) (purposes for which communications data may be obtained), and
- (b) the decision to give the notice has been approved by a Judicial Commissioner.”³

22. In Part 4 “relevant communications data” has the following meaning, according to section 87(11):

“In this Part ‘relevant communications data’ means communications data which may be used to identify, or assist in identifying, any of the following –

- (a) the sender or recipient of a communication (whether or not a person),
- (b) the time or duration of a communication,
- (c) the type, method or pattern, or fact, of communication,
- (d) the telecommunication system (or any part of it) from, to or through which, or by means of which, a communication is or may be transmitted, or

³ Although the first part of section 87(1) has been brought into force, para. (b) is not yet in force.

(e) the location of any such system,

and this expression therefore includes, in particular, internet connection records.”

23. Although this covers a wide range of private information, it is important to note that it does not include the *content* of communications, for example emails or text messages.

Relevant Provisions in the EU Charter of Fundamental Rights

24. Article 6(1) of the Treaty on European Union provides that the EU Charter of Fundamental Rights shall have “the same legal value” as the Treaties.

25. Article 7 of the Charter provides that:

“Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications.”

26. Article 8 concerns protection of personal data and provides that:

- “1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.
2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified.
3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.”

27. Article 11 concerns freedom of expression and information. It provides that:

- “1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.
2. The freedom and pluralism of the media shall be respected.”

28. Article 51, which concerns the field of application of the Charter, provides that the provisions of the Charter are addressed both to the institutions of the EU “and to the Member States only when they are implementing Union law.” Article 51(1) continues:

“... They shall therefore respect the rights, observe the principles and promote the application thereof in accordance with their respective powers and respecting the limits of the powers of the Union as conferred on it in the Treaties.”

29. Article 52 of the Charter provides as follows:

“Scope and interpretation of rights and principles.

1. Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others.

...

3. In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the [European] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection.”

The development of the arguments as to the appropriate remedy

30. As we have mentioned, in the light of the decision of the CJEU in *Watson*, the Defendants have accepted that Part 4 of the 2016 Act is incompatible with EU law in two respects and must therefore be amended.

31. As we have also mentioned, in *Watson* CA 2018, the Court of Appeal made a declaration that the DRIPA was incompatible with EU law in two respects which are in essence the subject of the concession now made by the Defendants in respect of Part 4 of the IPA. However, it is important to bear in mind that, by the time that declaration was made, the DRIPA had already been repealed by Parliament and replaced with the IPA. Therefore the declaration made by the Court related to a past incompatibility; it did not have the effect of disapplying any legislation currently in force.

32. In the present proceedings, the Defendants submit that no more than declaratory relief is required in respect of Part 4 of the 2016 Act in similar terms to the declaration granted by the Court of Appeal in *Watson* CA 2018. In particular the Defendants resist any suggestion on behalf of the Claimant that the Court should disapply the current legislation, even with such an order of disapplication having only suspended effect. Finally, there is a dispute between the parties as to the period of suspension should the Court decide to make an order of disapplication at all.
33. However, as we have mentioned, the arguments evolved in an important way during the course of the hearing before this Court. When making his reply on behalf of the Claimant, Mr Chamberlain QC asked the Court to make a declaration in the following terms:
- “Part 4 of the Investigatory Powers Act 2016, read in accordance with the European Communities Act 1972, does not authorise the issue to a telecommunications operator of a retention notice requiring it to retain relevant communications data.”
34. In our judgement, there are several difficulties with that request, quite apart from the fact that it was made late in the day and had not been formulated in that way previously.
35. First, the wording of the draft declaration is so broad that it would include areas which are outside (or potentially outside) the area of serious crime: for example, the area of national security. As will become apparent later, the issue of whether the area of national security falls within the scope of EU law at all is the subject of dispute between the parties. It is, moreover, the subject of the first question which has been referred by the Investigatory Powers Tribunal (“IPT”) for determination in a preliminary ruling by the CJEU: see its decision of 8 September 2017 in *Privacy International v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Others* (IPT/15/110/CH).
36. Secondly, the draft wording is tantamount in substance to requiring disapplication of Part 4 of the Act with *immediate* effect. In our view, that would be to grant the Claimant in this case a remedy which not only has never previously been sought but is one which the Claimant has expressly disavowed it was seeking in the past. For that purpose it is necessary to rehearse some of the procedural history of these proceedings.
37. When, on 14 June 2017, Jeremy Baker J granted permission for the claim in relation to Part 4 of the 2016 Act to proceed to a substantive hearing he made a direction (at para. 2) that by 5 July 2017 the Defendants should set out in writing whether they intended to concede or contest the claim in relation to Part 4.
38. The relevant letter was in fact dated 7 July 2017. In that letter the Government Legal Department said on behalf of the Defendants that they “do not contest the claim that Part 4 of the IPA is, in its current form, inconsistent with the requirements of EU law insofar as:

(1) it does not ensure that, in the area of criminal investigations, access to and use of retained communications data is restricted to the objective of fighting serious crime; and

(2) access to retained data is not subject to prior review by a court or an independent administrative body. Accordingly, the Defendants would not contest the making of a declaration that Part 4 of the IPA in its present form is inconsistent with EU law on these grounds.”

It should be noted that there was an important footnote attached to that proposition:

“The Defendants’ position is without prejudice to the question of the application of EU law in a national security context, which is currently under consideration by the Investigatory Powers Tribunal.”

39. In the same letter it was said that the Defendants did not, however, consider that the Claimant was entitled to any further order. It was added that, for the avoidance of doubt:

“The Defendants would resist any application for an Order that required the disapplication of any aspect of the current legislation before Parliament has been given an opportunity to amend the legislation to comply with EU law as clarified by the CJEU.”

40. In the concluding section of the letter, it was said:

“As it is common ground in this claim (as in *Watson*) that no aspect of the current regime should be immediately disapplied, and that Parliament must be given an opportunity to amend the scope of the legislation to bring it into line with EU law, there is no basis at this stage for any relief beyond a declaration.”

Further it was said:

“For the avoidance of doubt, pending amendment of the legislation by Parliament the Secretary of State will continue to operate the current arrangements under Part 4 of the Act, including where that is necessary in order to ensure that communications data is retained following the expiry of the transitional arrangements for retention notices issued under s.1 DRIPA.”

41. The Claimant’s solicitors replied to that letter on 13 July 2017. They noted that the Defendants accepted that Part 4 is incompatible with EU law but took the view that:

“This stance is contrary to law and shows a disregard for the rights to privacy of citizens.”

This was because the Defendants had made it clear that they would continue to operate the current arrangements for an undefined and potentially unlimited period. It was that issue of timing which was the subject of objection by the Claimant at that time.

42. It was suggested by the Claimant’s solicitors that the Defendants’ position required further clarification. At paras. 10-14 of the letter they set out what relief they contended the Claimant was entitled to and headed it “Order for Disapplication.” They enclosed a draft order which they said their client could agree. They noted that the terms of the declaration they considered should be made reflected the judgment of the CJEU in *Watson*. Further, and importantly, they suggested that the order sought was in line with that made by the Divisional Court in *Watson* and that:

“There is no plausible point of distinction.”

They contended that it is the Court’s duty to give effect to EU law, including by disapplying incompatible provisions. They also noted that the Defendants had not argued before the Court of Appeal, when *Watson* returned from the CJEU, that the order for disapplication should not have been made by the Divisional Court. Further, the letter contended that the Defendants’ concerns about the need for Part 4 powers in arresting and prosecuting criminals and preventing attacks “can be accommodated by an appropriate suspension of the order for disapplication, as again was the case in *Davis & Watson*.” In our view, that was a realistic and fair acknowledgement that, in this context, it cannot reasonably be expected that there should, immediately, be no legislation at all in place allowing retention of data that is needed to apprehend criminals or prevent terrorist attacks; what the Claimant was seeking was a reasonable period in which the legislation could be amended.

43. The letter continued that they agreed that the legislation must be amended but the absence of any defined period in which the ongoing unlawful conduct will come to an end is impossible to reconcile with the duty on a Member State’s courts to give full effect to EU law. They recorded that:

“You observe that it is common ground that Part 4 should not be immediately disapplied.”

They did not in terms dissent from that suggestion on the part of the Defendants and appeared to agree with it because the letter continued:

“That is merely a reason for a *suspended* order for disapplication, as in *Davis & Watson*. It does not suggest that no order for disapplication should be made.” (Italics in original)

Finally the letter continued:

“The utility of a suspended order for disapplication lies in the practical requirement it imposes to enact changes to legislation

within the specified time. Given the length of time that has passed since this claim was brought in February 2017 and the absence of any firm proposals for amendment, that is vital in this case.”

44. It is clear therefore that that was the form of the remedy which was being sought at that time by the Claimant. That is the claim which the Defendants had to meet. In their detailed grounds of resistance (dated 11 December 2017) they invited the Court to dismiss the Claimant’s challenge based on EU law save to the extent encompassed by the Defendants’ concession. Further, they said:

“As to the matters falling within the scope of the Defendants’ concession, no relief beyond declaratory relief is appropriate or necessary, given that those matters are already being addressed by proposed amendments that have been published for consultation and will in due course be considered by Parliament.” (para. 137)

45. We have rehearsed the procedural history in detail because this is more than simply a pleading point, although the importance of having a properly pleaded case and response to it should not be underestimated in judicial review proceedings.
46. But the point goes further than that. This is a very important constitutional case, in which there are vital public interests at stake on each side of the argument. For reasons that we set out more fully later, we have reached the clear view that, whatever other remedy should be granted in this case, the Court should not do anything which would have the effect of immediately disapplying Part 4 of the 2016 Act, with the resultant chaos and damage to the public interest which that would undoubtedly cause in this country.
47. Before we return to the question of what remedy, if any, should be granted in the present case to reflect what are acknowledged to be inconsistencies between Part 4 of the IPA and EU law, it is necessary to consider in some detail (i) the power of the Court to grant a declaration; and (ii) the way in which the doctrine of the supremacy of EU law has come to be received into the domestic law of this country, which has otherwise recognised the legislative supremacy of Parliament.

The power to grant a declaration

48. The history and development of the Court’s power to grant a declaration is discussed in Zamir and Woolf, The Declaratory Judgment (4th ed., 2011), Ch. 2. For present purposes it will suffice to note that the power to grant a declaration, even if no other remedy is sought, was conferred by the Rules of the Supreme Court 1883 in Order 25, Rule 5. That was replaced by the Rules of the Supreme Court 1965, Order 15, Rule 16, which stated:

“No action or other proceeding shall be open to objection on the ground that a merely declaratory judgment or order is sought thereby, and the court may make binding declarations of right whether or not any consequential relief is or could be claimed.”

49. The current power of the Court is governed by the Civil Procedure Rules 1998, as amended, and in particular Rule 40.20, which states:

“The Court may make binding declarations whether or not any other remedy is claimed.”

50. It is to be noted that the phrase now is “binding declarations” and there is no longer any reference to a declaration “of right”.

51. Nevertheless, what is significant is that a declaration is binding. This is unsurprising given its function in our legal system. As Zamir and Woolf put it, at para. 1-02:

“A declaratory judgment is a formal statement by a court pronouncing upon the existence or non-existence of a legal state of affairs. It is to be contrasted with an executory, in other words coercive, judgment which can be enforced by the courts. ... A declaratory judgment ... pronounces upon a legal relationship but does not contain any order which can be enforced ...”

52. There is a constitutional convention that the executive will comply with a declaration made by the court even though it does not have coercive effect. For example, in *R v Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd* [1990] 2 AC 85, at p.150, Lord Bridge of Harwich said:

“The form of final relief available against the Crown has never presented any problem. A declaration of right made in proceedings against the Crown is invariably respected and no injunction is required.”

53. However, it is important to note what is said by Zamir and Woolf, at para. 1-07:

“... Whilst the defendant is assumed to have respect for the law, justice does not rely on this alone. A declaration by the court is not a mere opinion devoid of legal effect: the

controversy between the parties is determined and is *res judicata* as a result of the declaration being granted.”⁴

54. When Order 53 of the Rules of the Supreme Court was reformed in 1977 to create the new procedure of “an application for judicial review” it provided for the grant of a declaration in such an application. Order 53, Rule 1(2) provided:
- “An application for a declaration or an injunction ... may be made by way of an application for judicial review, and on such an application the court may grant the declaration or injunction claimed if it considers that, having regard to –
- (a) the nature of the matters in respect of which relief may be granted by way of an order of mandamus, prohibition or certiorari,⁵
- (b) the nature of the persons and bodies against whom relief may be granted by way of such an order, and
- (c) all the circumstances of the case, it would be just and convenient for the declaration or injunction to be granted on an application for judicial review.”
55. In 1981 Parliament enacted primary legislation to govern applications for judicial review: at that time the statute was called the Supreme Court Act 1981 but has since been renamed the Senior Courts Act 1981. Section 31(2) of that Act sets out the circumstances in which the Court may grant a declaration in an application for judicial review.
56. The procedure for bringing claims for judicial review, as they are now known, is governed by Part 54 of the Civil Procedure Rules. Rule 54.3(1) provides that the judicial review procedure “may be used” in a claim for judicial review where the claimant is seeking a declaration. Where the claimant is seeking a declaration in addition to one of the remedies listed in Rule 54.2 (for example a quashing order) the judicial review procedure “must be used”.
57. We now turn to how the general power to grant a declaration has come to be used in the context of a challenge to primary legislation under EU (formerly Community) law. In particular it is necessary to see how the doctrine of the supremacy of EU law has been received into domestic law.

⁴ As is noted by Zamir and Woolf, at fn.9 on p.4, the doctrine of *res judicata* does not strictly apply in public law cases. However, the court could act to prevent an abuse of power by the executive.

⁵ These old names for the prerogative orders have now been replaced by more modern terminology: for example, certiorari is now a “quashing order”.

The reception of the doctrine of the supremacy of EU law into domestic law

58. The doctrines of direct effect of certain norms of EU law and the supremacy of EU law were well-established in the jurisprudence of the European Court of Justice before 1973, when the UK became a member of what was then called the European Economic Community. The way in which these concepts were given effect in domestic law was by section 2 of the European Communities Act 1972 (“ECA” or “the 1972 Act”). So far as material, section 2 provides:

“(1) All such rights, powers liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are *without further enactment to be given legal effect* or used in the United Kingdom *shall be recognised and available in law*, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression ‘enforceable EU right’ and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies.

...

(4) The provision that may be made under subsection (2) above includes, subject to Schedule 2 to this Act, any such provision (of any such extent) as might be made by Act of Parliament, and *any enactment passed or to be passed*, other than one contained in this part of the Act, *shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section*; but, except as may be provided by any Act passed after this Act, Schedule 2 shall have effect in connection with the powers conferred by this and the following sections of this Act to make Orders in Council or orders, rules, regulations or schemes.” (Emphasis added)

59. In *R v Secretary of State for Employment, ex p. Equal Opportunities Commission* [1995] 1 AC 1 (“*EOC*”), at pp.26-27, the House of Lords had to consider an argument made on behalf of the Secretary of State that RSC Order 53, Rule 1(2), which gave the Court power to make declarations in judicial review proceedings, was only applicable where one of the prerogative orders would be available under Rule 1(1). In particular it was submitted that, since the prerogative orders could not be made in respect of an Act of Parliament (for example, an Act of Parliament could not be quashed by a court by an order of certiorari), nor could a declaration be made.

60. The House of Lords rejected that argument. Lord Keith of Kinkel said, after consideration of the *Factortame* series of cases, where the applicants had sought a declaration that the provisions of Part II of the Merchant Shipping Act 1988 should not apply to them on the ground that this would be contrary to European Community law:

“The effect was that certain provisions of United Kingdom primary legislation were held to be invalid in their purported

application to nationals of Member States of the European Economic Community, but without any prerogative order being available to strike down the legislation in question, which of course remained valid as regards nationals of non-Member States. At no stage in the course of the litigation, which included two visits to this House, was it suggested that judicial review was not available for the purpose of obtaining an adjudication upon the validity of the legislation insofar as it affected the applicants.”

61. Lord Keith continued:

“The *Factortame* case is thus a precedent in favour of the EOC’s recourse to judicial review for the purpose of challenging as incompatible with European Community law the relevant provisions of the Act of 1978 [the Employment Protection (Consolidation) Act 1978].

...

A declaration that the threshold provisions of the Act of 1978 are incompatible with Community law would suffice for the purposes sought to be achieved by the EOC and is capable of being granted consistently with the precedent afforded by *Factortame*. ... The EOC is concerned simply to obtain a ruling which reflects the primacy of European Community law enshrined in section 2 of the Act of 1972 and determines whether the relevant United Kingdom law is compatible with the Equal Pay Directive and the Equal Treatment Directive.”

62. Although the House of Lords used the phrase “declaration of incompatibility” in the *EOC* case, it was using that phrase before the Human Rights Act 1998 (“HRA”) was enacted. More importantly, it was using that phrase in a sense which is different from the concept of a declaration of incompatibility which may be granted under section 4 of the HRA. Under the scheme of the HRA a declaration of incompatibility with Convention Rights does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision of primary legislation in respect of which it is given: see section 4(6)(a). Moreover, such a declaration is not binding even on the parties to the proceedings in which it is made. It is therefore a unique and novel kind of remedy which Parliament has created. Parliament has also made it clear that it can only be made by courts of a certain seniority in the legal system: in England and Wales the High Court and above. Without in any way wishing to underestimate the practical or political significance of a declaration of incompatibility under section 4 of the HRA, we would note that the only legal effect of such a declaration is to provide a Minister with the power to make a “remedial order” under section 10 of the HRA. This means in effect that primary legislation can be amended by a Ministerial order.

63. In our view, a declaration of incompatibility under the HRA is significantly different from a binding declaration as envisaged by the general law and, in particular, in the context of EU law by the House of Lords in the *EOC* case.
64. As Lord Keith made clear in the *EOC* case, courts in this country have no power to “strike down” an Act of Parliament. However, it is also clear that there may be a duty on courts in this country to “disapply” incompatible domestic legislation, even primary legislation, to the extent of that inconsistency with directly effective EU law. As has subsequently been explained in the House of Lords, the relevant legislative provision “is not made void but it must be treated as being ... ‘without prejudice to the directly enforceable Community rights ...’”: see *Fleming (trading as Bodycraft) v HMRC* [2008] UKHL 2; [2008] 1 WLR 195, at para. 24 (Lord Walker of Gestingthorpe). As Lord Walker put it, at para. 62:
- “... The disapplication of offending legislation is the duty of the national court, even if it involves action which would otherwise be alien to the strong judicial instinct not to intrude on the province of the legislature.”
- As Lord Walker went on to make clear in the same passage, jurisprudence under section 3 of the HRA is in this context “irrelevant and misleading”. Rather the guiding principles are those set out in the “seminal judgment” of the ECJ in *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* (Case C-106/77) [1978] ECR 629.
65. In one sense, this is a rule of interpretation. The incompatible legislation may still continue to have effect, for example, where it can properly be applied (compatibly with EU law) in respect of persons who are not entitled to the benefit of directly enforceable EU rights. An example of that can be found in the decision of the House of Lords in *Imperial Chemical Industries Plc v Colmer (Inspector of Taxes) (No. 2)* [1999] 1 WLR 2035, at p.2041.
66. However, as Lord Walker explained, referring to the *ICI* case, in *Autologic plc v IRC* [2005] UKHL 54; [2006] 1 AC 118, at para. 128:
- “... It is not a matter of construing the taxing statute, but of determining whether it is overridden by a rule from a higher legal order which gives the taxpayer companies a restitutionary claim.”
67. This is why, as Lord Walker explained in *Fleming*, at para. 25:
- “... Only in the most formal sense (because of the terms of section 2(4) of the European Communities Act 1972) can disapplication be described as a process of construction.”

68. As Lord Walker said, the exercise of “[d]isapplication of national legislation is an essentially different process from its interpretation so as to conform with EU law.” Further, as Lord Walker explained in the same passage:

“Disapplication is called for only if there is an inconsistency between national law and EU law.”

69. The position was summarised succinctly by the Supreme Court in the majority judgment in *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; [2018] AC 61, at para. 67:

“... Following the coming into force of the 1972 Act, the normal rule is that any domestic legislation must be consistent with EU law. In such cases, EU law has primacy as a matter of domestic law, and legislation which is inconsistent with EU law from time to time is to that extent ineffective in law.”

70. In the same passage the majority judgment described the 1972 Act as having “a constitutional character”. Those statements of principle are now well established in the law of this country and reflect a long line of authority in the House of Lords and the Supreme Court.

71. In *R (Buckinghamshire County Council) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3; [2014] 1 WLR 324, at para. 206, Lord Neuberger PSC and Lord Mance JSC said:

“Under the European Communities Act 1972, United Kingdom courts have also acknowledged that European law requires them to treat domestic statutes, whether passed before or after the 1972 Act, as invalid if and to the extent that they cannot be interpreted consistently with European law ... That was a significant development, recognising the special status of the 1972 Act and of European law and the importance attaching to the United Kingdom and its courts fulfilling the commitment to give loyal effect to European law. ...”

72. At para. 207, they noted that, although the United Kingdom has no written constitution, it does have a number of “constitutional instruments” and that amongst those can be included the European Communities Act 1972.

73. It is implicit in what we have said so far that the constitutional status of the 1972 Act has the consequence that the doctrine of “implied repeal”, which would otherwise apply under our constitutional law, has been abrogated by the European Communities Act. In other words, even an Act of Parliament passed after the 1972 Act is made subject to its legal effect, as indeed was the case in the *EOC* case itself. Express

repeal by Parliament of the European Communities Act is available to it. As is well-known, the people of the United Kingdom voted in a referendum held on 23 June 2016 to leave the EU and in March 2017, with the assent of Parliament, the Government gave notice under Article 50 TEU that this country will leave the EU. However, unless and until Parliament repeals the 1972 Act, the consequences of it, including the primacy of EU law, continue to apply in this country.

74. Nevertheless, it seems to us that a fundamental question which has to be addressed in cases such as the present is: what exactly is the nature and extent of the incompatibility of national legislation with directly effective EU law? Sometimes, the incompatibility may consist of a provision in national legislation which can simply be ignored or regarded as overridden by the relevant norm of EU law. For example, if national legislation imposes a procedural threshold before a person can bring a claim in the Employment Tribunal of working for at least 16 hours per week (the sort of condition which there was in the *EOC* case), the consequence of incompatibility with directly effective rights in EU law (such as the right not to be discriminated against) may simply be that the procedural threshold in national law is to be ignored and will not operate as a matter of law to prevent the claim being properly lodged in the Employment Tribunal. That action by a court or tribunal does not on analysis require any order to be made by it. Often the court will make an appropriate declaration but it may be that the relevant court or tribunal has no jurisdiction to make even a declaration. It will still be under a duty to disapply the incompatible national legislation. The court or tribunal simply regards the rule of national law as being ineffective to the extent of its incompatibility with directly effective EU law.
75. In the present case, however, in our view, the nature and extent of the incompatibility with EU law which the Defendants accept does not go that far. As a matter of principle, there is nothing in EU law which prevents a Member State from having in place national legislation which permits the retention of data (to meet the crime objective) along the lines of the 2016 Act. The incompatibility which has been identified by the CJEU and is accepted by the Defendants consists of two failures to have certain safeguards in the legislation concerned. Correcting those failures will require positive steps to be taken by way of amending legislation. On any view, that was always bound to take some time. We are unable to reach the view that, from the moment when the incompatibility was pronounced by the CJEU or when it was acknowledged by the Defendants in this country, the national legislation had as a matter of absolute obligation to be disapplied immediately. That would, as Mr Eadie QC submitted on behalf of the Defendants, be a recipe for chaos.
76. These are deep constitutional waters, in which the courts of this country have been and still are feeling their way. In our judgement, the appropriate and principled approach is for the Court to allow both the Government and Parliament a reasonable amount of time in which they have the opportunity to enact national legislation to correct the defects which exist and which are incompatible with EU law. That was, as we understand it, implicit in the Claimant's own approach to this important and difficult issue as the case was originally put. We consider that was a sensible approach as a matter of principle.
77. In our view, courts in this country should proceed with great caution in a context such as this. This is for two reasons. First, the practical implications would, as we have indicated, be enormous and potentially damaging to the public interest. Secondly, this

is relatively uncharted territory for courts in this country, possibly in contrast to courts in other countries which have a much longer history of constitutional adjudication in which even primary legislation can be challenged.

78. The need for a cautious approach is supported by the dicta of Lord Mance JSC in *R (Chester) v Secretary of State for Justice* [2013] UKSC 63; [2014] AC 271, at paras. 72-74. That case arose from the prohibition on voting by any convicted person while serving their sentence: see section 3(1) of the Representation of the People Act 1983 and section 8 of the European Parliamentary Elections Act 2002. In relevant part that case was brought by prisoners who had been convicted of murder and were serving life sentences on the basis of Article 3 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights, which is one of the Convention rights set out in Sch. 1 to the HRA. However, as we have mentioned earlier, the only remedy which can be granted by a court under the HRA, if it is found that primary legislation is incompatible with a Convention right, is a declaration of incompatibility. Section 4 of the HRA makes it clear that such a declaration is not binding. Nor does the Court have any power to disapply primary legislation if it is incompatible with a Convention right.
79. Against that background the prisoners in that case also sought to rely on their rights in EU law, in particular Article 20(2)(b) of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”), and Article 40 of the Charter of Fundamental Rights of the EU. It was held by the Supreme Court that those provisions did not apply to Scottish parliamentary elections, since they were not “municipal” elections; and that, in relation to EU and municipal elections, EU law does not confer an individual right to vote which parallels that recognised by the jurisprudence of the European Court of Human Rights under the Convention. The Court held that, under the Treaties governing the EU, eligibility to vote is a matter for national parliaments; provisions concerning individual voting rights relate only to concerns of equality as between nationals of a Member State and free movement within the EU; and so only apply to citizens resident in a state other than their own state of nationality.
80. In those circumstances, it was strictly unnecessary for the Supreme Court to say anything about remedies, since it held that there was no breach of any rights in EU law in the event. However, it is important to note that Lord Mance did go on to express the *obiter* view that, even if EU law did recognise an individual right to vote:
- “... the only relief that could be considered under domestic law would be a generally phrased declaration that the legislative provisions governing eligibility to vote in European Parliamentary and municipal elections in the United Kingdom were inconsistent with European Union law. Thereafter, it would be for the United Kingdom Parliament to address the position and make such legislative changes as were considered appropriate. ...” (Para. 72)
81. Lord Mance continued, at para. 73:

“I reject the submission that the Supreme Court could or should simply disapply the whole of the legislative prohibition on prisoner voting, in relation to European Parliamentary and municipal elections, thereby making all convicted prisoners eligible to vote pending fresh legislation found to conform with European Union law. It is clear from both *Hirst (No.2)* and *Scoppola* that, under the principles established by those cases, a ban on eligibility will be justified in respect of a very significant number of convicted prisoners.”

82. Finally in this context, at para. 74, Lord Mance said:

“... It would also be impossible for the Supreme Court itself to devise an alternative scheme of voting eligibility that would or might pass muster in a domestic or supra-national European court. Equally, the court could not determine or implement the practical and administrative arrangements that would need to be made to enable any convicted prisoners eligible under any such scheme to have the vote. Such matters would be beyond its jurisdiction. In the domestic constitutional scheme, any scheme conferring partial eligibility to vote on some convicted prisoners is quintessentially a matter for the United Kingdom Parliament to consider, determine and arrange. ... [T]he Court of Justice made clear that it is only ‘within the limits of its jurisdiction’ that a national court can be expected to provide the legal protection that European Union law requires. That being so, the creation of a new scheme must be a matter for the United Kingdom Parliament.”

83. Mr Chamberlain is entitled to submit that those *obiter dicta* were uttered in a context where it was clear, on the jurisprudence of the European Court of Human Rights, that it would be open to Parliament to continue to prohibit prisoners of the kind involved in that case (those guilty of very serious offences) from voting. However, what that case demonstrates is that (1) there is no automatic rule that, once it is held or conceded that a provision of primary legislation is incompatible with EU law, the national legislation must immediately be disapplied; and (2) what is crucial is the nature of the incompatibility.

84. It may be that, in appropriate contexts, a provision in primary legislation is so clearly, inherently and absolutely incompatible with EU law that it must be disapplied to the extent of its inconsistency with EU law. Examples of such legislation may include the absolute ceiling on compensation in sex discrimination cases which existed at one time in national law and was held to be incompatible with European Community law in *Marshall v Southampton and South West Hampshire AHA* [1986] ICR 335; and the minimum threshold of 16 hours or more per week to be worked by an employee before she could bring a claim for unfair dismissal, which was the subject of the decision of the House of Lords in the *EOC* case. As those cases make clear, there can

be circumstances in which a domestic court or tribunal has a duty to disapply a provision in national law (even if contained in primary legislation) when it is incompatible with EU law. However, in such situations, the court or tribunal is quite simply disapplying the inconsistent rule of national law. It is not required to set up some alternative scheme.

85. In the present context, it seems to us, there clearly will be a need for an alternative scheme which corrects the two defects in the current legislation which the Defendants accept in the light of the judgment of the CJEU in *Watson*. In our view, there are strong constitutional reasons, and not only practical ones, for declining to grant any order or declaration which would have the effect of immediately disapplying the provisions of Part 4 of the 2016 Act.
86. Against that background of principle we return to the issue of what remedy should be granted in the present case. Two questions remain to be addressed under that heading:
- (1) Should the remedy to be granted be a declaration or what was called by the Divisional Court in *Watson* DC an “order for disapplication”?
 - (2) Whichever of those remedies should be granted, should the Court grant that remedy with immediate effect or should it suspend the order?
87. A subsidiary question which arises under question (2) is the period of time for which any remedy granted by the Court should be suspended. The Claimant submits that it should be no later than 31 July 2018. The Defendants submit that it should be no earlier than 1 April 2019.

The Appropriate Remedy

88. In *Watson* DC the Divisional Court made an order of disapplication in respect of section 1 of the DRIPA. Whether that was an order that was correctly made does not seem to have been the subject of argument in the Court of Appeal but, in any event, that Court did not need to consider whether to make such an order because, by the time of its decision in January 2018, the DRIPA had been repealed. As we have mentioned earlier, the Court granted a declaration that the DRIPA was incompatible with EU law in two respects but this had no effect on any current legislation.
89. It is important to recall that the Divisional Court is not a single court, like the Court of Appeal. It is simply a panel of the High Court which consists of more than one judge. Although a decision of an earlier Divisional Court will normally be followed by another Divisional Court, it is not strictly binding on it: *R v Manchester Coroner, ex p. Tal* [1985] QB 67, at pp.79-81 (Robert Goff LJ).
90. We have had the benefit of more detailed submissions on the appropriate remedy which should be granted than the Divisional Court appears to have done in 2015. We have also had the advantage of seeing how the Court of Appeal approached the issue of remedy in *Watson* CA 2018. We have come to the conclusion that the appropriate remedy in the present case is not an order of disapplication but a declaration.

91. As we have mentioned, this case is on analysis closer to cases where there has been a breach of a positive obligation imposed on a Member State by EU law. There is therefore some similarity to the sort of situation with which the courts have had to grapple in the context of environmental protection. Our attention was drawn at the hearing to the decision of the Supreme Court in *R (ClientEarth) v Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs* [2015] UKSC 28; [2015] 3 CMLR 15. The analogy is not exact because that case concerned express requirements to produce an air quality plan in the shortest time possible: see Article 23(1) of Directive 2008/50/EC. Nevertheless, we consider that some assistance can be derived from that line of authority because, as subsequent decisions of this Court have made clear in implementing the decision of the Supreme Court, the Court has a role to play in ensuring that EU law is complied with within a reasonable time. As Lord Carnwath JSC said in the Supreme Court, EU law imposes an obligation on national courts to secure compliance with directly effective EU law and such matters cannot be left only to the European Commission: see para. 28. We also note that, at para. 30, Lord Carnwath said that the Court has “its own responsibility in the public interest” to provide an appropriate remedy in the circumstances.
92. As we have already said, we are not prepared to contemplate the grant of any remedy which would have the effect, whether expressly or implicitly, of causing chaos and which would damage the public interest.
93. Nor do we consider that any coercive remedy is either necessary or appropriate. This is particularly so in a delicate constitutional context, where what is under challenge is primary legislation and where the Government proposes to introduce amending legislation which, although it will be in the form of secondary legislation rather than primary, will be placed before Parliament for the affirmative resolution procedure to be adopted.
94. On the other hand it would not be just or appropriate for the Court simply to give the Executive a *carte blanche* to take as long as it likes in order to secure compliance with EU law. The continuing incompatibility with EU law is something which needs to be remedied within a reasonable time. As long ago as July 2017 the Defendants conceded that the existing Act is incompatible with EU law in two respects.
95. The Defendants submit that any time limit which the Court imposes should not be before April 2019. This is supported by the second and third witness statements of Mr Scurry and the letter of Sir Adrian Fulford (the Investigatory Powers Commissioner or “IPC”) dated 27 February 2018, to which we have made reference in this Court’s judgment on procedural matters, in particular at para. 22.
96. We understand the practical difficulties to which that evidence refers. In particular we understand the reasons why both the IPC and the Defendants do not wish to establish the Office for Communications Data Authorisations (“OCDA”) in a way which proves to be premature and therefore counter-productive in the public interest.
97. However, we see force in the submissions made on behalf of the Claimant (in particular in their note of 2 March 2018, at para. 5). First, we see no reason why the *legal* framework cannot be amended before April 2019. In particular, it seems to us that *legal* limitations could be put on the retention of communications data by way of amending legislation much earlier than April 2019, even if the *practical* arrangements

for the establishment of the OCDA need to wait until then. On any view, the legislation would have to be in place well before that date in order to be implemented.

98. Secondly, as the Claimant submits, the Judicial Commissioners appointed under the 2016 Act are already in post. On 18 October 2017 the IPC announced the appointment of 13 Judicial Commissioners, who are all either current or former members of the senior judiciary.
99. On the evidence which is before the Court at present, as we understand it, it has always been envisaged that amending legislation could be brought into force in July 2018. That would address the present incompatibility between Part 4 of the 2016 Act and EU law. Other aspects of the Act, such as Part 3, which deals with authorisation of access to data rather than its retention, may raise different considerations. Even if July 2018 is now too soon, we consider that a deadline of 1 November 2018 to have amending legislation in place would give the Defendants a reasonable amount of time to secure compliance with EU law. That will give the Government just over 6 months from the date of this judgment.
100. In all the circumstances of this case, therefore, we have come to the conclusion that the appropriate remedy to make in respect of what are acknowledged by the Defendants to be inconsistencies with EU law is to grant a declaration (i) specifying the two respects in which there is an incompatibility; and (ii) stating that those must be remedied within a reasonable time. Further, we propose to state in the declaration (iii) that a reasonable time would be 1 November 2018. We also propose to give the parties liberty to apply to vary the order or the terms of the declaration we grant if subsequent events (which must be supported by evidence) require any change to the timetable. If necessary this Court will hold a further hearing to consider any application if it is made.
101. We will now turn, more briefly, to each of the specific issues which were raised at the hearing before us.

(1) Other allegedly unlawful purposes

102. The Claimant submits that the order of disapplication which it seeks should also apply to those statutory purposes which are specified in section 61(7)(e), (f) and (j): those purposes are concerned with protecting public health, tax matters, and regulation of financial services/markets and financial stability. The Claimant submits that those purposes fall outside the scope of Article 15 of the e-Privacy Directive. The Claimant also submits that the Defendants have failed to offer any substantive defence as to why these provisions in the IPA are compatible with EU law.
103. On behalf of the Defendants Mr Eadie submits that this is not an issue which the Court needs to resolve because the Government proposes to remove these purposes from the legislation in any event.
104. It is not entirely clear to us that the point was raised in terms in the Claimant's pleaded grounds of challenge: see paras. 171-178 of the statement of facts and grounds. Nevertheless, the point was raised in the Claimant's skeleton argument for

the substantive hearing, at para. 24(3) and the Defendants responded at para. 10(c) of their skeleton argument.

105. In the circumstances which have arisen, where we have come to the view that the legislation will need to be amended within a reasonable time and in which the Defendants intend to exclude the relevant purposes from such amending legislation, we have come to the conclusion that the Court should not exercise its discretion to grant any remedy in respect of these matters, since none is necessary at this stage. Even if we had accepted the Claimant's submission that there should be an order of disapplication made, the Claimant accepts that such an order should be suspended. Accordingly, there is no need for an order of disapplication, nor even a declaration at this time.

(2) Application of *Watson* CJEU to the national security context

106. As we have already mentioned, the power conferred on the Secretary of State to issue a retention notice by section 87(1) of the IPA depends upon whether the Secretary of State considers that the requirement is necessary and proportionate for one or more of the purposes falling within paras. (a) to (j) of section 61(7). Those purposes, which are listed in section 61(7) of the IPA, include (a) "in the interests of national security" and (c) "in the interests of the economic well-being of the United Kingdom so far as those interests are also relevant to the interests of national security".
107. On behalf of the Claimant it is submitted that the safeguards which are required in accordance with the judgment in *Watson* CJEU apply not only to serious crime but also to retention/access of data for national security purposes.
108. On behalf of the Defendants it is submitted that national security falls outside the scope of EU law altogether and that the *Watson* CJEU requirements do not apply in that context. The Defendants place particular reliance on the terms of Article 4(2) TEU, which states that:

"... In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State ..."

109. The Defendants also place reliance on the terms of Article 1(3) of the e-Privacy Directive, which is in the same terms as Article 3(2) of the Data Protection Directive, which provided:

"This Directive shall not apply to the processing of personal data ... in the course of an activity which falls outside the scope of Community law, such as those provided for by titles V and VI of the [TEU] and in any case to processing operations concerning public security, defence, State security (including the economic well-being of the State when the processing operation relates to State security matters) ..."

110. Although there is that dispute between the parties, the Claimant does not invite this Court to determine the question whether *Watson* CJEU applies in the national security context. Rather the Claimant invites this Court to make a reference to the CJEU under Article 267 TFEU for a preliminary ruling on that question.
111. In its judgment in *Privacy International* on 8 September 2017 the IPT referred two questions for a preliminary ruling by the CJEU:
- “1. Having regard to Article 4 TEU and Article 1(3) of Directive 2002/58/EC on privacy and electronic communications (the ‘e-Privacy Directive’), does a requirement in a direction by the Secretary of State to a provider of an electronic communications network that it must provide bulk communications data to the Security and Intelligence Agencies (‘SIAs’) of a Member State fall within the scope of Union law and of the e-Privacy Directive?
 2. If the answer to Question (1) is ‘yes’, do any of the *Watson* Requirements, or any other requirements in addition to those imposed by the ECHR, apply to such a direction by a Secretary of State? And, if so, how and to what extent do those requirements apply, taking into account the essential necessity of the SIAs to use bulk acquisition and automated processing techniques to protect national security and the extent to which such capabilities, if otherwise compliant with the ECHR, may be critically impeded by the imposition of such requirements?”
112. In the light of the pending reference in the IPT proceedings, the Defendants submit that it is both duplicative and unnecessary for this Court now to make a reference on the application of EU law and, in particular, of the criteria in *Watson* CJEU, to the national security context.
113. On behalf of the Claimant Mr Chamberlain submits that, nevertheless, this Court should exercise its discretion to make a reference on this issue. He submits that the legislation which is the subject of the IPT proceedings (section 94 of the Telecommunications Act 1984 (“the 1984 Act”), which concerns the power to issue a direction to a telecommunications operator) is not in the same terms as Part 4 of the IPA. Mr Chamberlain also submits that it is possible, given the way in which the questions referred by the IPT are framed, that Question (2) may never be reached by the CJEU, since it only arises if the answer to Question (1) is “yes”.
114. It is common ground that this Court is not under a duty to make a reference to the CJEU but has a discretion to do so. In our view, this Court should not exercise its discretion to make a reference to the CJEU under Article 267 TFEU, for the following reasons.
115. First, the Court of Appeal in its decision in *Watson* CA 2018 clearly considered that:

“... The reference made by the IPT raises *squarely* the question whether the judgment of the CJEU in the present case and, in particular, the mandatory requirements identified in that judgment ... apply where the purpose is that of national security. ...”: see para. 10 in the judgment of Lord Lloyd-Jones (emphasis added).

As Lord Lloyd-Jones went on to say, at para. 12, after summarising submissions on behalf of the parties which are similar to the ones made in the present proceedings, the Court took the view that the disputed issue should not be resolved in that case in part in view of the controversy over this issue before the IPT and the fact that it is now the subject of a further reference to the CJEU by the IPT.

116. Secondly, in our view, although the terms of section 94 of the 1984 Act and the terms of Part 4 of the 2016 Act are not identical, the questions which have been referred by the IPT are not confined to the precise scope of section 94. Rather they raise broader questions about the scope of EU law, having regard to Article 4 TEU and Article 1(3) of the e-Privacy Directive; and also raise the particular question of whether any of the *Watson* CJEU requirements apply in the field of national security.
117. For those reasons we refuse the application by the Claimant to make a reference to the CJEU on this question. This part of this claim will be stayed pending the CJEU’s decision in the reference in the *Privacy International* case.

(3) General and Indiscriminate Retention of Data

118. This issue arises from paragraph 1 of the CJEU’s dispositif in *Watson*, where the Court decided that Article 15(1) of the e-Privacy Directive precludes national legislation for the purposes of fighting crime which provides for the “general and indiscriminate retention of all traffic and location data of all subscribers and registered users relating to all means of electronic communication.”
119. In *Watson* CA 2018 the Court of Appeal refused to make a declaration applying the CJEU’s conclusion to DRIPA, paras. 22-26. A major factor in the Court’s decision was the fact that the reasoning of the CJEU which led to paragraph 1 of its dispositif was based upon the language of the Swedish legislation the subject of the reference in the *Tele2* case, and not the language of DRIPA (see paras. 4 and 26 (2)). Mr Jaffey accepted that this argument was not raised in relation to DRIPA. The Court of Appeal also pointed out that this part of the CJEU’s judgment remained a live issue in the present proceedings challenging Part 4 of the 2016 Act and should be dealt with in these proceedings.
120. In its skeleton, the Claimant asks the Court to order a reference to the CJEU of the issue whether Part 4 of the 2016 Act is incompatible with EU law because the scheme provides for the general and indiscriminate retention of data. The Defendants submit that when the legislation is read properly and as a whole, this issue should be resolved in their favour and is *acte clair*.

121. The Claimant places heavy reliance upon paras. 106, and 108-111 of the CJEU's decision. To put these passages into context, it is plain that the CJEU was dealing with legislation which in the reference from Sweden required the general retention of all manner of electronic communication and traffic data, for all subscribers and registered users, and without differentiation or limitation, for the purposes of investigating, detecting and prosecuting crime (para. 105 of *Watson* CJEU).
122. The CJEU has decided that Article 15(1) of the e-Privacy Directive allows a Member State to adopt as a preventative measure the targeted retention of traffic and location data, for fighting serious crime, provided that that retention is limited as to categories of data, the means of communication, the persons concerned, the period of retention, and to what is strictly necessary (para. 108). In order to satisfy that requirement, national legislation must lay down clear and precise rules governing the scope and application of a data retention measure *and* impose "minimum safeguards" to provide effective protection against the risk of misuse of personal data (para. 109). The retention of data must meet objective criteria that establish a connection between that data and the objective to be pursued, although the *conditions* which need to be satisfied may vary according to the *nature of the measures* taken to prevent, investigate, detect or prosecute serious crime (para. 110). Objective evidence should make it possible to identify "a public" whose data is likely to reveal at least an indirect link with serious criminal offences, to contribute to fighting serious crime or to prevent a serious risk to public security (para. 111).
123. The judgment went on to advise that limits *might* be set by using a "geographical criterion" where the national authority considers that there is, in one or more geographical areas, a high risk of preparation for or commission of serious offences. We agree with the Defendants' submission (para. 59b of their skeleton) that this part of para. 111 of the CJEU's judgment was not in any way prescriptive. It merely gave an example which, according to the facts of a particular situation, could be used to set the parameters of a measure for retention of data. The CJEU did not lay down any legal requirement that this approach must be used.
124. In summary, the effect of paras. 108-111 of the CJEU's judgment is that member states may adopt legislation which *permits* decisions to be taken for the targeted retention of data which is (a) sufficiently connected with the objective being pursued, (b) is strictly necessary and (c) proportionate. We do not read the CJEU's decision as requiring more detailed factors which may be relevant to the *application* of those tests to be enshrined in domestic legislation. The range of considerations affecting the need to require the retention of data may vary considerably when dealing with matters affecting national security, public safety and serious crime. It would be impractical and unnecessary to set out in detail in legislation the range of factors which may fall to be applied according to the circumstances of different cases.
125. We also note from para. 109 of the CJEU's judgment that the satisfaction of the key requirements set out in para. 108 depends not only upon legislative rules governing the scope and application of retention measures, but also the imposition of "minimum safeguards." It is the combination of these two aspects which should achieve effective protection against the risk of misuse of personal data.
126. Before considering Part 4 of the 2016 Act, it is necessary to have in mind the nature of the Swedish legislation which was the subject of paragraph 1 of the CJEU's

dispositif. Mr Jaffey accepted that that legislation had effectively “copied” the approach adopted in the Data Retention Directive. The legislation itself required all providers of electronic communication services to retain all data, the retention of which was required by that Directive. Accordingly, the Swedish legislation was liable to be found incompatible with EU law on the same basis as the Directive had already been found to be invalid in *Digital Rights Ireland* (see *Watson* CJEU at paras. 62-63, 97-101 and 103). It is of particular note that, as Mr Jaffey accepted, the requirements of the Swedish legislation were not qualified by either a necessity test or a proportionality test. The blanket nature of the requirement in the Swedish legislation imposed on all operators to retain data, precluded the possibility of any consideration being given to the nature of any connection between the data to be retained and the pursuit of the objective of fighting serious crime.

127. The scheme laid down in Part 4 of the 2016 Act is very different from the Swedish legislation. First, the Act does not contain a blanket requirement requiring the general retention of communications data. The Act does not itself impose any requirement on telecommunications operators to retain data. Instead, the Secretary of State is given a power to require retention of data by serving a notice on an operator.
128. Secondly, the Secretary of State may only exercise that power if she considers it both necessary and proportionate for one or more of the specific purposes currently listed in section 61(7) of the Act. This enshrines in the statute the essence of the tests propounded by CJEU in *Watson*.
129. Thirdly, although the Claimant relies heavily upon section 87(2)(b) as allowing a notice to require the retention of “all data”, that provision cannot be read in isolation and taken out of its context. The Claimant’s submission overlooks the statutory requirement to satisfy the necessity and proportionality tests. It is difficult to conceive how a retention notice drafted so as to encompass all communications data in the UK could satisfy those tests. In any event, section 87(2) provides that a notice may relate to a “description of data” and not just to “all data”. Furthermore, a notice may relate to a particular operator or to a description of operators. These and the other matters specified in section 87(2) must be read as a whole. Taken together they simply list the elements which may be used when delineating the content and scope of a retention notice so as to satisfy the necessity and proportionality tests in any particular case.
130. Fourthly, although a retention notice may specify the period of time for which data is to be retained (section 87(2)(c)), that period may not exceed 12 months (section 87(3)).
131. Fifthly, before the Secretary of State may serve a retention notice, she must have regard to, among other matters, the factors listed in section 88(1), which comprise the likely benefits of serving the notice, the number of users to which the notice relates, the technical feasibility and costs of complying with the notice and any other effect on the telecommunications operator to be served. In addition, before serving a retention notice the Secretary of State must also take reasonable steps to consult any operator to whom the notice will relate (section 88(2)).
132. Sixthly, by section 87(1)(b) a retention notice may not be given unless the Secretary of State’s decision has been approved by a Judicial Commissioner under section 89. These provisions have not yet been brought into force, but we think it would be quite

unrealistic to ignore them at this stage. The Judicial Commissioners had been appointed by October 2017. In para. 53 of his first witness statement, Mr Andrew Scurry (Head of the Investigatory Powers Unit in the Home Office) states that the remaining provisions of Part 4 (including the provisions relating to approval by a Commissioner) will be brought into force when the 2016 Act is amended in response to *Watson* CJEU. It was confirmed by Mr Eadie during the hearing that those amendments are due to be considered by Parliament before the summer recess begins in July 2018 (in line with para. 13 of the letter from the Government Legal Department dated 26 July 2017 and para. 14 of the Defendants' skeleton).

133. In deciding whether to approve a retention notice, a Judicial Commissioner must review the Secretary of State's conclusions as to whether the requirements in the proposed notice are necessary and proportionate for one or more of the purposes in section 61(7) (see section 89(1)). In performing this function, a Commissioner must apply the same principles as would be applied by a court in an application for judicial review and ensure that his or her consideration is sufficiently careful so as to comply with the duties in section 2 of the Act. By section 2(2) a Commissioner must have regard to :-

“(a) whether what is sought to be achieved by the warrant, authorisation or notice could reasonably be achieved by other less intrusive means,

(b) whether the level of protection to be applied in relation to any obtaining of information by virtue of the warrant, authorisation or notice is higher because of the particular sensitivity of that information,

(c) the public interest in the integrity and security of telecommunication systems and postal services, and

(d) any other aspects of the public interest in the protection of privacy.”

The reference in section 2(2)(b) to “sensitive information” includes items subject to legal privilege and any information identifying a source of journalistic information (section 2(5)). By section 2(4) a Commissioner may also have regard to any other consideration relevant to whether the proposed notice is *necessary* for one of the statutory purposes and is *proportionate*, and the requirements of the HRA and of public law.

134. Seventhly, a telecommunications operator which receives a retention notice may refer the notice back to the Secretary of State for a formal process of review in accordance with sections 90 to 91. When these provisions are fully in force the Secretary of State will have to consult and take into account the report of a Technical Advisory Board and a Judicial Commissioner (section 90(6), (9) and (10)). The Secretary of State may not vary or confirm a notice (as opposed to revoking a notice) unless that decision is approved by the IPC (section 90(11)).
135. In the light of this analysis of the structure and content of Part 4 of the 2016 Act, we do not think it could possibly be said that the legislation requires, or even permits, a

general and indiscriminate retention of communications data. The legislation requires a range of factors to be taken into account and imposes controls to ensure that a decision to serve a retention notice satisfies (*inter alia*) the tests of necessity in relation to one of the statutory purposes, proportionality and public law principles.

136. The Claimant sought to rely upon paras. 64-65 of the decision of *Watson* DC, where, because the Defendant had not provided any evidence as to the contents of any retention notice, the Court tested the validity of DRIPA on the assumption that the retention notices that could be issued might be as broad in scope as the statute permits, namely a direction to each service provider to retain all communications data for 12 months. Even if that assumption were to be applied in this case, it is plain from the analysis set out above, that the 2016 Act does not permit the general and indiscriminate retention of communications data. In any event, we would add that the issue of whether a UK enactment is inconsistent with EU legislation is not to be determined by *evidence* from either party as to how the domestic scheme is operated in practice or might be operated. Instead, the issue is an objective question of law which turns on the proper interpretation of the two pieces of legislation.
137. Ultimately, the overall amount of data which is retained under Part 4 of the 2016 Act will be the outcome of applying a statutory regime which requires the contents of each retention notice to be necessary and proportionate. This rigorous approach required by the 2016 Act will be reinforced when the provisions for judicial scrutiny are brought into force.
138. For all these reasons we reject the Claimant's contention that Part 4 of the 2016 Act is inconsistent with EU law because it provides for the general and indiscriminate retention of traffic and location data.

(4) Entity Data

139. The Claimant submits that the decision in *Watson* CJEU applies to a category of "communications data" referred to as "entity data". The Defendants submit to the contrary and submit that the point is *acte clair*. The Claimant responds that the issue is far from clear and should be referred to the CJEU for determination. The Claimant relies upon the Government's Consultation document issued in November 2017 on its proposed response to *Watson* CJEU, at pages 10-11 of which the Government asks consultees for their opinion on whether its views on this legal issue is correct.
140. This issue turns on the scope of "communications data" as defined in the 2016 Act as compared with the scope of "traffic data" and "location data" as defined in the e-Privacy Directive.
141. As we have said earlier, section 87(1) of the 2016 Act empowers the Secretary of State to serve a retention notice requiring a telecommunications operator to retain "relevant communications data". "Communications data" is defined in section 261(5) as covering two mutually exclusive categories of data, namely "entity data" and "events data", which in either case must satisfy certain additional criteria.
142. For these purposes an "entity" means a person or thing (section 261(7)).

143. Section 261(4) defines “events data” as:

“any data which identifies or describes an event (whether or not by reference to its location) on, in or by means of a telecommunication system where the event consists of one or more entities engaging in a specific activity at a specific time”.

144. Section 261(3) defines “entity data” as:

“any data which –

- (a) is about –
 - (i) an entity
 - (ii) an association between a telecommunications service and an entity, or
 - (iii) an association between any part of a telecommunication system and an entity,
- (b) consists of, or includes, data which identifies or describes the entity (whether or not by reference to the entity’s location), and
- (c) is not events data.”

Thus, para. (c) prevents there being any overlap between events data and entity data. In so far as it may be necessary to allocate data to one or other of these two categories, the language of section 261(3) indicates that it would be sensible to apply the definition of “events data” first.

145. In summary, “events data” comprises data which identifies or describes events taking place on or by means of a telecommunication system where at least one “entity” engages in a specific activity. An example of events data would be the making of a call between two mobile phones and the time and duration of that call. If an item falls within “events data” because it identifies or describes such a communication, it cannot also be treated as “entity data”. Subject to that exclusion, “entity data” comprises data about a person or thing or about associations between such entities. An example of entity data would be the name of a person who owns a particular mobile phone or the number of that phone. For completeness, we note that the definition of “communications data” in section 261(5) read together with subsection (6) excludes “the content” of any communication.

146. Paragraph 2 of the dispositif in *Watson* CJEU decided that Article 15(1) of the e-Privacy Directive precludes national legislation which allows access by competent national authorities to retained “traffic data” and “location data” for the purposes of fighting crime unless the minimum mandatory requirements stipulated by the CJEU are satisfied. As we have said, the hearing before us was confined to that part of the

claim which challenges Part 4 of the 2016 Act. The express provisions of Part 4 relate solely to the retention of data. But in *Watson* the CJEU decided (at para. 79) that since a requirement to retain data is only imposed to enable that data to be accessed where necessary by competent authorities, legislation requiring retention necessarily entails provisions for that access and the conditions under which such access may take place. As matters currently stand, access to data retained under Part 4 of the 2016 Act may be authorised under Chapter II of the Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (“RIPA 2000”), just as was the case with DRIPA (*Watson* CJEU at paras. 39-43).

147. The terms “traffic data” and “location data” are defined in Article 2 of the e-Privacy Directive. The Defendants submit that the term “events data” in section 261(4) of the 2016 Act encompasses anything falling within “traffic data” or “location data” under that Directive and so the decision in *Watson* CJEU does not apply to the category of “communications data” in that Act, defined as “entity data”.
148. In Article 2 of the e-Privacy Directive: -
- “ ‘traffic data’ means any data processed for the purpose of the conveyance of a communication on an electronic communications network or for the billing thereof”
- and
- “ ‘location data’ means any data processed in an electronic communications networks or by an electronic communications service, indicating the geographic position of the terminal equipment of a user of a publicly available electronic communications service.”
149. We accept the Claimant’s submission that the true interpretation of these provisions is an objective question of law for the Court to determine, and is not affected by the outcome of the Government’s consultation exercise referred to above (cf. para. 39 of the Defendants’ skeleton).
150. The Claimant puts forward what are said to be examples of either “traffic data” or “location data” which cannot fall within the definition of “events data” but do fall within the definition of “entity data” (para. 74(2)(c) of the Claimant’s skeleton). First, it is said that the address or specific location of a fixed line terminal falls within both “location data” and, where no communication is recorded, “entity data”. Secondly, it is said that a billing address and billing details (such as details of a bank account or credit card) fall within both “traffic data” and “entity data”. Similarly, where billing data does not identify or describe an event it is “entity data”. Such data simply describes an “association” with a telecommunications system or part thereof.
151. In paras. 41-42 of their skeleton, the Defendants submit that in so far as the Claimant’s examples fall within the definition of “entity data” they do not fall within the definitions in the e-Privacy Directive of “traffic data” or “location data” and so do not fall within the scope of the CJEU’s decision in *Watson*. We agree.

152. “Traffic data”, as the language suggests, is concerned with the processing of data for the purposes of *conveying* a communication. That definition is extended to include “billing data”, but only data for the billing of such a communication. It does not include billing data in general, which is unrelated to a relevant communication. That is reinforced by recital (27) in the preamble to the e-Privacy Directive, which refers to the moment at which *transmission of a communication* is completed and “traffic data” should then be erased except for billing (see also Article 6). Accordingly, the mere holding of a billing address or bank account details does not fall within the “billing” limb of “traffic data”. The type of billing information which is to do with the billing of the “conveyance of a communication” would include an itemised phone bill, where the time, duration and cost of each call are set out. Plainly, such data identifies or describes an “event” and is not entity data.
153. “Location data” must be data which is processed either “in an electronic communications network” or “by an electronic communications service”. It is insufficient that the data merely (referring to the second part of the definition) indicates “the geographic position of the terminal equipment of a user of a publicly available electronic communications service”. Thus, where the address and specific location of a fixed line terminal is simply *held* as a data by a service provider without being *processed* either in a communications network or by a communications service, that data is not “location data” for the purposes of the e-Privacy Directive.
154. Accordingly, we conclude that the definition of “events data” under the 2016 Act embraces both “location data” and “traffic data” in the e-Privacy Directive and so “entity data” under the 2016 Act does not fall within the scope of paragraph 2 of the dispositif in *Watson* CJEU.
155. Because we are satisfied that this is *acte clair*, a reference to the CJEU would be inappropriate.

(5) Whether there is a “seriousness” threshold for all retention objectives

156. The CJEU has decided that the derogation from the principle of confidentiality permitted by Article 15(1) of the e-Privacy Directive for the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences is limited to the objective of fighting *serious* crime (paras. 108 and 115 of *Watson* CJEU). The Claimant argues that a threshold of “seriousness” should also be applied to the other objectives referred to in Article 15(1) and hence the statutory purposes in the 2016 Act for which retention notices may be served.
157. In *Watson* DC the Claimants mounted essentially the same argument in relation to the similar statutory purposes laid down in DRIPA, relying upon the decision of the CJEU in the *Digital Rights Ireland* case at para. 60. The Court of Appeal rejected that argument in 2015, at para. 85:-

“Ms Rose now submits instead that [para. 60] gives rise to a mandatory requirement of compliance with a high threshold of seriousness for any justification for a provision granting access to retained data. She submits that whatever the purpose may be,

it must meet a defined threshold of seriousness. While we would certainly accept that the more serious the interference with fundamental rights, the more serious the justification must be, we are unable to accept that the CJEU was here intending to lay down a mandatory requirement which could justify a national court in holding national legislation invalid without a detailed consideration of the legislative scheme under challenge. The principle contended for is insufficiently specific to lead to such a result.”

158. The Court of Appeal’s conclusion remains undisturbed by anything said in the CJEU’s decision. We agree with the Defendants that the fact that national legislation such as the 2016 Act does not impose a “seriousness” threshold on a permissible objective for requiring the retention of data (or access thereto) does not render that legislation incompatible with EU law.
159. It is important to understand this issue in its proper legal context. What this issue addresses is the question: what objectives are capable of providing a legitimate aim for an interference with a fundamental right? Just because something is capable of providing a legitimate aim does not mean that the interference will be justified. Other questions will still have to be addressed, for example does the interference satisfy the requirements of proportionality?
160. It is easy to see why the CJEU thought it necessary to restrict the “fighting crime” objective to serious criminal offending. Criminal offences cover an enormous spectrum, ranging from (for example) relatively minor regulatory infringements to homicide and terrorist acts. Many criminal offences are insufficiently serious to be capable of justifying an interference with rights under Articles 7, 8 and 11 of the Charter of Fundamental Rights.
161. The same considerations do not apply to the other objectives which EU law allows to be the subject of requirements for the retention of and access to communications data. Objectives concerned with, for example, the interests of national security and public safety and the investigation of miscarriages of justice have sufficient intrinsic importance to be capable of justifying an interference with Articles 7, 8 and 11, without the need to superimpose any “seriousness” threshold. The degree of seriousness involved in any situation falling within any of these cases is adequately dealt with through the application of the necessity and proportionality tests in section 87(1) and other parts of the 2016 Act. The addition of a “seriousness” threshold would add nothing of substance to the legislative scheme. Indeed, Mr Jaffey acknowledged that a threat to national security would readily cross such a threshold in any event.
162. The Claimant sought to add this issue to its list of matters to be referred to the CJEU, but for the reasons we have given the Claimant’s contention must be rejected. We consider the matter to be *acte clair*.

(6) Retention of data within the EU

163. Paragraph 2 of the dispositif in *Watson* CJEU stated that Article 15(1) of the e-Privacy Directive precluded access to retained traffic and location data for the purposes of fighting crime, in the absence of a requirement “that the data ... should be retained within the European Union”.
164. As originally formulated in the Statement of Facts and Grounds, the issue was whether that requirement is absolute in effect or whether instead it may be relaxed so as to allow retained data to be passed outside the EU subject to compliance with safeguards, and if so what safeguards. However, in his submissions on behalf of the Claimant, we understood Mr Jaffey to have accepted that the requirement is not absolute. Both parties agree that the subject is not *acte clair*. The Claimant asks us to order a reference of the issue to the CJEU. The Defendants resist that application.
165. The Defendants submit that the CJEU could not have intended to lay down in *Watson* a requirement amounting to an absolute embargo on the transfer of data out of the EU, not least because of Article 25 of the Data Protection Directive (Directive 95/46/EC). The Defendants submit that there is considerable uncertainty as to the effect of the CJEU’s decision, but that the relevant issues have already been raised in the reference made by the Investigatory Powers Tribunal in *Privacy International*.
166. In paras. 65-68 of its judgment the IPT explained its understanding of the relevant case law and raised the issue of whether there is an absolute bar on transfer of data outside the EU, or whether instead it would suffice for there to be an independent review of the kind described in para. 123 of *Watson* CJEU. The same issues are summarised in paras. 52-55 of the order for a reference. Question 2 in that order fairly and squarely raises the issue as to how, and the extent to which, the requirement for retention of retained data within the EU applies to the acquisition and use by the Security Intelligence Agencies of “bulk communications data” pursuant to section 94 of the 1984 Act.
167. Mr Jaffey submits that the reference by the IPT is inadequate for the purposes of the present litigation because the Government will contend that, by virtue of Article 4 of the TEU, the powers exercisable under section 94 fall outside the scope of EU law, including the e-Privacy Directive. He says that the arguments in the *Privacy International* case are focused on the ability of the UK to *acquire* bulk data for national security purposes. If the CJEU were to determine those issues in the Government’s favour under question 1 then there is a real risk that the Court will decide not to deal with question 2.
168. We are unimpressed by the Claimant’s submissions on this point. Although the present challenge is concerned with the retention of, rather than acquisition of or access to, data, *Watson* CJEU has established that the two are intimately connected. The purpose of retaining data is to enable any necessary and authorised access to take place.
169. The powers under section 94 of the 1984 Act are exercisable if considered by the Secretary of State (*inter alia*) “to be necessary in the interests of national security”. But Article 4(2) of the TEU requires the EU to respect “the essential state functions” of member states as regards not only “safeguarding national security” but also

“maintaining law and order”. Moreover, there is a degree of overlap between national security issues and fighting certain types of serious crime. As we have said earlier when addressing the issue of national security, we agree with Mr Eadie that the IPT’s reference raises profound issues such that it is likely that that CJEU will give full consideration to both questions in the reference. In our judgement it would be inappropriate to order a further reference at this stage to deal with “the retention of data within the EU” issue.

170. We are reinforced in that conclusion by the views expressed by the Court of Appeal in *Watson* CA 2018 at paras. 14-19. The Court referred to the need for the CJEU to clarify whether it intended in *Watson* to lay down an absolute requirement and, if not, to clarify what safeguards are required. Lord Lloyd-Jones expressed the hope that these uncertainties in EU law will be resolved by the CJEU (para. 19). The Court decided that in relation to DRIPA it should not make a definitive statement on the issue in the form of a declaration. Instead, the Court proceeded on the basis that the uncertainties, which affect the 2016 Act in much the same way as DRIPA, should be resolved in the reference which had already been made by the IPT. We have reached the same conclusion.
171. Mr Jaffey also sought to persuade us to order a reference because of three specific factors relied upon by Court in para. 122 of *Watson* CJEU as justifying the need for data to be retained within the EU, namely (1) the quantity of data retained, (2) the sensitivity of data and (3) the risk of unlawful access. He suggested that consideration needed to be given to a requirement for the retention of whole data sets. Mr Eadie rightly submitted that points (2) and (3) are common to the use of the powers under section 94 of the 1984 Act and Part 4 of the 2016 Act. We also accept his submission that in the light of the Opinion issued by CJEU in *Opinion 1/15* EU:C:2017:592, the “quantity of data” which may be retained does not give rise to any freestanding issues in the present litigation so as to justify the making of a reference.
172. Accordingly, this part of the claim for judicial review must be stayed pending the CJEU’s decision in the reference in the *Privacy International* case.

(7) Notification to Persons Affected

173. The CJEU has decided that, where access to retained data is granted, the competent authority must notify the persons affected under domestic law procedures as soon as that notification is no longer liable to jeopardise the investigations it is undertaking (para. 121 of *Watson* CJEU). However, as the Court of Appeal pointed out in *Watson* CA 2018 (at para. 21) that statement did not form part of the Court’s dispositif. The Claimant submitted that we should refer this issue to the CJEU for clarification.
174. The Claimant submits that without notification a person affected by his or her data being accessed will be unable in practice to use any available remedy. Mr Jaffey also points out that, whereas in a criminal trial a defendant who is so affected will receive notification though the formal process of disclosure, no process of notification is provided for those who are not accused of, or implicated in, criminal conduct.

175. We accept the submission of Mr Eadie that the decision in *Watson* CJEU was confined to notification in the event of data being *accessed*. There is no requirement for notification as a consequence of the Secretary of State requiring data to be *retained*. Ultimately, we did not understand the Claimant to argue otherwise. For obvious reasons, it would be wholly impractical to have a general legal requirement of notification for all retained data. Furthermore, the evidence before us suggests that most of the data retained is not accessed before it is destroyed. It is simply stored so that any access may be obtained to specific data where that is properly justified and authorised. Accordingly, it is wholly unsurprising that the CJEU referred to notification solely in the context of access and not retention.
176. The hearing before us was only concerned with the Claimant's challenge to Part 4 of the 2016 Act, and so the "access" point is relevant only as a corollary of retention. We note that in its Consultation Document issued in November 2017 the Government has sought comments on notification requirements to be considered in relation to Part 3 of the 2016 Act as part of its proposals to amend that legislation.
177. In *Watson* CA 2018 the Court of Appeal refused (at para. 21) to make a declaration that DRIPA was incompatible with EU law through failing to provide notification of access having been granted to data, in order to reflect para. 121 of the CJEU's judgment. One of the main reasons for the Court's decision was the fact that the CJEU will consider the relevant issues in the reference from the IPT in the *Privacy International* case (see paras. 62-64 of the IPT's judgment).
178. Plainly, the Court of Appeal considered that there were uncertainties in relation to para. 121 of the CJEU's judgment which precluded it from making any statement about the possible application of that paragraph to DRIPA. It is also plain that, in view of the reference that had been made by the IPT, the Court of Appeal did not consider that any further reference to the CJEU was appropriate in order for the necessary clarification to be obtained. We do not consider that the 2016 Act gives rise to any materially different issues which could justify the making of a further reference to the CJEU on this aspect.
179. There remain the Defendant's submissions that the 2016 Act contains specific provisions which are sufficient to satisfy any notification requirement resulting from the decision in *Watson* CJEU. They rely upon section 231 of the Act, which will require the Investigatory Powers Commissioner to notify a person of a "serious error" (i.e. one that has caused significant harm or prejudice to that person) if he considers it to be in the public interest to do so. In addition, section 243 will amend RIPA 2000 so as to widen the powers of the IPT to hear claims from affected persons. The Claimant makes several criticisms of the adequacy of these provisions.
180. We do not think it appropriate at this stage to resolve the competing arguments concerning the safeguards in the 2016 Act and in particular to decide whether the Defendants' argument that the 2016 Act contains sufficient protection for parties whose data is accessed is correct. First, the provisions relied upon by the Defendants had not been brought into force at the date of the hearing before us in February 2018. However, in later written submissions the Defendants have drawn our attention to the fact that:

- (1) The amendments to section 65 of RIPA 2000 enacted by section 243 of the IPA, insofar they give the Investigatory Powers Tribunal jurisdiction over the giving of retention notices and conduct under a retention notice, and insofar as they give the Tribunal power to quash or cancel a retention notice, came into force on 12 March 2018 (see regs. 2(c)(i)(aa) and 2(c)(iv) of the Investigatory Powers Act 2016 (Commencement No.4 and Transitional and Saving Provisions) Regulations 2018, SI 2018/341).
- (2) The Tribunal already has jurisdiction to consider conduct in relation to access to communications data: see section 65(1)(c) of RIPA 2000 (such conduct presently falls within Part I of RIPA, not the IPA, pending the coming into force of Part 3 of the IPA).
181. Secondly, the Government has yet to announce its conclusions in relation to its consultation on this subject. As a matter of legal principle, the Government cannot have reached a concluded view on the adequacy of the measures it has proposed.
182. Thirdly, it would be undesirable for this Court to express a conclusion on this matter before the CJEU has given its decision in the reference from the IPT.
183. This part of this claim will also be stayed pending the CJEU's decision in the reference in the *Privacy International* case.
- (8) Legal professional privilege
184. The Claimant submitted that this issue arose because the Defendants were proceeding on a legally incorrect basis, namely that the term “communications data” in the 2016 Act could not include data which is the subject of legal professional privilege. Of course, that is an entirely separate question from any issue as to whether Part 4 of the 2016 Act is incompatible with EU law by failing to provide sufficient protection for data protected by this privilege. Mr Eadie stated that the Defendants do not maintain that communications data cannot include legally privileged material. On that basis Mr Jaffey told the court that there are no issues under this heading for us to resolve at this stage.
- (9) Codes of Practice
185. The Claimant submits that codes of practice issued under the 2016 Act may not be taken into account when determining whether that legislation complies with requirements of EU law for mandatory minimum safeguards as laid down in *Watson* CJEU, or to satisfy Articles 7, 8 and 11 of the Charter of Fundamental Rights. We recognise why this issue is of potential importance to the Government as there is a longstanding principle in human rights law, which has been developed by the European Court of Human Rights since the 1970s, that the requirement that an interference with a Convention right must be “in accordance with law” may be satisfied by having in place “soft law” such as a code of practice and does not necessarily require there to be legislation in place. However, Mr Eadie confirmed to

the Court that the Defendants do not in fact rely upon the content of any code of practice in order to resist the challenges upon which the court is being asked to adjudicate at this stage. We therefore decline to consider or determine the hypothetical arguments presented by the parties under this heading.

Conclusion

186. For the reasons we have given this claim for judicial review succeeds in part, because Part 4 of the Investigatory Powers Act 2016 is incompatible with fundamental rights in EU law in that in the area of criminal justice:
 - (1) access to retained data is not limited to the purpose of combating “serious crime”; and
 - (2) access to retained data is not subject to prior review by a court or an independent administrative body.
187. We have concluded that the legislation must be amended within a reasonable time and that a reasonable time would be 1 November 2018, which is just over 6 months from the date of this judgment. We have also concluded that the appropriate remedy is a declaration to reflect our judgment.
188. Finally we would like to express our gratitude to all counsel and those instructing them for their assistance in this important case.

8 YbbYdfYggYa YXXYYgYYf VYj Yhcj YfgHfUfUbg h`
 Yb[Yg_j YX\^o `dUZ8 Yd`dfc[fUa a Yh'Cj Yfg° HfYgYb`
 Yf VYj Yh_j U]HfYg] fYhUZyb ZUbg HUybXYUj c_Uhd€
 6]fX/ 6]fXg_cbf] 6fi lY`Yg`

PRESS RELEASE JUDGMENT 57/2021

The Constitutional Court annuls the obligation of generalized and undifferentiated retention of electronic communication data

A ruling by the Court of Justice of the European Union, following preliminary questions from the Constitutional Court, has shown that the generalized and undifferentiated retention of electronic communications data, as provided for in the law of 29 May 2016, violates the right to privacy and the right to protection of personal data. Although the storage of such data is possible in certain cases, the Constitutional Court finds that the law of 29 May 2016 does not comply with one of the exceptions described by the Court of Justice. Therefore, the Constitutional Court annuls the relevant provisions of this law. It is up to the legislator to draw up regulations in which the principles applicable in this area are respected, in light of the clarifications made by the Court of Justice.

The Constitutional Court does not maintain the effects of the annulled provisions. It states that it is to rule, if necessary, on the admissibility of the evidence gathered in application of the annulled provisions. In this respect, reference is made to the position of the Court of Justice, which does not necessarily prohibit the use, in criminal proceedings, of evidence obtained in violation of EU law, provided that the right to a fair trial of the persons concerned is respected.

1. Background of the case

The French- and German-speaking Bar Association, the non-profit organization "Académie Fiscale", the non-profit organization "Liga voor Mensenrechten", the non-profit organization "Ligue des Droits de l'Homme" and several private individuals are requesting the annulment of the law of 29 May 2016 on the collection and retention of data in the electronic communications sector.

This law provides for a generalized and undifferentiated obligation to retain data relating to electronic communications. Unlike the law of 30 July 2013, which provided for a similar obligation and which was annulled by Court judgment No. 84/2015 in the wake of a judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU) of 8 April 2014, Digital Rights (C-293/12), the law of 29 May 2016 provides for additional guarantees regarding access to the data thus retained. The legislator considered that these additional guarantees ensured the compatibility of the legislation with the right to privacy and the protection of personal data.

The applicants' complaints relate to several aspects of the law of 29 May 2016, mainly to the general and undifferentiated obligation to retain data, but also, among other things, to the conditions of access to such data and their level of protection.

By its judgment No. 96/2018, the Court referred three preliminary questions to the CJEU. The first two questions concerned the compatibility of the contested law with EU law, taking into account the objectives pursued and the guarantees provided for access to and retention of data. With the third question, the Court asked the CJEU whether, in the event of the annulment of the contested law, it could provisionally maintain the effects of the contested law, in order to avoid legal uncertainty and to allow the data previously collected and stored to continue to be used for the intended purposes.

The CJEU answered these preliminary questions in a judgment of 6 October 2020, La Quadrature du Net et al. (C-511/18, C-512/18 and C-520/18). This judgment shows that EU law precludes legislative measures providing for generalized and undifferentiated retention of traffic and location data as a preventive measure, except in certain limited cases described by the CJEU. Massive data retention as a preventive measure is therefore in principle contrary to

EU law. In doing so, the CJEU confirmed its previous case law, while clarifying the scope of the cases in which data retention is permitted.

The CJEU then ruled that in the event of annulment, the Court cannot maintain the effects of the contested law, under penalty of disregarding the principle of the primacy of EU law over national law. The CJEU has clarified that the admissibility of evidence obtained by means of generalized and undifferentiated data retention that is incompatible with Union law is a matter for national law. However, EU law requires the national court to disregard such evidence in criminal proceedings if the suspects are unable to comment effectively on the evidence.

2. Examination by the Court

2.1. On the merits (B.5-B.21)

On the basis of the CJEU's judgment, the Court held that the contested law violates EU law by providing, as a matter of principle and without limitation to the situations described by the CJEU, for the generalized and undifferentiated retention by operators and providers of electronic communications services of identification, access and connection data, as well as communications data (B.15).

The Court notes that the CJEU allows, as exceptions, various legislative measures. Thus, legislative measures "providing, for the purposes of safeguarding national security, combating serious crime and preventing serious threats to public security, for the general and undifferentiated retention of IP addresses allocated to the source of a connection, for a period of time limited to what is strictly necessary", or legislative measures "providing, for the purpose of safeguarding national security, combating crime and safeguarding public security, for the generalized and undifferentiated retention of data relating to the civil identity of users of means of electronic communication". All this is provided that clear and precise rules guarantee compliance with the material and procedural conditions relating to the storage of data and that the persons concerned have effective guarantees against the risk of abuse (B.16.1).

On the basis of these clarifications by the CJEU, the Council of Ministers argued that the contested law should not be annulled insofar as it relates to the retention of assigned IP addresses the source of a connection and the civil identity data of users (B.16.2).

The Court did not accept this argument. It found that the contested law is based, in principle, on a generalized and undifferentiated obligation to retain all data relating to electronic communications and that it pursues broader objectives than the fight against serious crime or the risk of harm to public security. The distinction that the contested law makes between three categories of data (identification data, access and connection data, and communication data) only affects the starting point of the data retention period, which is twelve months in any event, and possibly access to the data by the authorized authorities. Moreover, this categorization does not correspond to the distinctions made by the CJEU, since the contested law does not refer to IP addresses assigned to the source of a connection or to data relating to the civil identity of users (B.17).

The Court finds that the CJEU's ruling imposes a change of perspective with respect to the legislator's choice: the obligation to retain electronic communications data must be the exception, not the rule. Clear and precise rules regarding the scope and application of the measure at issue and imposing minimum requirements must be provided, so as to ensure that the interference is limited to what is strictly necessary and proportionate to the objective pursued (B.18).

The Court concludes that it is for the legislator to draw up rules that comply with the principles applicable in this area, in the light of the case law of the CJEU, taking into account, where appropriate, the clarifications made by the CJEU with regard to the various types of legislative measures deemed compatible with EU law. In particular, it is for the legislator to make the necessary distinctions between the different types of data concerned, so as to ensure that, for each type of data, the interference is limited to what is strictly necessary (B.19).

The Court therefore annuls the provisions of the contested law that concern the generalized and undifferentiated retention of and access to electronic communications data.

2.2. Maintenance of effects (B.22-B.24.3)

In view of the CJEU's judgment, the Court ruled that it could not provisionally maintain the effects of the annulled provisions. It states that it is for the competent criminal court to rule, where appropriate, on the admissibility of evidence that was gathered during the implementation of the annulled provisions, in accordance with the applicable rules of criminal procedure and in light of the clarifications of the CJEU in the above-mentioned judgment of 6 October 2020. It follows that evidence derived from data retained on the basis of the annulled provisions may justify convictions, provided in particular that the right to a fair trial of the persons concerned is not prejudiced.



Paris, 21 avril 2021

PRESS RELEASE

Connection data: the Council of State conciliates the implementation of European Union law and the effectiveness of the fight against terrorism and crime

Ruling on appeals lodged by several NGOs and a telecom operator, the Council of State has examined the conformity with EU law of French rules on the retention of connection data. It also verified that the implementation of EU law, as interpreted by the European Court of Justice (ECJ) does not jeopardize the requirements of the French Constitution.

The Council of State rules that the existing threat to national security currently justifies the generalized retention of data. It also notes that the possibility of accessing connection data in order to fight serious crime allows, at the present time, the constitutional requirements of preventing breaches of law and order and the tracking down of authors of criminal offences to be ensured.

However, it orders the Government to reassess regularly the threat that exists in France so as to justify the generalized retention of data and to submit the use of these data by the intelligence services to clearance provided by an independent authority.

French law requires telecommunications operators to retain their users' connection data for the purpose of fighting crime and terrorism

The use of connection data plays a major role in the search for criminal offences and in the activities of intelligence services, particularly in order to fight terrorism. This data, sometimes referred to as "metadata" to differentiate it from data which relate to the content of exchanges, include three categories:

- identity data, which allows the identification of the user of an electronic communication system (for example, the first and last names linked to a telephone number or the IP address through which a user is connected to the internet);
- traffic data (sometimes called "*fadettes*"), which track the dates, hours and recipients of electronic communications, or the list of websites consulted;
- location data, which allows a device to be "marked" by the base station to which it is connected.

French law requires communications operators to retain all users' connection data for intelligence and criminal investigations purposes.

The ECJ has strictly limited the possibility of requiring operators to retain connection data

Several NGOs (*associations*) active in the field of data protection and a telecom operator had lodged appeals before the Council of State against the decrees that provide for such retention and govern their processing for the purposes of intelligence and criminal investigations.

Such appeals enabled the Council of State to refer the matter to the ECJ in 2018¹, so as to invite it to clarify the effect of relevant EU rules (Directive 2002/58, known as "privacy and electronic communications" and GDPR). Several courts of other Member States also referred cases to the ECJ for the same purpose. In a judgment dated 6 October 2020² joining three cases, the ECJ gave details on the limits, which, in its view, are set by the EU legislative framework.

1) A Member State can only require providers of electronic communication services to generally retain traffic and location data in situations where this is needed as a result of a serious threat to national security. Furthermore, access to this data by the intelligence services is subject to prior review by an independent administrative body and subsequent judicial control on the use of stored data.

2) For the purposes of combating serious crime, States may impose only targeted retention of data, in certain areas or on certain categories of persons pre-identified as raising particular risks. However, as provided for by the Budapest Convention of 2001, public authorities can demand that operators freeze traffic and location data relating to a person, for the purposes of a criminal investigation and for a short period of time (the so-called "expedited data retention" method).

3) Retention of connection data is not allowed on other grounds, notably for the investigation of offences which do not involve serious criminality.

The Council of State checks that the implementation of EU law does not jeopardize French constitutional requirements

Following the clarifications made by the ECJ, the Council of State, sitting in its highest jurisdictional body (*Assemblée du contentieux*), had to examine the conformity of the French legal framework with EU law.

¹ [CE, 26 juillet 2018, Quadrature du Net et autres et Igwan.net, n°s 394922 394925 397844 397851, T.](#)

² [ECJ, 6 October 2020, Privacy International, aff. C-623/17 ; La Quadrature du Net e.a., French Data Network e.a., aff. C-511/18 et C-512/18 ; Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a., aff. C-520/18.](#)

First it clarified the scope of its review.

On the one hand, and contrarily to the Government's request, it refused to assess whether the European Union authorities, notably the ECJ, had exceeded their powers ("ultra vires" review).

On the other hand, the Council of State recalls that the French Constitution remains the supreme norm within the French national legal system.

Consequently, the Council of State must ensure that the application of EU law, as specified by the ECJ, does not in practice jeopardize French constitutional requirements which are not guaranteed in an equivalent manner by EU law.

The European legal framework of data retention does not collide with the French constitutional requirements related to security and fight against crime.

The Council of State notes that the constitutional requirements of safeguarding the fundamental interests of the nation, preventing breaches of law and order, fighting against terrorism and searching for the perpetrators of criminal offences do not enjoy a protection in EU law equivalent to that guaranteed by the French Constitution. The Council of State must therefore ensure that the limits imposed by the ECJ do not jeopardize these constitutional requirements.

The Council of State notes that the general retention of data currently imposed on operators by French law is actually justified by a threat to national security, as required by the ECJ. Following the ECJ's requirements, it requires the Government to assess from time to time the existence of such a threat, subject to review by administrative courts.

However, the Council of State rules that the generalized obligation to retain data for purposes other than those of national security, notably the prosecution of criminal offences, is unlawful (with the exception of less sensitive data, such as civil status, IP address, accounts and payments).

For the prosecution of criminal offences, the ECJ's suggested solution of targeted upstream data retention is neither possible in practice nor operationally effective. Indeed, it is neither possible to pre-designate those who will be involved in a crime still not committed, nor the place where it will take place. However, the method of "expedited retention" permitted by EU law can build on the stock of data generally retained for national security purposes and thus be used for the prosecution of criminal offences.

With regard to the distinction made by the European Court of Justice between serious crime and ordinary crime (for the latter of which it does not admit any retention or use of

connection data), the Council of State recalls that the principle of proportionality between the seriousness of the offence and the importance of the investigative measures used, which governs criminal procedure, also justifies that recourse to connection data is limited to the prosecution of offences of a sufficiently serious nature.

Finally, with regard to the use of retained data for intelligence purposes, the Council of State notes that the prior review by an independent authority provided by the French legal framework is not sufficient because the opinion of the National Commission for the Control of Intelligence Techniques (CNCTR), which must be given prior to any authorisation, is not binding. Even though the Prime Minister has never refused to follow an opinion of this Commission recommending refusal of access to connection data by the intelligence services, French law should be amended on this point.

The Council of State therefore orders the Prime Minister to modify the regulatory framework to comply with these requirements within six months.

FÆLLES MATERIALESAMLING**BIND IV – LITTERATUR**

I sagen for

Østre Landsret, 16. afdeling

BS-36799/2018-OLR

Foreningen imod Ulovlig Logning
Birkegade 15, 5. tv.
2200 København N
advokat Julie Bak-Larsen i henhold til proceduretilladelse
("Sagsøger")

mod

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

Sagen hovedforhandles den 5. maj 2021, kl. 9.30-15, og den 6. maj 2021, kl. 9.30-12.

INDHOLDSFORTEGNELSE – BIND IV

	Side
Litteratur	
Bøger	
Klinge, Sune, <i>EU-direktiver og grundrettigheder i horisontale retsforhold - en juridisk analyse af borgernes retssikkerhed og konsekvenserne for medlemsstaten</i> (1. udg., 2020), s. 221-231 - 282-289	4
Sørensen, Karsten Engsig & Danielsen, Jens Hartvig, <i>EU-Retten</i> (7. rev. Udg., 2019), s. 184-190 - 194-211.	25
Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth, <i>EU Ret</i> (6. rev. Udg., 2010), s. 182-186 235-247	51
Olsen, Birgitte Egelund & Sørensen, Karsten Engsig, <i>EU-retten i Danmark</i> (1. udg., 2018), s. 403-406	71
Dashwood, Alan m.fl., <i>European Union Law</i> (1. udg., 2011), s. 270-277	78
Craig, Paul & de Búrca, Gráinne, <i>EU LAW</i> (6. udg., 2015), s. 266-273	89
Fenger, Niels, <i>Forvaltningsloven</i> (2. udgave, 2021), s. 63, 128-130, 154- 158	100
Revsbech, Karsten mfl., <i>Forvaltningsret, Almindelige emner</i> (6. udg. 2016), s. 433-437, 444-446	113
Bønsig, Sten, <i>Almindelig Forvaltningsret - lærebog for statskundskab</i> (1. udg., 2016)., 466-447	123
Tidsskrifter, analyser, mv.	
French Council of State discovers the 'philosopher's stone' of data retention	128
Logning af teledata i lyset af Tele2-dommen, Lene Wachter Lentz	141
The judgment of the Grand Chamber dated 21 Decemver 2016 in the two joint <i>Tele2 Sverige</i> and <i>Watson</i> cases: The need for a harmonised legal framework on the retention of data at EU level, Xavier Tracol	151
Balancing data protection and law enforcement needs: <i>Tele2 Sverige</i> and <i>Watson</i> , <i>Common Market Law Review</i> 54: 1467–1496, 2017.	163

Digital rights Ireland as an opportunity to foster a desirable approximation of data retention provisions, Francesca Galli	192
Data retention in Europe - the Tele 2 case and beyond, Anja Møller Pedersen, Henrik Udsen, Søren Sandfeld Jakobsen	210
U.2000B.319 - Forvaltningssager i civilprocessen - Om søgsmålskompetence, rette sagsøgte, søgsmålsfrister og civile fuldbyrdelsessøgsmål, Gorm Toftegaard Nielsen	226
Ulovlig logning - tid til en lovrevision, Justitia v. Jacob Mchangama & H Qvist Petersen	235
Øvrige	
Rådets Working Paper, Data Retention - Situation in Member States	275
Justitsministeren dropper forslag om internetovervågning	295
Søren Pind: Sessionslogning er for dyrt - vi skal finde en billigere model	297
Jakob Mchangama: Regeringen lægger op til mere (ulovlig) overvågning af borgerne	300

Sune Klinge

EU-direktiver og grundrettigheder i horisontale retsforhold

– en juridisk analyse af borgernes retssikkerhed
og konsekvenserne for medlemsstaten



Djøf Forlag
2020

Sune Klinge

EU-direktiver og grundrettigheder i horisontale retsforhold
– en juridisk analyse af borgernes retssikkerhed og konsekvenserne for medlemsstaten

1. udgave, 1. oplag

© 2020 by Djøf Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.

Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Marianne Tingkov

Tryk: Ecograf, Brabrand

Printed in Denmark 2020

ISBN 978-87-574-4702-6

ebog ISBN 978-87-7198-450-7

Udgivet med støtte fra Det Finneske Legat

Djøf Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

5.4. Medlemsstatens reaktionspligt efter domsafsigelse ...

grovhed, at der kan pålægges Justitsministeriet erstatningsansvar efter dansk ret.«⁵⁵⁸ [min fremhævning]

På baggrund af landsrettens udlægning af dansk ret og sammenholdt med Højesterets samlede behandling, er det min vurdering, at der, i hvert fald for så vidt angår statens ansvar som lovgiver, er normsammenfald. Denne udlægning bekræftes tillige i senere dansk retspraksis, hvor det objektiviserede ansvar ikke synes at have vundet indpas.⁵⁵⁹

Fra et praktisk perspektiv er det i den forbindelse naturligvis fortsat vigtigt at pointere, at der er tale om to forskellige samlede vurderinger af samtlige ansvarsbetingelserne under ét, hvorfor det ikke kan udelukkes, at det fortsat vil være hensigtsmæssigt at gøre ansvar gældende både efter dansk ret og EU-retten i fremtidige sager. I forhold til vurderingen af årsagssammenhæng og kausalitet samt værnet interesse er det ikke givet, at man efter EU-retten og dansk ret vil nå til det samme resultat.⁵⁶⁰

Det vil herefter blive undersøgt, om der kan udledes noget generelt om den tidsmæssige udstrækning af lovgivningsprocessen efter EU-Domstolens afsigelse af en dom, der bringer dansk ret i konflikt med EU-retten. Retspraksis vedrørende den tidsmæssige udstrækning er meget begrænset, og der er således kun et enkelt præjudikat i dansk ret. Det vil blive undersøgt, om der kan hentes inspiration fra EU-retspraksis for traktatbrudssøgsmål og Kommissionens bødepraksis efter TEUF artikel 260 samt udvalgte danske lovændringer som følge af EU-domme.

5.4. Medlemsstatens reaktionspligt efter domsafsigelse ved EU-Domstolen

Problemstillingen om den tidsmæssige udstrækning af lovgivningsmagtens reaktionspligt i tilfælde af ny praksis fra EU-Domstolen udspringer af Jonkman-sagen fra EU-Domstolen. Sagen handlede om, hvilke forpligtelser en

558. FED 2009.24 V, V.L. sag: 9. afd. B-1367-05, dom af 14. januar 2009.

559. Som også behandles i det følgende, hvor der var enighed mellem parterne CO-industri og Beskæftigelsesministeriet om, at ansvarsnormen var den samme.

560. Peter Pagh, Søren Højgaard Mørup & Niels Fenger (red.): *Offentlige myndigheders erstatningsansvar* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017), s. 151 f., hvor Fenger bl.a. henviser til sag C-140/97 Rechberger, om pakkerejsedirektivet og en vurdering af kausalitet, som ligger fjernt fra dansk opfattelse af direkte årsagsforbindelse.

medlemsstat har i henhold til en afsagt præjudiciel dom, og særligt hvor lang tid staten har til at ændre en EU-stridig retstilstand.

Den belgiske domstol havde forespurgt EU-Domstolen, om det fulgte af EU-retten, at en medlemsstat er forpligtet til at tilpasse den EU-stridige lovgivning, så snart en dom fra EU-Domstolen havde fastslået, at denne lovkonflikt forelå, eller i det mindste inden for forældelsesfristen.

Dette spørgsmål besvarede EU-Domstolen meget overordnet i *Jonkman*, hvor det blev fastslået, at det påhviler lovgiver, at national ret »så hurtigt som muligt« bringes i overensstemmelse med EU-retten. Fenger har fremhævet, at det er et vanskeligt spørgsmål at afgøre, hvor lang tid staten bør have til at ændre den EU-stridige retstilstand, før dette i sig selv udgør et ansvarspådragende brud på EU-retten.⁵⁶¹

Forfatteren kommer ikke nærmere ind på besvarelsen af spørgsmålet, men henviser blot til Højesterets dom af 19. januar 2017, som behandles i det følgende, men ikke entydigt afklarer retsstillingen.⁵⁶² Formålet i dette afsnit er at forsøge at komme dette vanskelige spørgsmål nærmere.

5.4.1. CO-industri mod Beskæftigelsesministeriet

Sagen *CO-industri* af 19. januar 2017 er det eneste præjudikat i dansk ret, som behandler de hensyn, som skal indgå i vurderingen af, hvornår lovgivningsmagten ikke har reageret hurtigt nok. Sagen er derfor helt afgørende i forhold til EU-retten effektive virkning i dansk ret.

Eftersom det er det eneste præjudikat, vil også Østre Landsrets afgørelse, hvor Beskæftigelsesministeriet blev frifundet, blive analyseret. Højesteret dømte, i modsætning til landsretten, Beskæftigelsesministeriet.

Problemstillingen i sagen var overordnet, hvorvidt Beskæftigelsesministeriet var erstatningsansvarlig som følge af, at den danske stat ikke havde implementeret en ret til erstatningsferie ved sygdom opstået under ferien, inden arbejdstageren blev sygemeldt under sin sommerferie. Denne ret fulgte af EU-Domstolens fortolkning af arbejdstidsdirektivets artikel 7.

Sagen hænger sammen med Højesterets dom i Ferie-sagen, der handlede om den økonomiske risiko for sygdom opstået under en arbejdstageres ferie,

561. Ibid., s. 148.

562. U 2017.1243 H, sag 42/2016 (1. afdeling) *CO-industri* som mandatar for A mod Beskæftigelsesministeriet. Se også om dommen Nina Holst-Christensen: »Lovgivers gennemførelse af EU-domme«, afsnit 1.3, i Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sørensen (red.): *EU-retten i Danmark* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018), s. 291 og 300-302.

5.4. Medlemsstatens reaktionspligt efter domsafsigelse ...

som også er behandlet ovenfor om retssikkerhed.⁵⁶³ I Ferie-sagen nåede Højesteret frem til, at EU-konform fortolkning ikke kunne føre til, at ferielovens § 13 på daværende tidspunkt lagde risikoen for sygdom opstået under ferie over på arbejdsgiveren. En sådan fortolkning ville efter Højesterets opfattelse være »contra legem«, hvorfor Højesteret af hensynet til forudberegnelighedsretssikkerheden frifandt virksomheden. Arbejdstagere i denne situation kunne derfor alene rette sig mod lovgiver, som ikke havde indrettet lovgivningen i overensstemmelse med de krav, der fulgte af EU-Domstolens praksis.

5.4.1.1. Østre Landsret dom af 9. februar 2016

Sagen for Østre Landsret⁵⁶⁴ omhandlede i første omgang fortolkningen af Pereda-dommen, som blev afsagt 10. september 2009.⁵⁶⁵ Spørgsmålet var, om det direkte fremgik af sagen, at den danske ferielov var i strid med EU-retten. Beskæftigelsesministeriet havde gjort gældende, at det afgørende for ansvarsvurderingen var, om ministeriet indså eller burde have indset, at der ikke var overensstemmelse mellem ferieloven og arbejdstidsdirektivet, og følgelig burde have sikret sig, at loven blev bragt i overensstemmelse med EU-retten.

EU-Domstolen fandt i *Pereda*, at artikel 7, stk. 1, skulle fortolkes således:

»at den er til hinder for nationale bestemmelser eller kollektive overenskomster, hvorefter en arbejdstager, der er sygemeldt under sin årlige ferie [...] ikke har ret til efter raskmelding at afholde sin årlige ferie på et andet tidspunkt end oprindeligt fastsat.«⁵⁶⁶

CO-industri var af den opfattelse, at retten til erstatningsferie ved sygdom opstået under ferie således klart fremgik af Pereda-dommen og EU-Domstolens tidligere retspraksis i øvrigt. Ministeriet gjorde heroverfor gældende, at Pereda-sagen ikke bibragte en sådan klarhed om retsstillingen, at dette i sig selv kunne udløse en handleforpligtelse.

Endvidere gjorde ministeriet gældende, at ændringen af ferieloven blev gennemført med den hastighed, man med rimelighed kunne kræve under behørig hensyntagen til den politiske og demokratiske beslutningsproces med høring af relevante parter, herunder inddragelse af Implementeringsudvalget som var en tidskrævende proces.

Ferielovens § 13 blev ændret ved lov nr. 377 af 28. april 2012, og det fremgik af beskæftigelsesministerens skriftlige fremsættelse af lovforslaget,

563. U 2014.914 H – Feriesagen, som behandlet i kapitel om retssikkerhed i afsnit 3.2.3.

564. ØLD af 9. februar 2016, 11. afdeling under j.nr. B-406-12.

565. Sag C-277/08, Pereda.

566. Sag C-277/08, Pereda, pr. 26.

Kapitel 5. Konsekvenser for medlemsstaten for mangelfuld opfyldelse ...

at ændringen var nødvendiggjort af *Pereda*, og ændringen indebar, at en arbejdstager, der blev syg under ferien, som udgangspunkt havde ret til erstatningsferie.

Disse argumenter fra ministeriets side fandt Østre Landsret overbevisende. Landrettens foretog en meget tekstnær analyse af *Pereda*, idet den lagde vægt på, at sagen vedrørte en arbejdstager, der var blevet syg før sin ferie, men EU-Domstolen besvarede det stillede spørgsmål vedrørende arbejdstidsdirektivets artikel 7, stk. 1, mere generelt, således at der ikke ved besvarelsen blev sondret mellem sygdom opstået før eller under ferien.

I det tilfælde, vurderede landsretten, må der indrømmes den enkelte medlemsstat en rimelig frist til at overveje, om den gældende lovgivning er i overensstemmelse med dommen, og hvorledes lovgivningen i givet fald skal ændres. Som det fremgår af Østre Landsrets dom, blev der efter *Pereda* iværksat overvejelser om rækkevidden af dommen. Det blev endvidere besluttet, at der i Implementeringsudvalget skulle foretages en vurdering af dommens juridiske, økonomiske og arbejdsmarkedspolitiske implikationer, herunder en undersøgelse af praksis i andre lande, samt af hvordan andre lande fortolkede dommene.

I perioden fra den 24. februar 2010 til august 2010 blev der afholdt en række møder i den arbejdsgruppe, som varetog opgaven, hvorefter arbejdsgruppen afgav rapport i september 2010. Østre Landsret fandt, at det var naturligt at inddrage arbejdsmarkedets parter via Implementeringsudvalget, der havde til opgave at sikre en hensigtsmæssig og fyldestgørende implementering af EU-direktiver om ansættelsesforhold. Endvidere måtte det anses for naturligt, at der i den forbindelse blev indhentet oplysninger om andre landes lovgivning.

Landsretten fandt derfor samlet ikke, at lovgivningsprocessen havde taget så lang tid, og at der var grundlag for at fastslå, at den hidtidige retstilstand havde været ved, til trods for at der var afsagt en dom i en præjudiciel sag, hvorfor Beskæftigelsesministeriet blev frifundet.

Det forhold, at ændringen af ferieloven først trådte i kraft den 1. maj 2012, og at der tillige indgik overvejelser om de økonomiske konsekvenser af en eventuel lovændring, fandt Østre Landsret var uden betydning for resultatet. Sagen blev herefter anket til Højesteret af CO-industri.

5.4.1.2. Kendelse afsagt den 7. oktober 2016

I forbindelse med forberedelsen af højesteretssagen anmodede CO-industri om, at der blev stillet præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen. Særligt spørgsmål 3 og 4 er relevante i forhold til vurderingen af den pågældende pe-

5.4. Medlemsstatens reaktionspligt efter domsafsigelse ...

riode, som lovgiver ansvarsfrit bør indrømmes til at ændre en EU-stridige retstilstand:

»Spørgsmål 3: Hvor lang tid kan der indrømmes en medlemsstat til at overveje, om dens gældende lovgivning er i overensstemmelse med resultatet af en præjudiciel afgørelse, og hvorledes lovgivningen i benægtende fald skal ændres?

Spørgsmål 4: Vil det være foreneligt med fællesskabsretten at indrømme en medlemsstat *en frist på 10 måneder efter afsigelsen af dom i en præjudiciel sag*, hvorunder medlemsstaten ikke er erstatningsansvarlig over for borgerne for overtrædelse af fællesskabsretten?⁵⁶⁷ [min fremhævning]

Højesterets foreløbige vurdering af sagen var, at EU-Domstolens praksis ikke efterlod en rimelig tvivl om, under hvilke betingelser en medlemsstat kan ifalde erstatningsansvar for manglende overholdelse af EU-retten.⁵⁶⁸ Der var derfor ikke grundlag for at foretage en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen. Højesteret tog derfor ikke anmodningen om præjudiciel forelæggelse til følge.

Kendelsen er interessant på flere måder. CO-industri havde til støtte for forelæggelsen gjort gældende, at det var nødvendigt at få en nærmere vejledning om kriterierne for den ansvarsfrie periode, der eventuelt måtte indrømmes medlemsstaterne. Heroverfor gjorde Beskæftigelsesministeriet gældende, at der ikke forelå rimelig tvivl om, at medlemsstaten generelt skal efterkomme en dom fra EU-Domstolen:

»hurtigst muligt, og at vurderingen af, hvor hurtigt det er muligt at efterkomme en dom, er konkret og skal foretages af de danske domstole«.⁵⁶⁹

Denne udlægning af EU-retten var Højesteret enig i. Efter min vurdering fremstår det ikke åbenbart, at EU-Domstolen ville have været enig i, at de nationale domstole frit kan skønne over, hvor hurtigt medlemsstaten skal efterkomme en dom. Det kan i hvert fald fra et akademisk synspunkt gøres gældende, at der mangler en vis vejledning fra EU-Domstolen i forhold til kriterier for, hvornår en overtrædelse har været ved, til trods for at der er afsagt en

567. Jf. kendelse af 7. oktober i sag 42/2016 optrykt i U 2017.270.

568. Det kunne nok have været gavnligt at have ladet sig inspirere af »Anbefalingerne til de nationale retter vedrørende forelæggelse af præjudicielle spørgsmål«, 2016/C 439/01 af 25. november 2016 i forhold til udformningen af spørgsmålene.

569. H.K. 7. oktober 2016 i sag 42/2016 (1. afd.) optrykt i U 2017.270.

Kapitel 5. Konsekvenser for medlemsstaten for mangelfuld opfyldelse ...

dom i en præjudiciel sag, i hvilken det fremgår, at den omtvistede adfærd har karakter af en overtrædelse, og således omfanget af en ansvarsfri periode.

Efter den nuværende retspraksis gives der ikke nogen vejledning om, hvilke hensyn der kan eller skal inddrages. En sådan vejledning ville ikke have noget at gøre med den konkrete subsumtion, og det ville således ligge inden for kompetencefordelingen mellem de nationale domstole og EU-Domstolen, jf. TEUF artikel 267.

5.4.1.3. Højesteretsafgørelse af 19. januar 2017

I forbindelse med sagen for Højesteret⁵⁷⁰ fandt retten anledning til at præcisere retsgrundlaget. I den forbindelse fremhævede Højesteret Larsy-sagen, som ikke havde været behandlet i Østre Landsret, hvor EU-Domstolen havde fundet, at ved vurdering af, om en medlemsstat havde tilsidesat EU-retten på en tilstrækkelig kvalificeret måde som lovgivende magt, det vil sige »under udøvelsen af sin kompetence til at udstede generelle retsakter åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine beføjelser«, kunne det udgøre tilstrækkeligt bevis:

»såfremt medlemsstaten på det tidspunkt, da den begik overtrædelsen, kun havde et stærkt begrænset eller intet skøn«⁵⁷¹ [min fremhævnin

Med andre ord, hvor klar og præcis retstilstanden var efter EU-retten. Herefter henviste Højesteret også til *Jonkman*, som handlede om en lovbestemt belgisk pensionsordning, som forsøgte at udligne en tidligere forskelsbehandling mellem mandlige og kvindelige kabineansatte.

Problemet var, at den nye udligningsordning, som skulle fjerne enhver forskelsbehandling mellem stewardesserne og stewarderne, også var forskelsbehandlende, idet indbetaling af udligningsbidrag skulle tillægges flere renter end dem, der tilsigter at udligne inflationen, og at indbetalingen skulle foretages i form af et engangsbeløb, som gjorde det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt, da beløbet oversteg den berørtes årlige pension.

I forhold til spørgsmålet om efterfølgende tilpasning af national lovgivning, ville den belgiske forlæggende ret gerne have oplyst, om EU-retten skulle fortolkes således, at en medlemsstat er forpligtet til at tilpasse den lovgivning, der er i strid med denne bestemmelse, »så snart en dom fra De Europæiske Fællesskabers Domstol har fastslået, at denne lovkonflikt foreligger,

570. Sag 42/2016 (1. afdeling) CO-industri som mandatar for A mod Beskæftigelsesministeriet.

571. Sag C-118/00 (Larsy), af 28. juni 2001, pr. 38.

5.4. Medlemsstatens reaktionspligt efter domsafsigelse ...

eller i det mindste inden for den forældelsesfrist, som finder anvendelse på opkrævning af bidrag«. EU-Domstolen svarede mere overordnet på spørgsmålet, hvilket fremgår af den centrale præmis, at:

»efter at der er afsagt en dom i anledning af en præjudiciel forelæggelse, hvoraf følger, at en national lovgivning er uforenelig med fællesskabsretten, 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.«⁵⁷² [min fremhævning]

I anden del af besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål om forskelsbehandlingen fandt EU-Domstolen, at hvis det konstateres, at der i strid med fællesskabsretten foreligger forskelsbehandling, har den nationale domstole pligt til:

»så længe der ikke er vedtaget foranstaltninger, som genindfører ligebehandlingen, at *tilsidesætte* enhver national bestemmelse, der er diskriminerende, *uden at den behøver at anmode om eller afvente*, at bestemmelsen forinden ophæves af lovgiver.«⁵⁷³ [min fremhævning]

Højesteret behandle herefter ankesagen og fandt, at det var nærliggende at forstå præmisser i *Pereda* således, at dommen ikke kun tog stilling til sygdom opstået *før* ferie, men også mere generelt omfattede tilfælde, hvor en lønmodtager bliver syg efter ferien var påbegyndt.⁵⁷⁴

Højesteret fandt på linje med Østre Landsret, at det var velbegundet at inddrage arbejdsmarkedets parter via Implementeringsudvalget og foretage en undersøgelse af reglerne om ferie og sygdom i andre EU-lande, som kunne tilvejebringe et fyldestgørende beslutningsgrundlag for lovgiver.

Det fremgik af Implementeringsudvalgets rapport af september 2010, at den gældende danske ordning, hvorefter lønmodtageren bærer risikoen for sygdom, der opstod under ferien, sandsynligvis ville blive underkendt, hvis den blev forelagt EU-Domstolen. På den baggrund udtalte Højesteret, at det i umiddelbar forlængelse af rapporten påhvilede de danske myndigheder at

572. De forenede sager C-231/06-C-233/06, Jonkman m.fl., af 21. juni 2007.

573. De forenede sager C-231/06-C-233/06, Jonkman m.fl., af 21. juni 2007, pr. 41.

574. Dermed bekræfter Højesteret, hvad EU-Domstolen også nåede frem til i sag C-78/11, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) mod Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA) m.fl. af 21. juni 2012, hvor EUD i pr. 21 nåede frem til at: »det følger af [Pereda-sagen m.fl.] at det tidspunkt, hvor nævnte uarbejdsdygtighed opstod, er irrelevant.«

Kapitel 5. Konsekvenser for medlemsstaten for mangelfuld opfyldelse ...

bringe ferieloven i overensstemmelse med den retstilstand, som blev fastslået ved Pereda-dommen:

»Der var tale om en *afgrænset og relativt enkel ændring* af ferieloven, som på baggrund af Implementeringsudvalgets rapport burde være gennemført til *ikrafttræden den 1. januar 2011*.« [min fremhævning]

Høring af udkast til ændring af ferieloven blev imidlertid først iværksat i januar 2012, og loven blev først vedtaget i april 2012. Højesteret fandt ikke, at Beskæftigelsesministeriet havde anført forhold, som kunne begrunde en lovgivningsproces af en sådan varighed, og spørgsmålet om, hvorvidt det var muligt at fortolke den danske ferielov EU-konformt, kunne heller ikke konkret ændre ved at handlepligten var gældende.

Højesteret fandt, at den danske stat havde tilsidesat EU-retten på en tilstrækkelig kvalificeret måde ved ikke at have implementeret ændring med virkning pr. 1. januar 2011 og dermed havde pådraget sig erstatningsansvar. I forhold til det pågældende medlem af CO-industri, så frifandt Højesteret ministeriet, da arbejdstageren havde været syg før den 1. januar 2011. Højesteret stadfæstede på den baggrund landsrettens resultat.⁵⁷⁵

5.4.2. Sammenfatning, observationer og konsekvenser

Med henblik på at besvare spørgsmålet om, hvor lang tid der må gå, kan det konstateres, at Højesteret anerkender, at lovgiver skal tilvejebringes et fyldestgørende beslutningsgrundlag for at kunne ændre lovgivningen. Men i det øjeblik, hvor det fornødne grundlag foreligger, skal lovændringen også ske i »umiddelbar forlængelse« heraf.

Det var utilstrækkeligt, at der gik ca. halvandet år mellem tilvejebringelse af beslutningsgrundlaget og den ny lovgivning trådte i kraft. Højesteret vurderede, at det lovgivningsmæssige arbejde kunne være klaret på 3-4 måneder, hvilket havde givet en ikrafttræden den 1. januar 2011.

Det kan observeres, at perioden efter domsafsigelse fra EU-Domstolen skal deles op i to: en periode *før* og en periode *efter* tilvejebringelsen af et fyldestgørende beslutningsgrundlag for lovgiver. Det kan illustreres på følgende måde: Periode A udgør det lovforberedende arbejde, periode B det efterfølgende parlamentariske arbejde med fremsættelsen i Folketinget og tre behandlinger, der afsluttes med en vedtagelse af ændringsloven, og periode C

575. Se også om dommen Nina Holst-Christensen: »Lovgivers gennemførelse af EU-domme«, afsnit 1.3, i Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sørensen (red.): *EU-retten i Danmark* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018), s. 291.

5.4. Medlemsstatens reaktionspligt efter domsafsigelse ...

er det tidsrum, som fremgår af ikrafttrædelsesbestemmelsen, som kan indeholde bestemmelser om tilbagevirkende kraft. Hvilket kan illustreres således:

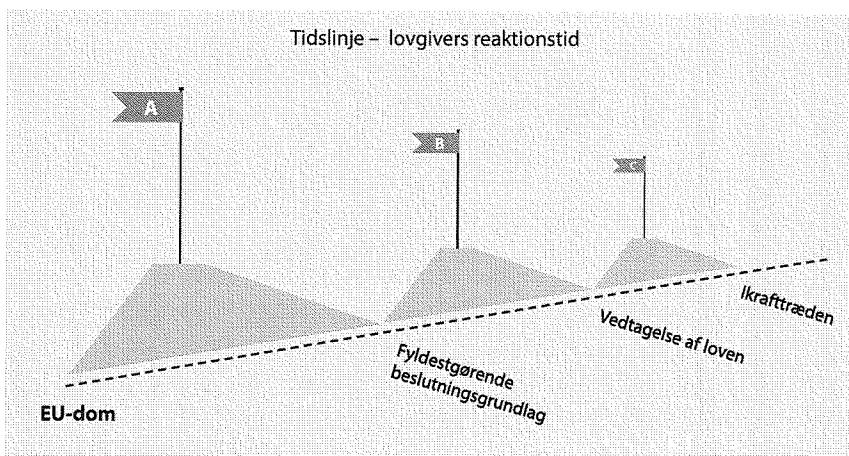


Illustration: Kornmaaler Graphic Design (2020).

Om udstrækningen af det lovforberedende arbejde fremgår det af Højesterets dom, at der er tale om en udenlandsk afgørelse vedrørende de spanske regler for ferie, hvorfor det var velbegrunderet at undersøge reglerne i andre EU-lande for at afdække deres fortolkninger af dommen. Der kan formentlig modsætningsvist slutes således, at det omvendt ikke vil være acceptabelt at konsultere andre medlemsstater, hvis EU-dommen (traktatbrud eller præjudiciel afgørelse) omhandlede dansk lovgivning.

Endvidere, som det også blev gjort gældende af ministeriet, har hensynet til den politiske og demokratiske beslutningsproces, herunder arbejdsmarkedets parter, formentlig haft betydning, eftersom der skulle ske høring af relevante parter og ske inddragelse af Implementeringsudvalget. Det kan derfor konstateres, at der skal udvises forsigtighed med at anvende resultatet på andre restområder.⁵⁷⁶ I forhold til inddragelse af Implementeringsudvalget har Engsig Sørensen fra et EU-retligt perspektiv fremhævet, at:

»Spørgsmålet er, om ikke godt 13 måneder er i overkanten. Ministeriet havde jo allerede et par måneder efter dommen erkendt, at dansk ret var i strid med dommen. Det forekommer

576. Se også Rass Holdgaard & Daniella Elkan: »Hvor hurtigt skal en EU-dom efterleveres?«, i *Advokaten* nr. 3 2017, s. 28-31.

Kapitel 5. Konsekvenser for medlemsstaten for mangelfuld opfyldelse ...

i denne situation ikke rimeligt, at arbejdstagerne skal afvente et udredningsarbejde i Implementeringsudvalget, før de får de rettigheder, de har krav på.«⁵⁷⁷

Denne udlægning er jeg enig i, men Højesteret accepterede i dommen, at perioden frem til 1.1.2011 var berettiget. Det kunne alternativt foreslås, at såfremt lovgiver ønskede at inddrage arbejdsmarkedets parter ville en midlertidig lovændring, som indrømmede arbejdstagerne den ret til erstatningsferie, som *Pereda* gav anledning til, have været en bedre måde at sikre overensstemmelsen med EU-retten. Herefter kunne en ny lovændring efter udredningsarbejdet være foretaget.⁵⁷⁸ På trods af de konkrete elementer, som begrundelsen indeholder, er der også mere generelle pejlemærker, som i forhold til ansvarsnormen kan sammenholdes med problemstillingen i *Vinderslev*, der er behandlet ovenfor.

I *Vinderslev* fremgik det, at Justitsministeriet i januar 2004 blev opmærksom på, at de gældende regler på området for transport af dyr formentlig ikke var i overensstemmelse med EU-retten. Det skyldtes, at kravene til tyske køretøjer var mere lempelige end de danske, og at det derfor kunne blive nødvendigt at ændre den danske bekendtgørelse. På baggrund af forklaringerne blev det i landsretten lagt til grund, at:

»[De] tiltag, som Justitsministeriet iværksatte for at foretage de nødvendige ændringer af de danske regler, herunder om vanskelighederne ved at lempe reglerne, *da der ikke var politisk flertal herfor, er der ikke grundlag for at statuere, at Justitsministeriet ikke tilstrækkelig hurtigt ændrede dispensationspraksis og den relevante bekendtgørelse.*«⁵⁷⁹ [min fremhævning]

Efter en nøjere undersøgelse af problemstillingerne vedrørende indvendig højde blev der udarbejdet et nyt regelsæt, som den 30. november 2004 blev

577. Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sørensen (red.): *EU-retten i Danmark* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018), s. 481.

578. Til støtte for det modsatte synspunkt kan det overvejes om inddragelse af arbejdsmarkedets parter vil hensynet måske kunne støttes på TEU art. 4, stk. 2, om medlemsstaternes nationale identitet: Se nærmere i den forbindelse Helle Krunke: »Constitutional identity – seen through a Danish lens«, i *Retfærd* vol. 37, nr. 4/147, s. 38: »Denmark has a tradition of negotiations between the employers and employees at the labor market and as little legislative involvement as possible. This is quite different from many other countries and the Danish model is under pressure from EU integration. [...] Whether it is part of the constitutional identity is uncertain. However, the Danish labor market model without doubt plays a special role in the Danish society and has strong roots in a historic and cultural context.«

579. FED 2009.24 V, V.L. sag: 9. afd. B-1367-05, dom af 14. januar 2009.

5.5. Inddragelse af forfatningsmæssige begrænsninger

sendt i høring. Eftersom der var tale om tekniske forskrifter, skulle reglerne i medfør af EU-informationsproceduredirektivet notificeres i udkast til kommissionen og måtte ikke vedtages inden udløbet af en periode, der som udgangspunkt er tre måneder efter notifikationen. Denne stand still periode blev forlænget med yderligere tre måneder, og reglerne blev først ændret ved bekendtgørelse nr. 734 af 13. juli 2005 om ændring af bekendtgørelse om beskyttelse af dyr under transport, der trådte i kraft den 15. august 2005.

På baggrund af fakta om varigheden sammenholdt med resultatet i *CO-industri*, synes der ikke at være grundlag for en fornyet vurdering af ansvarsgrundlaget, selvom det senere vil blive påvist, at argumentet om, at der ikke kunne findes politisk flertal, ikke retmæssigt vil kunne inddrages som begrundelse for en udskydelse af revision af nationale EU-stridige regler.⁵⁸⁰

Forløbet på ca. halvandet år kunne derfor henregnes til det lovforberedende arbejde og Kommissionens (efter-)behandling på baggrund af reglerne om notifikation. Højesteret udtalte meget summarisk i *Vinderslev*, at ministeriet ikke havde pådraget sig erstatningsansvar ved »ikke at ændre de omhandlede regler tidligere, end det skete«.

Sammenfattende på baggrund af dansk retspraksis kan der ikke udledes generelle fortolkningsbidrag til vurdering af den ansvarsfrie periode for lovgiver.

5.5. Inddragelse af forfatningsmæssige begrænsninger

Det kan fra et dansk forfatningsretligt perspektiv overvejes, om der findes regler i grundloven, der kan anvendes som fortolkningsbidrag. Grundloven indeholder ikke detaljerede krav til lovgivningsprocessens tidsmæssige udstrækning. Den overordnede ramme for den lovgivende magt fastsættes, og det bestemmes, at en lov skal behandles tre gange i medfør af grundlovens § 41, stk. 2.⁵⁸¹ Det fremgår ikke af grundloven hvor lang tid, der maksimalt må eller kan gå mellem de tre behandlinger.

580. I samme retning Karsten Engsig Sørensen i Karsten & Jens Hartig Danielsen: *Uddrag af EU-retten* (7. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2019), s. 479.

581. Henrik Zahle: *Dansk forfatningsret. Studieudgave* (1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006), s. 297 ff. Hensynet bag denne bestemmelse er at sikre en minimumsbehandlingstid for lovforslag på 30 dage. Fristen skal sikre tid til en grundig behandling under arbejdet med lovforslagene.

I forbindelse med lovændringen efter *Dominguez* blev der i forarbejderne lagt vægt på at begrænse arbejdsgivernes merudgifter mest muligt. Endvidere blev hensynet til offentlige interesser, i form af det offentlige, som arbejdsgiver og øgede administrative byrder, inddraget. Der var således tale om et horisontalt retsforhold, hvor byrderne for den part, der blev berørt af ændringen (de private arbejdsgivere), blev forsøgt begrænset mest muligt.

I forhold til kategori C-sager, som ikke var på det ansættelsesretlige område, kunne det af *Test-Achats* konstateres, at EU-Domstolen, for så vidt angår annullation af EU-retsakter, finder, at der skal indrømmes medlemsstaterne et passende tidsrum for at kunne drage konsekvenserne af den fastslåede ugyldighed af EU-direktivbestemmelsen i deres interne lovgivning. Samtidig skulle forsikringsselskaberne have en overgangsperiode, i hvilken de fik mulighed for at indstille sig på de nye retlige rammebetingelser og tilpasse deres produkter hertil. Generaladvokaten foreslog, at det passende tidsrum i den sag skulle fastsættes til tre år. EU-Domstolen valgte, at det skulle være en kortere periode frem til udløbet af femårs perioden i revisionsbestemmelsen, hvilket var ca. 21 måneder.

Endelig og afslutningsvist med analogislutningen i Tvind-sagen, kan lovændringen under henvisning til det EU-retlig ækvivalensprincip udlægges til, at der påhviler lovgiver en reaktionspligt med relativt kort frist i tilfælde af simple lovændringer. I Tvind-sagen skulle der alene ske en ophævelse af de grundlovsstridige singulære bestemmelser.

På baggrund af disse observationer er det min vurdering, at lovgivers reaktionspligt og frist generelt afhænger af det pågældende politikområde, samt hvordan konflikten identificeres (ved traktatbrud eller præjudiciel forelæggelse), hvilket jeg vil samle op på i det følgende sammenfattende afsnit.

5.8. Sammenfatning: lovgivers ansvarsfrie periode

På baggrund af observationerne vedrørende lovændringer nødvendiggjort af EU-domme, vil jeg i det følgende sammenkæde dem med de observationer, der fulgte af inddragelse af praksis efter TEUF artikel 260, stk. 2, og naturligvis Højesterets dom i *CO-industri*.

Det handler om, at opstille nogle yderligere supplerende fortolkningskriterier til de momenter, der indgår i bedømmelsen af, om medlemsstaten har tilsidesat sine forpligtelser på en »tilstækkeligt kvalificeret« måde.

Det kan allerede udledes af EU-retspraksis, at vurderingen beror på: (i) Hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, (ii) hvor vidt et skøn den tilsidesatte bestemmelse overlader de nationale myndigheder, (iii) om over-

5.8. Sammenfatning: lovgivers ansvarsfrie periode

trædelsen er begået eller tabet forvoldt forsætligt eller uagtsomt, (iv) om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, eller (v) om en EU-institutions holdning kan have medvirket til undladelsen, vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med EU-retten.

Hvis man sammenholder de krav, som kan udledes af EU-Domstolens retspraksis vedrørende lovgivers erstatningsansvar for overtrædelse af EU-retten generelt, kan disse krav på baggrund af ovenstående fortolkningsbidrag suppleres med følgende hensyn og interesser i forhold vurderingen af »så hurtigt som muligt«, som udledt af *Jonkman*.

På samme måde som i forhold til TEUF artikel 260, stk. 2, vil det være hensigtsmæssigt at sondre mellem hensyn, som tillægges vægt ved vurdering af tilsidesættelsens alvorlighed og varigheden, selvom der er tale om en samlet vurdering. Der skal *for det første* tages stilling til alvorligheden eller grovheden af overtrædelsen,⁷⁰² hvor det afgørende bliver at vurdere

- om uforeneligheden er fastslået ved en traktatbrudsdom eller en præjudiciel afgørelse (ii formodningen for, at der er et skøn, vil være mindre, hvis overtrædelsen er konstateret ved et traktatbrud)
- om uforeneligheden er fastslået konkret eller i mere generelle vendinger og derved overlader medlemsstaterne et skøn i forbindelse med implementering (ii)
- om der er tale om en præjudiciel forelæggelse i en sag om danske regler eller en anden medlemsstats lovgivning (i og iv)
- om regeringen har anset en EU-konform fortolkning for mulig (iv)
- om andre EU-medlemsstater allerede har ændret deres regler, og hvordan de i så fald er ændret (i og iv)

Sammenfattende for vurderingen af den tidsmæssige tilstrækkelighed i statens reaktion er det min vurdering, at der kan der opstilles et kriterium om »legitim forsinkelse«. Tilsvarende ansvarsbetingelserne, jf. EU-Domstolens dom i *Haim*, skal der foretages en helhedsbedømmelse af de supplerende elementer ved vurderingen af grovheden.⁷⁰³ Særligt spørgsmålet om, hvorvidt retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, vurderer jeg vil få en afgørende betydning for udfaldet bedømmelsen af, om lovgiver har reageret tilstrækkelig hurtigt.

702. EU-oversættelsestjenestens sprogbrug om »alvorlighed« anvendes ikke i det følgende, men derimod grovhed, jf. også kapitel 1.6.2. Sprogvalget i afhandlingen.

703. Sag C-424/97, *Haim*, ECLI:EU:C:2000:357, dom af 4. juli 2000, præmis 42.

Kapitel 5. Konsekvenser for medlemsstaten for mangelfuld opfyldelse ...

For det andet supplerende i forhold til, om varigheden i sig selv udgør et ansvarspådragende brud på EU-retten (hvor lang tid staten bør indrømmes til at ændre den EU-stridige retstilstand), kan der af praksis udledes følgende hensyn:

- om der er forsøgt genopretning eller udligning af den konstaterede EU-stridighed,
- intensiteten af overtrædelsen (indvirkning på formålet med EU-retten) f.eks. beskyttelsen af privatlivets fred og retten til fri bevægelighed,
- om der er væsentlige offentlige interesser (det kunne være fare for den offentlige sundhed eller en risiko for miljøpåvirkning.),
- om der er væsentlige private interesser (f.eks. overvæltning af byrder på private arbejdsgivere, ændring af aktuarmæssige beregningsprincipper),
- om det er teknisk præget lovændring eller politisk kontroversielt spørgsmål,
- om det var muligt at vedtage en midlertidig lovændring (efter det var konstateret, at retsstillingen var i strid med EU-retten),
- om ækvivalensprincippet kan gøres gældende i fremtidige sager,
- om en afsmittende virkning fra EU-Domstolens praksis om annullering af EU-retsakter kan gøres gældende (om en EU-retlig omstillingsperiode), og endelig
- om der indgår reale praktiske hensyn (f.eks. arkæologiske udgravning).

Der er tale om en samlet vurdering af grovheden og varigheden. Omvendt kan der i forhold til varigheden kan særskilt udledes kriterier, som ikke forlænger den »legitime forsinkelse« fra retspraksis om TEUF artikel 260, der vil kunne få en afsmittende virkning (»cross-infection«).

Det drejer sig om, hvorvidt hensynet til særlige interne, nationale vanskeligheder forbundet med lovgivningsproceduren ikke vil kunne gøres gældende. End ikke, som i den svenske lognings sag, forfatningsretlige begrænsninger. Det vil derfor, som det ellers var gjort gældende i Vinderslev-sagen, ikke kunne påberåbes, at der ikke er politisk mandat for en EU-konform lovgivning.

I forhold til varigheden af overtrædelsen af EU-retten og inddragelsen af bødepraksis, skal det afslutningsvis fremhæves, at der naturligvis er en væsentlig forskel mellem, hvornår en adfærd vil være ansvarspådragende for staten, og hvornår Kommissionen vil reagere efter den første traktatbrudssag og fremme en sag efter TEUF artikel 260, stk. 2.

Det skyldes, at prioriteringen af sagerne i Kommissionen beror på en skønsmæssig og politisk prioritering, da Kommissionens beslutning om at re-

5.8. Sammenfatning: lovgivers ansvarsfrie periode

agere relativt hurtigt i én sag frem for en anden falder ind under institutions skøn.⁷⁰⁴ Dette skøn over, hvornår en adfærd er så problematisk, at sagen skal indbringes for EU-Domstolen genfindes ikke, for så vidt angår, hvornår en retstilstand »har været ved«, til trods for at der er afsagt en dom i en præjudicial sag, og adfærden dermed i sig bliver ansvarspådragende for staten.

Det er min vurdering, at erstatningsansvaret indtræder på et tidligere tidspunkt end der, hvor varigheden udløser en bødesag efter TEUF artikel 260, stk. 2. Det synspunkt støtter jeg på det faktum, at EU-Domstolen i samtlige bødesager har fundet, at overtrædelsen har været ved i et »betydeligt tidsrum« (»the breach persisted for a considerable period«), hvilket sammenholdt med »så hurtigt som muligt« (»as soon as possible«) rent ordlydsfortolket må antages at udgøre en kortere periode. Med andre ord udgør varigheden efter TEUF artikel 260, stk. 2, den øvre grænse for varigheden af uoverensstemmelser mellem national ret og EU-retten.

I forhold til anvendelse 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 på 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 kan gøres gældende, som f.eks. Kommissionens medvirkende til retsvildfarelsen eller manglende ændring af de EU-retlige regler fra EU-lovgiver).

Det vil naturligvis i sidste ende afhænge af det konkrete politikområde og de forskellige momenter i forhold til grovheden af overtrædelsen, som behandlet ovenfor. Denne opdeling i perioder harmonerer også med andre EU-retlige omstillingsperioder, som f.eks. implementeringsfristen efter vedtagelsen af EU-direktiver.

Det kan sammenfattende konkluderes, at lovgivers samlede reaktionstid kan inddeles i følgende delperioder A, der udgør det lovforberedende 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 er det tidsrum,

704. Således afviste EU-Domstolen Sveriges anbringende i IPPC-sagen (C-243/13 – Kommissionen mod Sverige), hvor det fremgår i pr. 58, at de korte frister, som Kommissionen har anvendt i den foreliggende sag – navnlig perioden på 13 måneder mellem dommen om traktatbrud i henhold til TEUF artikel 258 og i henhold til 260, stk. 2 – og som Sverige henviser til, minder EU-Domstolen om at Kommissionens beslutning om at reagere relativt hurtigt falder ind under denne institutions skøn.

Kapitel 5. Konsekvenser for medlemsstaten for mangelfuld opfyldelse ...

som fremgår af ikrafttrædelsesbestemmelsen, som kan indeholde bestemmelser om tilbagevirkende kraft (illustreret på følgende måde):

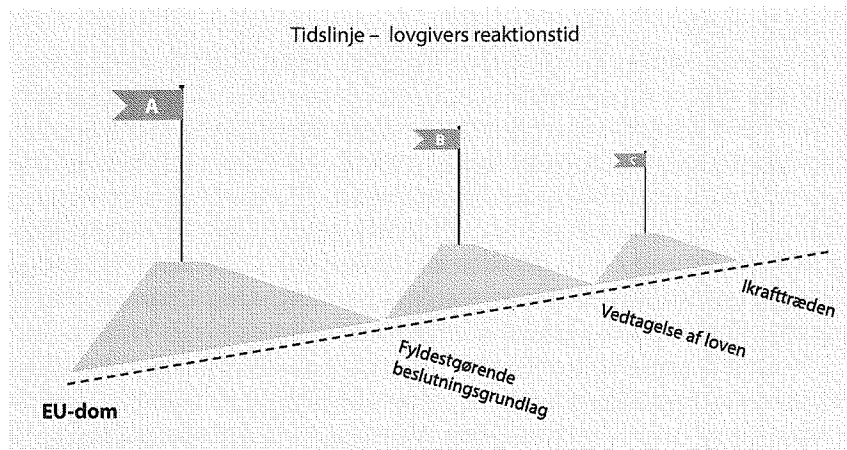


Illustration: Kornmaaler Graphic Design (2020).

Først ved ikrafttrædelsen er den EU-stridige retstilstand bragt til ende. Højesterets praksis i *CO-industri* kan udlægges til, at lovgiver efter at være bibragt et fyldestgørende grundlag skal reagere hurtigt, dermed sproget om »legitim« forsinkelse. Det kan overvejes, om det samme gælder i det øjeblik, hvor den ansvarlige minister er bibragt et retlig vurdering af overtrædelsen. Om det i så fald vil være nødvendigt at fremsætte en midlertidig lov, indtil et endeligt fyldestgørende beslutningsgrundlag er tilvejebragt.

5.9. Samlet konklusion – konsekvenser for medlemsstaten og retsmidler

Afslutningsvis vil jeg samle op på hele kapitlet om de konsekvenser, som medlemsstaten kan blive mødt med ved en mangelfuld opfyldelse af EU-retten. En væsentlig reaktion, som medlemsstaten kan blive mødt med, er traktatbrudssøgsmål for overtrædelse af EU-retten. Det er ikke mange sager, som i Danmark rent faktisk ender ved EU-Domstolen, men hvis de gør, så skyldes det en retlig uenighed mellem Kommissionen og Danmark om forståelsen af EU-retten.

5.9. Samlet konklusion – konsekvenser for medlemsstaten og ...

Nyere retspraksis fra EU-Domstolen har vist, at også medlemsstatens domstole kan blive dømt for traktatbrud (symboliseret ved den grå pil i figur nf.), såfremt forpligtelsen til at forelægge præjudicielt i tilfælde af tvivl om forståelsen af EU-retten tilsidesættes. Der er ikke tale om et retsmiddel, som borgerne kan anvende for at håndhæve deres EU-rettigheder, da det alene er Kommissionen og andre medlemsstater efter TEUF artikel 259, der kan anlægge traktatbrud.

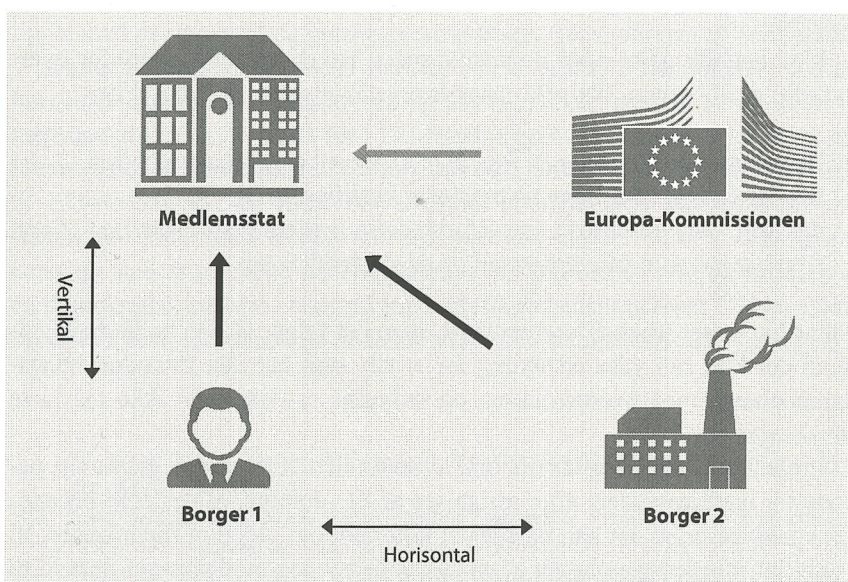


Illustration: Kornmaaler Graphic Design (2020).

I forhold til mulige konsekvenser for medlemsstaten vil et erstatningskrav rettet mod staten derimod være et retsmiddel, som tilkommer borgerne (symboliseret ved de sorte pile) enten fra borger 1, som ønsker at påberåbe sig rettigheder efter EU-retten eller fra borger 2 – det kunne være en virksomhed – som har indrettet sig efter national lovgivning. Omdrejningspunktet i kapitlet har været ansvarsgrundlaget for sådan et krav rettet mod staten i dens egenkab af lovgiver.

Det er konstateret, at staten er rette sagsøgte i horisontale retsforhold, hvor der består en lovkonflikt mellem EU-ret og national ret. Denne analyse handlede primært om, hvem af de to involverede borgere som i første række skulle bære tabet for en EU-stridig lovgivning. Det følger af EU-retten, at tabet i

Kapitel 5. Konsekvenser for medlemsstaten for mangelfuld opfyldelse ...

sidste ende kan overvæltet på staten. Denne model svarer også til det, der gælder i forhold til andre folkeretlige forpligtelser (ud fra en betragtning om, at lovgiver er nærmest til at bære tabet).

Det kan på baggrund af retspraksis konkluderes, at der er normsammenfald mellem dansk ret og EU-retten, når det angår ansvarsgrundlaget. Det betyder ikke, at der ikke er tale om to selvstændige regelsæt, men alene at det, for så vidt angår lovgivers ansvar, ikke er nødvendigt at foretage en særskilt bedømmelse af, om lovgivers adfærd har været ansvarspådragende efter dansk ret, hvis det kan konstateres, at de EU-retlige betingelser for ansvar er opfyldte.

Med henblik på at opnå dom over staten for et erstatningskrav for overtrædelse af EU-retten, skal alle erstatningsbetingelserne være opfyldte:

- Bestemmelsen skal have til formål at tillægge borgerne rettigheder,
- tilsidesættelsen skal være tilstrækkelig kvalificeret, og
- der skal være en direkte årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen af den forpligtelse, som påhviler staten og de skadelidtes tab.

Fokus har været på ansvarsgrundlaget, men det følger af den tredje betingelse, at der kun kan ydes erstatning for et tab, som har den fornødne årsags-sammenhæng med overtrædelsen, og indirekte at skadelidte ikke må have advist egen skyld.⁷⁰⁵

I relation til undersøgelserne om, hvorvidt der eksisterer en ansvarsfri periode for medlemsstaten, efter afsigelsen af EU-domme, er det, som behandlet, konkluderet, at der kan udledes et kriterium om »legitim forsinkelse«, jf. afsnit 5.8. Vurderingen består af en række hensyn og modhensyn i forhold til at estimere overtrædelsens grovhed og varighed, der samlet udgør vurderingen af, om medlemsstaten har reageret »så hurtigt som muligt«, som det fremgår af Jonkman-sagen.

Afslutningsvist kunne det i forhold til konsekvenser for medlemsstaten overvejes, om TEU artikel 7 om suspension af visse rettigheder, der følger af medlemskab af Unionen, kunne have været inddraget i forhold til mulige konsekvenser for medlemsstaten. I den forbindelse er de verserende sager imod Ungarn⁷⁰⁶ og Polen relevante, hvor der endnu alene er fremsat forslag

705. Peter Pagh, Søren Højgaard Mørup & Niels Fenger (red.): *Offentlige myndigheders erstatningsansvar* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017). s. 150-154.

706. Europa-Parlamentets beslutning af 12. september 2018 om et forslag om at opfordre Rådet til i henhold til artikel 7, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Union, at fast-

5.9. Samlet konklusion – konsekvenser for medlemsstaten og ...

til afgørelse, i hvilket generaladvokaten foreslår, at Polen dømmes for tilsidesættelse af:

»forpligtelser i henhold til artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU, idet den har nedsat pensionsalderen for dommere ved den øverste domstol og anvendt den på dommere udnævnt til dommere i denne domstol før den 3. april 2018, og idet den har givet præsidenten for Republikken Polen ret til at forlænge den aktive retslige tjeneste for dommere ved den øverste domstol.«⁷⁰⁷

Fra et nationalt perspektiv er overtrædelsen i *Ajos* meget begrænset sammenlignet med de ungarske og polske overtrædelser. Behandlingen af TEU artikel 7 sammenholdt med Unionens værdier i TEU artikel 2 harmonerer med afhandlingens tema om retssikkerhed og demokrati i en retsstat. I forhold til en nærmere afklaring af, hvad der i EU-retten ligger i retsstatsprincippet, så har Kommissionen sendt følgende »soft law«-kommunikation COM(2019) 163 til EU-parlamentet og rådet om »Further strengthening the Rule of Law within the Union State of play and possible next steps«.⁷⁰⁸ Det kunne være et naturligt sted at fortsætte undersøgelserne om forholdet til og eksistensen af en demokratisk retsstat i samspil med retssikkerhedsprincippet.⁷⁰⁹ Det falder imidlertid uden for rammerne af denne afhandling at afdække dette yderligere.

slå, der er en klar fare for, at Ungarn groft overtræder de værdier, som Unionen bygger på (2017/2131(INL)).

707. Rass Holdgaard & Mads Peder Brøchner Jespersen: »Højspændt forhold mellem den polske regering og Kommissionen«, i *Advokaten* nr. 7 2018, s. 36 ff. Se i den forbindelse sag C-619/18, Kommissionen mod Polen ECLI:EU:C:2019:325, hvor der den 11. april 2019 er samt tre verserende sag fra polske domstole om princippet om effektiv retsbeskyttelse og retsstatsprincippet, sag C-522/18, sag C-558/18 og sag C-563/18, der endnu ikke er afgjort, der handler. Endvidere kan fremhæves de forenede sager C-202/18 og C-238/18, Ilmārs Rimšēvičs og ECB mod Letland, ECLI:EU:C:2019:139 som også behandlet af Daniel Sarimiento: »Crossing the Baltic Rubicon«, <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2019/03/04/crossing-the-baltic-rubicon/>, 4. marts 2019, hvor EU-Domstolen annullerede en afgørelse truffet af det nationale kontor for forebyggelse og bekæmpelse af korruption i Letland.
708. Communication from the Commission of 3 April 2019, COM(2019) 163 final: »Further strengthening the Rule of Law within the Union State of play and possible next steps«.
709. Hvilket jeg har fået rig mulighed for, som led i mit efterfølgende virke på Københavns Universitet tilknyttet Horizon 2020-projektet »DEMOS« (Democratic Efficacy and the Varieties of Populism in Europe), som hhv. postdoc. og efterfølgende tenure-track-adjunkt.

Karsten Engsig Sørensen
Jens Hartig Danielsen

EU-Retten

7. rev. udgave



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2019

Kapitel 6. EU-rettens virkning i national ret

Domstolen påpeger flere forhold, som kan få betydning for en begrænsning af en afgørelses virkninger. Når Domstolen tager hensyn til afgørelsens alvorlige konsekvenser, må det som udgangspunkt kræves, at det er alvorlige (økonomiske) følger for private og ikke myndigheder. Domstolen har således i flere afgørelser været afvisende over for at tage hensyn til de finansielle følger, en afgørelse kan have for medlemsstaterne. Domstolen accepterede således ikke at begrænse afgørelsens tidsmæssige virkning i den danske ambi-sag, jf. sag C-200/90, *Dansk Denkvit*, selvom afgørelsen om tilsidesættelse af ambi-afgiften ville få alvorlige konsekvenser for den danske stats økonomi og yderligere ville skabe problemer for det danske domstolssystem.⁶⁶

Der tages også hensyn til, hvor klar retsstillingen har været, herunder om der allerede forelå en klar retspraksis, som ikke efterlod tvivl om indholdet af de EU-retlige forpligtelser.⁶⁷ Kommissionens adfærd kan kun i begrænset omfang anses til støtte for en begrænsning af afgørelsens tidsmæssige virkning. Det kan således ikke antages, at Kommissionens passivitet, herunder dens manglende håndhævelse, i sig selv er nok til at begrænse den tidsmæssige virkning. Kommissionens adfærd er kun relevant, hvor Kommissionen positivt har bestyrket den fejlagtige retsopfattelse.⁶⁸ Endelig har Domstolen

66. Se også sag C-35/97, *Kommissionen mod Frankrig*, hvor Frankrig selv havde opgjort, at traktatbruddet ville koste 192 mio. franske franc. Domstolen har dog i en enkelt sag taget hensyn til det kaos, en tilbagebetaling vil skabe i kommunernes økonomi, jf. sag C-437/97, *Evangelischer Krankenhausverein Wien*, præmis 59.

67. Jf. således sag C-35/97, *Kommissionen mod Frankrig*, præmis 51.

68. Jf. sag C-437/97, *Evangelischer Krankenhausverein Wien*, præmis 58. I sag C-415/93, *Bosman*, begrænsede Domstolen ikke den tidsmæssige virkning af afgørelsen, hvorefter de såkaldte »udlændingeklausuler« udarbejdet af UEFA (som forpligtede fodboldklubberne til at begrænse antallet af udenlandske spillere) blev tilsidesat som stridende mod art. 45. Domstolen henviste til, at der ikke havde været grundlag for at antage, at disse regler var overensstemmende med art. 45 – dette til trods for, at det under sagen var oplyst, at Kommissionen havde deltaget i udarbejdelsen af reglerne og derved tilsyneladende accepteret dem. I samme sag accepterede Domstolen, at tilsidesættelse af transferreglerne, ligeledes udarbejdet af UEFA, skulle begrænses tidsmæssigt. Domstolen begrundede dette i den usikkerhed, der havde været om reglerens forenelighed med EU-retten, og tog herved også hensyn til, at mange transfers vedrorte retsforhold, der havde udtomt deres virkning. Herved tog Domstolen formodentlig hensyn til de alvorlige økonomiske konsekvenser, det ville have for mange klubber, hvis fodboldspillere efterfølgende kunne rejse erstatningskrav.

Se hertil også sag C-262/88, *Barber*, præmis 40 ff., hvor det var et vedtaget direktiv, der havde medvirket til at bibringe medlemsstaterne en forkert opfattelse af, hvordan art. 157 skulle fortolkes i relation til pensionsordninger.

4. EU-rettens forrang

lagt vægt på den særligt følsomme sociale kontekst, en kollektiv overenskomst indgår i.⁶⁹

Hvis medlemsstaterne ønsker at nedlægge påstand om en tidsmæssig begrænsning af en fortolkning, skal de gøre det i den dom, hvor Domstolen første gang bliver forelagt fortolkningen. Domstolen har således afvist at tage stilling hertil i efterfølgende domme.⁷⁰

Selvom Domstolen ikke begrænser en afgørelse tidsmæssigt, kan medlemsstaterne håndhæve de almindelige forældelsesfrister samt processuelle søgsmålsfrister, også selvom dette indirekte indebærer en tidsmæssig begrænsning af Domstolens afgørelser. Det er dog en betingelse, at der ikke fastsættes frister, som er mindre gunstige end de regler, der gælder for tilsvarende søgsmål efter national ret, og fristerne må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssig vanskeligt at udøve rettighederne i henhold til EU-retten, jf. ækvivalens- og effektivitetsprincippet.⁷¹

4. EU-rettens forrang

4.1. Forrangsprincippets indførelse

Domstolen har fastslået, at EU-retten har forrang frem for national ret. Dette blev første gang fastslået i Domstolens afgørelse i sag 6/64, *Costa mod ENEL*:

I 1962 gennemførte man i Italien en nationalisering af elektricitetsindustrien. Costa mente, at denne nationalisering var i strid med en række af traktatens bestemmelser, hvorfor han nægtede at betale en beskeden elregning. Under den efterfølgende retssag ved en italiensk domstol blev spørgsmålet, om hvorvidt den italienske nationaliseringslov var i strid med traktaten, forelagt Domstolen.

Den italienske regering hævdede, at forelæggelsen overhovedet ikke skulle realitetsbehandles, idet en national retsinstans var forpligtet til at anvende national lovgivning – underforstået at national lov havde forrang frem for EU-retten.

69. Jf. forenede sager C-25/14 og C-26/14, *UNIS*, præmis 52.

70. Jf. sag C-292/04, *Meilicke*.

71. Jf. eksempelvis sag C-231/96, *Edis*. På baggrund af afgørelsen i sag C-208/90, *Emmott*, blev det i en årrække antaget, at medlemsstater ikke kunne påberåbe sig sådanne søgsmåls- og forældelsesfrister, så længe direktivet ikke er gennemført korrekt. Domstolen har imidlertid efterfølgende fastslået, at afgørelsen i *Emmott* var begrundet i sagens særlige omstændigheder, hvorfor der ikke normalt vil være noget i vejen for, at medlemsstaterne håndhæver frister, selvom de ikke har gennemført direktivet korrekt, jf. hertil sag C-188/95, *Fantask*.

Kapitel 6. EU-rettens virkning i national ret

I sine præmisser gentog Domstolen, at traktaten indfører en særlig retsorden, hvorved medlemsstaterne har begrænset deres suverænitet, jf. således allerede præmisserne i sag 26/62, *van Gend en Loos*. Domstolen fastslog herefter princippet om EU-rettens forrang med følgende begrundelse (præmisserne ikke nummereret):

»af denne integration i hver medlemsstats retssystem af bestemmelser, som hidhører fra fællesskabsretskilden, og mere generelt af traktatens ordlyd og ånd følger det logisk, at medlemsstaterne ikke kan gøre en senere ensidig foranstaltning gældende imod en retsorden, som de har accepteret på gensidig basis; en sådan foranstaltning vil således ikke kunne gøres gældende imod denne retsorden;

hvis fællesskabsretten som følge af en senere national lovgivning havde forskellig gyldighed fra stat til stat, ville det bringe virkeliggørelsen af de i traktatens art. 5, stk. 2 [nu TEU art. 4] omhandlede mål i fare og ville indebære en efter art. 7 [nu art. 18]⁷² forbudt forskelsbehandling;«

Og efterfølgende opsummerede Domstolen:

»af alt dette fremgår det, at den af traktaten affødte ret, der hidhører fra en autonom retskilde, på grund af sin selvstændige natur retligt må gå forud for en hvilken som helst national bestemmelse, idet den ellers ville miste sin fællesskabskarakter, og idet selve retsgrundlaget for Fællesskabet ellers ville være bragt i fare;«

I afgørelsen fastslår Domstolen et generelt princip om EU-rettens forrang frem for national ret. Afgørelsen er særligt begrundet i ønsket om at sikre EU-rettens effektivitet og ensartede anvendelse i medlemsstaterne. Hvis EU-rettens forrang ikke gjaldt, ville traktaterne og EU-retsakterne have forskellig virkning i medlemsstaterne, idet de ville være anvendelige i nogle medlemsstater, mens de skulle vige for modstridende nationale regler i andre. Denne retsstilling betragter Domstolen som uacceptabel, idet resultatet ville være en forskelsbehandling af medlemsstaternes statsborgere, jf. henvisningen til art. 18.

Domstolen koncentrerer sig om den situation, hvor en senere national lov strider mod EU-retten. Dette hænger sammen med, at andre former for konflikter normalt vil kunne løses til fordel for EU-retten ved anvendelsen af almindelige lovkonfliktregler. Af *lex posterior*-princippet følger, at en ældre national lov må vige for en yngre EU-regel. Ligeledes betyder *lex superior*-princippet, at en national administrativ praksis må vige for en EU-retsakt. Tilbage står den konflikt, hvor en yngre national lov strider mod en EU-regel.

72. Om bestemmelsen se yderligere nedenfor i kapitel 8, afsnit 2.2.

4. EU-rettens forrang

Men EU-rettens forrang gælder ikke alene i forhold til nationale love. Den gælder også i forhold til nationale afgørelser, bekendtgørelser, folkeretlige forpligtelser⁷³ og mest kontroversielt nationale grundlove, jf. straks nedenfor.

Domstolens afgørelse betyder, at Domstolen altid vil fastholde EU-rettens forrang i sager, som forelægges den. Et andet spørgsmål er, om nationale domstole også er parate til at acceptere forrangsprincippet. Normalt vil konflikten mellem EU-retten og national lov dog ikke være direkte tilsigtet, og i disse situationer forekommer det mere sandsynligt, at de nationale domstole vil respektere forrangsprincippet. I den danske grundlovssag, som verserede i forbindelse med tiltrædelsen til Maastrichttraktaten, synes Højesteret at acceptere forrangsprincippet, dog med forbehold for at EU-retten ikke har forrang frem for grundloven, og med forbehold for at EU-retsakten ikke overskrider grænserne for den ved tiltrædelsesloven afgivne suverænitet.⁷⁴ Spørgsmålet er dog meget omdiskuteret i teorien, hvor man særligt har diskuteret, om EU-retten har forrang frem for en nyere dansk lov.⁷⁵ Indtil videre synes såvel de danske domstole som andre retshåndhævende organer at respektere forrangsprincippet.⁷⁶

73. Se bl.a. sag C-345/89, *Stoeckel* og sag C-466/98, *Kommissionen mod Storbritannien*. Der findes dog en særlig undtagelse for traktater, indgået inden en medlemsstat tiltrådte EOF/EF/EU, jf. TEUF art. 351.

74. Jf. hertil UfR 1998.800 H, præmissernes pkt. 9.2 og 9.6.

75. For en gennemgang af denne diskussion se Jens Hartig Danielsen: *Suverænitetssafgivelse*, 1999, s. 349 ff.

76. Der er få eksempler på, at danske domstole har tilsidesat en dansk lov, fordi den strider mod EU-retten, jf. dog UfR 1994.941 V og UfR 2012.2247 O. Der er dog mange sager, hvor det er forudsat, at forrangsprincippet vil blive anvendt, men hvor det ikke bliver aktuelt. Dette kan skyldes, at man konstaterer, at loven ikke er i strid med EU-retten, jf. eksempelvis UfR 2000.2232 H og UfR 2001.1705 H. I andre sager konstateres det under en præjudiciel forespørgsel for Domstolen, at der foreligger en konflikt, men så vælger den danske stat at tage bekræftende til genmæle, inden domstolen kan nå at tilsidesætte loven. Dette var eksempelvis tilfældet i ambi-sagen, jf. UfR 1994.430 H.

Herudover har eksempelvis Landskatteretten tilsidesat personskatteovens § 14 (se kendelsen offentliggjort i *Skat Udland*, 2002, 80) ligesom den faglige voldgift i flere tilfælde har gennemført forrangsprincippet i relation til arbejdsretlige love, jf. eksempelvis *Faglig Voldgiftkendelse* 21. oktober 1999, CO-industri for SID mod DI for LM Glasfiber. For en nærmere gennemgang, af hvordan forrangsprincippet har været anvendt i Danmark, se Birgitte Egelund Olsen i Olsen & Engsig Sorensen (red.), s. 373 ff.

Kapitel 6. EU-rettens virkning i national ret

4.2. Konflikter med nationale grundlove

Det mest omdiskuterede aspekt af forrangsprincippet er, at det efter Domstolens opfattelse også indebærer, at EU-retten har forrang frem for de **nationale grundlove**. Dette fremgår allerede af Domstolens absolutte formulering af forrangsprincippet i *Costa mod ENEL*, men er i senere afgørelser også fastslået udtrykkeligt.⁷⁷ Domstolen støtter igen resultatet på hensynet til EU-rettens effektivitet, idet Domstolen ikke vil acceptere, at medlemsstaterne bevarer kompetencen til selv at tilsidesætte EU-regler – selv ikke hvor konflikten foreligger i forhold til grundrettigheder eller lignende indeholdt i de nationale grundlove. Dette aspekt af forrangsprincippet har været vanskeligt at acceptere for en del medlemsstater.⁷⁸ I Danmark har Højesteret som ovenfor nævnt fastslået, at EU-retten ikke kan have forrang frem for den danske grundlov, allerede fordi grundlovens § 20 ikke gør det muligt at overdrage en så vidtgående kompetence til EU.⁷⁹ Man kan med rette stille spørgsmålstejn ved, om det reelt er en fare for EU-rettens effektivitet og ensartede anvendelse, at medlemsstaterne forbeholder sig retten til at prøve, om der foreligger en krænkelse af deres grundlove.

Domstolen valgte imidlertid en pragmatisk løsning, der indebærer, at det er mindre sandsynligt, at der opstår en sådan konflikt. Domstolen valgte således at erklære de nationale grundrettigheder for en del af EU-retten. Dette skete i erkendelse af, at traktaten ikke som »andre« grundlove på daværende tidspunkt indeholdt sådanne rettigheder, hvorfor EU-retten på dette punkt måtte søge inspiration i medlemsstaternes retssystemer. Senere har Domstolen også erklæret, at de grundrettigheder, der findes i internationale traktater om beskyttelse af menneskerettigheder, som er tiltrådt af medlemsstaterne, er en del af EU-retten.⁸⁰ Med vedtagelsen af Lissabon-traktaten ophøjede man Charteret om grundlæggende rettigheder til at have samme værdi som traktaterne, jf. TEU art. 6, stk. 1, og de grundrettigheder, der findes heri, synes at

77. Konflikten forelå første gang i sag 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

78. En oversigt over retsstillingen i forskellige medlemsstater på dette punkt findes hos Craig & de Búrca, s. 278 ff., samt Karen J. Alter: *Establishing the Supremacy of European Law*, 2002. Mest kendt herhjemme er nok den tyske Bundesverfassungsgerichts afgørelser fra henholdsvis 1974 og 1986 (ofte omtalt som Solange I og II) og den senere afgørelse fra 1993 afsagt ved tiltrædelsen af Maastrichttraktaten, se bl.a. omtalen hos Ole Krarup, UfR 1994 B 75 ff.

79. Se hertil også UfR 2003.1328 H, hvor Højesteret fastslog, at Kommissionens beslutning om at foretage kontrolundersøgelser hos danske virksomheder ikke var i strid med nationale bestemmelser med grundlovsrang.

80. Således sag 44/79, *Hauer*, præmis 15.

4. EU-rettens forrang

have overtaget den funktion, som de tidligere domstolsskabte grundrettigheder havde.

Ved at gøre disse grundrettigheder til en del af EU-retten har Domstolen sikret sig muligheden for at tilsidesætte EU-retsakter som ugyldige efter art. 263, hvor grundrettighederne er krænkede. Derved »fjernes« konflikten mellem EU-retten og de nationale grundlove. Domstolen har også brugt grundrettighederne ved fortolkning af EU-retten for på denne måde at afhjælpe potentielle konflikter af denne type.⁸¹

Det kan dog ikke udelukkes, at der forsat kan opstå konflikter mellem EU-retten og de nationale grundlove. Det er således ikke alle medlemsstaternes enkelte grundrettigheder, der er blevet en del af EU-retten. Derfor kan der være enkelte grundrettigheder, som Domstolen vælger ikke at acceptere.⁸² En konflikt kan ligeledes opstå, hvor Domstolens fortolkning af de enkelte grundrettigheder er mere snæver end den fortolkning, der anlægges af de nationale (forfatnings-) domstole. Domstolen vil således ikke acceptere, at andre domstole er kompetente til at behandle spørgsmålet om, hvorvidt en EU-retsakt er i overensstemmelse med grundrettighederne.⁸³ Derfor kan det ikke udelukkes, at forrangsproblemet på et tidspunkt bliver sat på spidsen.

4.3. Processuelle aspekter af gennemførelsen af forrangsprincippet

De nationale domstoles håndhævelse af EU-rettens forrang må som udgangspunkt følge de processuelle regler, der findes i national ret. Domstolen stiller dog visse krav, jf. ækvivalens- og effektivitetsprincippet. I sag 106/77, *Simenthal*, fastslog Domstolen således, at enhver national domstol, uanset modstridende nationale regler, skal håndhæve forrangsprincippet:

Baggrunden for sagen var, at en italiensk domstol tidligere havde forelagt Domstolen spørgsmålet om, hvorvidt visse italienske sundhedslove var i strid med EU-retten. På baggrund af svaret statuerede den italienske domstol, at de italienske love var i strid med EU-retten, hvorfor dommeren tilsidesatte disse. Den italienske regering ville dog ikke acceptere dette, idet den italienske forfatningsdomstol ifølge sin egen praksis var den eneste instans, der kunne tilsidesætte italienske love. Den nationale dommer forespurgte herefter igen Domstolen med henblik på at få afklaret, om det var foreneligt med EU-retten at

81. Jf. således eksempelvis sag 36/75, *Rutili*, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention blev anvendt til at fortolke traktatens art. 45, stk. 3, indskrænkende.
82. Dette skete således i sag 46/87 og 227/88, *Hoechst*, hvor Domstolen ikke ville acceptere, at der eksisterer krav om, at ransagninger af erhvervslokaler alene kan ske, hvor der findes en retskendelse – selvom en sådan grundrettighed fandtes i den tyske forfatning, jf. herved generaladvokat Mischos forslag til afgørelse, Saml. 1989, s. 2886.
83. Jf. sag 314/85, *Foto-Frost*, præmis 15.

Kapitel 6. EU-rettens virkning i national ret

begrænse den enkelte nationale dommers mulighed for at håndhæve forrangsprincippet. Af Domstolens afgørelse følger, at hensynet til EU-rettens effektivitet – samt særligt det forhold, at art. 267 tillader alle nationale domstole at rette forespørgsler – betyder, at enhver national domstol har pligt til at anvende EU-retten fuldt ud, herunder også håndhæve forrangsprincippet.

I sag C-432/05, *Unibet*, understregede Domstolen, at selvom EU-retten ikke skaber andre søgsmålmuligheder, end dem der findes i national ret, forholder det sig anderledes, hvis der slet ikke findes noget retsmiddel, der gør det muligt for borgeren at sikre sine rettigheder. Det må betyde, at der skal være en søgsmålstype, hvor det er muligt at gøre forrangsprincippet gældende.

I sag C-213/89, *Factortame I*, fastslog Domstolen, at de nationale domstole efter omstændighederne skal træffe foreløbige forholdsregler, herunder suspendere national lovgivning, hvor sådanne forholdsregler er nødvendige for at sikre, at den senere endelige afgørelse får fuld virkning. Hvor foreløbige forholdsregler er nødvendige, giver EU-retten således hjemmel til deres iværksættelse, selvom der ikke i national ret findes en sådan hjemmel.⁸⁴ Domstolen har efterfølgende også accepteret, at de nationale domstole kan iværksætte foreløbige retsmidler, herunder suspension, over for EU-retsakter, hvor der er begrundet tvivl om retsakternes gyldighed.⁸⁵

Endelig har Domstolen fastslået, at en national domstol så vidt muligt skal tilsidesætte en voldgiftskendelse, som har undladt at anvende relevante EU-retslige regler.⁸⁶ I den konkrete sag havde en voldgift undladt at anvende traktatens art. 101 om konkurrencebegrænsende aftaler, og Domstolen mente, at dette var udtryk for, at ufravigelige retsgrundsætninger var tilsidesat, hvorfor den nationale domstol skulle udnytte muligheden for at tilsidesætte kendelsen på grundlag af en ordre public-bestemmelse i national ret. Da der findes en tilsvarende ordre public-bestemmelse i den danske voldgiftslovs § 37, vil de danske domstole være forpligtede til at tilsidesætte voldgiftskendelser efter en af parternes begæring, såfremt tilsvarende centrale EU-retlige bestemmelser er tilsidesat af voldgiftsretten.

84. Delvist på baggrund af denne afgørelse har den danske Højesteret fastslået, at danske domstole, uanset at der ikke eksisterer nogen lovhjemmel, har mulighed for at iværksætte foreløbige forholdsregler over for såvel administrative afgørelser som love, jf. UfR 1994.823 HK samt UfR 1995.634 HK. Forstnævnte kendelse er kommenteret af højesteretsdommer Walsoe i UfR 1995 B 128 ff.

85. Jf. sag C-143/88, *Zuckerfabrik Süderithmarschen*. Se yderligere Werlauff & Henrik S. Oe i UfR 1996 B 495 ff.

86. Jf. sag C-126/97, *Eco Swiss*.

Kapitel 6. EU-rettens virkning i national ret

søge tilbagebetaling direkte hos myndighederne.⁹⁸ Tidligere var det praksis i Danmark at afvise tilbagebetaling til senere omsætningsled. Men i en sag fra Vestre Landsret i 2014 blev det fastslået, at mulighederne, for at efterfølgende omsætningsled kan rette et krav mod den afgiftspligtige, henstår som usikre, hvorfor landsretten mente, at de senere omsætningsled i overensstemmelse med effektivitetsprincippet skulle have mulighed for at søge om tilbagebetaling direkte hos SKAT.⁹⁹ Efterfølgende har SKAT ændret praksis, således at de i videre omfang åbner op for, at senere omsætningsled kan søge tilbagebetaling direkte hos SKAT.¹⁰⁰

Hvis en borger kan gøre et tilbagebetalingskrav gældende, vil dette i mange tilfælde gøre det unødvendigt at overveje, om der er grundlag for erstatning, fordi tilbagebetalingen kompenserer for skaden.¹⁰¹ Det er dog muligt, at rentetabet ikke opstår som et accessorisk spørgsmål, men som et selvstændigt erstatningsspørgsmål, og i dette tilfælde skal spørgsmålet afgøres efter de nedenfor gennemgåede erstatningsregler.¹⁰²

6. Medlemsstaternes erstatningsansvar

Spørgsmålet, om hvorvidt medlemsstaterne pådrager sig erstatningsansvar ved manglende iagttagelse af deres forpligtelser i henhold til EU-retten, har siden 1991 været behandlet i en række sager forelagt Domstolen. Traktaten indeholder ingen regler om medlemsstaternes erstatningsansvar, i modsætning til institutionernes ansvar, som er reguleret i art. 268 og 340. Som udgangspunkt skulle man derfor antage, at medlemsstaternes eventuelle ansvar over for private skal bedømmes i henhold til national ret. Domstolen har dog fastslået, at medlemsstaternes erstatningsansvar i et vist omfang følger direkte af EU-retten, og derved har Domstolen igen tilgodeset hensynet til EU-rettens effektivitet.

98. Jf. sag C-35/05, *Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH*, præmis 39-41, samt sag C-94/10, *Danfoss A/S*, præmis 27-28. I sidstnævnte sag fastslog Domstolen også, at medlemsstaterne kan give afslag på at yde erstatning til disse forbrugere/erhvervsdrivende under henvisning til manglende årsagsforbindelse.

99. Jf. SKM2014.44.VLR.

100. Se hertil SKATs retningslinjer for tilbagebetaling af beløb opkrævet i strid med EU-retten, 2015-11-25 nr. 11157. Dette efterlader stadig en række problemstillinger i dansk ret, jf. nærmere Claus Bohn & Casper B. Eskildsen i TfS 2016, 184.

101. Jf. sag C-150/99, *Stockholm Lindöpark AB*, præmis 35.

102. Jf. hertil sagerne C-397/98 og C-410/98, *Metallgesellschaft*, præmis 87 ff., sag C-524/04, *Thin Cap*, præmis 110 ff., samt sag C-201/05, *CFC*, præmis 108 ff.

6. Medlemsstaternes erstatningsansvar

6.1. Ansvarsbetingelserne¹⁰³

Domstolens praksis vedrørte i første omgang spørgsmålet om, hvorvidt medlemsstaterne kan pådrage sig erstatningsansvar ved at undlade at implementere direktiver. Et sådant ansvar blev første gang fastslået i de forende sager C-6 og 9/90, *Francovich*.¹⁰⁴ Denne afgørelse kan mest naturligt ses som endnu en måde at sikre direktivers effektivitet på. Såfremt en privat ikke kan sikres sin retsstilling, som følge af at direktivet er umiddelbart anvendeligt, eller dog under henvisning til fortolkningsforpligtelsen, har den private krav på erstatning fra medlemsstaten.

Domstolens præmisser i *Francovich* antydede dog, at medlemsstaterne mere generelt kunne ifalde ansvar, når private led tab som følge af medlemsstatens overtrædelse af EU-retten. At det forholdt sig sådan, blev fastslået i de forenede sager C-46 og 48/93, *Brasserie du Pêcheur og Factortame III*:

Sagerne vedrørte sagsforhold, som tidligere havde været forelagt Domstolen. Den første sag udsprang således af Domstolens afgørelse i sag 178/84, *Kommissionen mod Tyskland*, vedrørende det tyske Reinheitsgebot. I denne sag blev den tyske lovgivning erklæret uforenelig med traktatens art. 34 om varenes frie bevægelighed, idet den forhindrede udenlandske producenter af ol i at anvende betegnelsen »Bier« ved salg i Tyskland, ligesom der var et generelt forbud mod salg af ol, der indeholder tilsætningsstoffer.¹⁰⁵ *Brasserie du Pêcheur* var et fransk bryggeri, der i perioden 1981-87 havde opgivet at eksportere ol til Tyskland netop pga. den tyske lovgivning. Under denne sag krævede bryggeriet erstatning for den mistede fortjeneste, det mente at kunne konstatere som følge af Tysklands tilside sættelse af traktatens regler.

Det andet sagsforhold vedrørte den tidligere engelske lovgivning, som havde begrænset adgangen til de engelske fiskekvoter. Den engelske lovgivning var i strid med traktatens etableringsregler.¹⁰⁶ Den indebar, at en række spanske fiskere ikke havde haft adgang til

103. Litteraturen herom er omfattende. Der kan bl.a. henvises til Nina Holst-Christensen & Christian Karhula Lauridsen i UfR 1996 B 257 ff., Lars Kjolbye i EU-ret & Menne-skeret, 1997, s. 1 ff., Jonas Christoffersen & Niels Bang Sorensen i UfR 1998 B 165 ff., van Gerven i International and Comparative Law Quarterly, 1996, s. 507 ff., Jane Convery i Common Market Law Review, 1997, s. 603 ff., Norbert Reich i Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht, 1996, s. 709 ff., Nicolai Norrbom i Justitia, 2006, nr. 4, s. 49 ff., Nartina R. Deckert i Europarecht, 1997, s. 203 ff., Niels Fenger: s. 933 ff., Sacha Prechal i European Business Law Review, 2006, s. 299 ff., Roy W. Davis i European Law Review, 2006, s. 69 ff., Dimitra Nassimpian i European Law Review, 2007, s. 819 ff., Georgios Anagnostaras i European Law Review, 2006, s. 735 ff., samt Tobias Lock i Common Market Law Review, 2012, s. 1675 ff.

104. Når Domstolen for afsigelsen af *Francovich* havde henvist til medlemsstaternes eventuelle ansvar, synes det forudsat, at erstatningsansvaret skulle bedømmes i henhold til national ret, jf. særligt sag 60/75, *Russo*, præmis 9.

105. Afgørelsen er nærmere omtalt nedenfor i kapitel 9, særligt afsnit 4.2.2.2.

106. Jf. herved sag C-221/89, *Factortame II*.

Kapitel 6. EU-rettens virkning i national ret

kvoterne, og det var den manglende indtjening i denne periode, som var genstand for søgsmålet.

I begge sager havde de nationale domstole konstateret, at såfremt erstatningsansvaret skulle bedømmes i henhold til national erstatningsret, ville der formodentlig ikke kunne konstateres noget erstatningsansvar. Baggrunden var, at efter såvel engelsk som tysk ret bliver lovgivningsmagten kun ansvarlig i tilfælde, hvor der foreligger en grovere forsømmelse, og hvor der mere konkret er sket en krænkelse af individuelle rettigheder. De præjudicielle spørgsmål angik derfor spørgsmålet om, hvorvidt der efter EU-retten påhviler medlemsstaterne et erstatningsansvar.

Domstolen fastslog, at der i overensstemmelse med de generelle præmisser i *Franco-vich* gælder et generelt princip i EU-retten, hvorefter medlemsstaterne har pligt til at erstatte tab, som forvoldes borgerne ved tilsidesættelse af EU-retten. Dette erstatningsansvar begrundes igen i hensynet til at sikre EU-rettens effektivitet og ensartede anvendelse. Domstolen fastslog endvidere, at erstatningsansvaret er generelt, således at det gælder i alle tilfælde, hvor en medlemsstat har overtrådt EU-retten, uanset hvilket organ i medlemsstaten der har gjort sig skyldig i overtrædelsen, jf. præmis 32.¹⁰⁷

Konsekvensen af Domstolens præmisser er, at der eksisterer et ensartet erstatningsansvar, uanset om overtrædelsen af EU-retten skyldes handlinger eller

107. At Domstolen i præmis 22 knytter erstatningsansvaret til det forhold, at traktatens regler kan være umiddelbart anvendelige, giver anledning til at overveje, om private kan ifalde et tilsvarende erstatningsansvar for overtrædelse af traktaten. Der er således flere traktatbestemmelser, som har horisontal effekt, og hvor et sådant erstatningsansvar derfor kunne medvirke til at sikre bestemmelsernes gennemslagskraft. Det mest oplagte eksempel er konkurrencereglerne, som klart tilsigter at forpligte private, hvorfor man kunne argumentere for, at der påhviler disse et ansvar, der svarer til medlemsstaternes, jf. herved van Gerven i *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, særligt s. 530 ff., samt samme som generaladvokat i sag C-128/92, *Banks*.

Hidtil har Domstolen ikke fastslået, at der påhviler private et sådant erstatningsansvar. Derimod har Domstolen stillet krav om, at national ret åbner mulighed for, at et sådant erstatningsansvar kan gores gældende, jf. herved C-453/99, *Courage Ltd.* Dommen fastslår, at den fulde virkning af art. 101 vil blive bragt i fare, hvis national ret udelukker, at man kan søge erstatning for den skade, man har lidt pga. en virksomheds konkurrencebegrænsende adfærd. Dommen kan måske ses som et skridt i retning af, at Domstolen skaber et grundlag for, at private også kan blive erstatningsansvarlige. Se i denne retning også sag C-295-298/04, *Manfredi*, hvor Domstolen bl.a. understregede, at det var i strid med EU-retten at udelukke skadelidte fra at få erstatning for tabt fortjeneste og renter, jf. præmis 100. I stedet for at formulere en ny EU-retlig erstatningsregel for private synes Domstolen at foretrække at stille krav til national ret. For en analyse af denne praksis se W. van Gerven i *European Business Law Review*, 2006, s. 269 ff., Norbert Reich i *Common Market Law Review*, 2007, s. 705 ff., Sara Drake i *European Law Review*, 2006, s. 841 ff., Katri Havu i *European Law Journal*, 2012, s. 407 ff. samt Baskaran Balasingham i *European Competition and Regulatory Law Review*, 2017, s. 11 ff.

6. Medlemsstaternes erstatningsansvar

undladelser fra den offentlige forvaltning, fra lovgivningsmagten eller evt. en forkert anvendelse af EU-retten foretaget af de nationale domstole. Begrundelsen for et sådant generelt erstatningsansvar er, at privates mulighed for erstatning ikke skal være afhængig af, hvordan de enkelte medlemsstater internt har fordelt kompetencen mellem de forskellige organer. Dernæst fremgår det af dommens oplysninger vedrørende det mulige erstatningsansvar efter engelsk og tysk ret, at medlemsstaterne har meget forskellige (og restriktive) regler om lovgivers erstatningsansvar og vel næppe har regler om de nationale domstoles erstatningsansvar. Hensynet til EU-rettens effektivitet og ensartede anvendelse tilsiger således, at de grundlæggende minimumsbestemmelser for erstatning følger af EU-retten.¹⁰⁸

Ved fastlæggelsen af **betingelserne** for erstatningsansvaret tog Domstolen udgangspunkt i, at ansvaret måtte svare til det erstatningsansvar, der påhviler EU-institutionerne ved overtrædelse af EU-retten. Beskyttelsen af borgernes rettigheder ved overtrædelser af EU-retten kan således ikke variere, alt efter om overtrædelserne bliver begået af medlemsstaterne eller EU's institutioner. Efter Domstolens tidligere praksis begrænses institutionernes ansvar efter art. 268 og art. 340 særligt i de tilfælde, hvor der er overladt institutionerne en vis skønsbeføjelse, idet erstatningsansvar kun ifaldes, hvor grænserne for beføjelserne er åbenbart og groft overskredet.¹⁰⁹ Ved implementeringen af direktiver er der intet skøn for så vidt angår implementeringsfristen, idet denne ligger endeligt fast. Derfor bekræftede Domstolen, at medlemsstaternes manglende implementering altid vil være en åbenbar og grov overtrædelse af EU-retten.¹¹⁰ På andre områder vil medlemsstaten som oftest være overladt et

108. I det omfang enkelte medlemsstater måtte have erstatningsregler, der åbner videre muligheder for erstatningsansvar end indrommet efter EU-retten, kan private naturligvis påberåbe sig de nationale regler, jf. således udtrykkeligt præmis 66.

Umiddelbart synes de danske erstatningsregler at være mere restriktive end de EU-retlige, men der er visse tegn på, at ansvarsvurderingen efter dansk ret synes at nærme sig vurderingen efter EU-retten, jf. også Peter Biering, Peter Hedegaard Madsen & Kirsten-Marie Fog Petersen i *Juristen*, 2014, s. 101 ff. samt Karsten Engsig Sørensen i Olsen & Engsig Sørensen (red.), s. 467 ff. Kritisk heroverfor se Niels Fenger i Peter Pagh m.fl. (red.): *Offentlige myndigheders erstatningsansvar*, 2017, s. 129.

109. Jf. særligt de forenede sager 83/76 m.fl., *HNL*, præmis 6. Se hertil kapitel 7, afsnit 6.

110. Jf. præmis 46.

Kapitel 6. EU-rettens virkning i national ret

skøn, og her opstiller Domstolen følgende tre betingelser for et erstatningsansvar:¹¹¹

1. Bestemmelsen, der er overtrådt, skal have til formål at tillægge private rettigheder.
2. Overtrædelsen skal være tilstrækkeligt kvalificeret.
3. Der skal være en direkte årsagsforbindelse mellem statens overtrædelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab.

Den **første betingelse** må forstås således, at det ikke nødvendigvis er en betingelse, at den overtrådte bestemmelse er umiddelbart anvendelig, når blot den er tilstrækkelig præcis til, at de private (minimums-)rettigheder kan udledes. En direktivbestemmelse, der tillægger private rettigheder, kan ikke være umiddelbart anvendelig, hvis det er en privat, der pålægges pligter. Ikke desto mindre kan der i disse tilfælde indrømmes erstatning.¹¹² Derfor er der situationer, hvor den første betingelse er opfyldt, uden at der er tale om umiddelbart anvendelige bestemmelser. Hvis omvendt en bestemmelse er umiddelbart anvendelig, synes den første betingelse for et erstatningsansvar at være opfyldt. Eksempelvis har Domstolen fastslået, at art. 30, 34, 35 og 110 om varernes frie bevægelighed er umiddelbart anvendelige, jf. nærmere kapitel 9, selvom bestemmelserne umiddelbart synes at tillægge varerne og ikke varens ejer rettigheder. Fordi Domstolen har tilladt, at bestemmelserne kan påberåbes umiddelbart af varens ejer – eller af andre, der har en interesse i varen – vil det også være nærliggende, at den første betingelse er opfyldt i sager, hvor en medlemsstat overtræder de pågældende bestemmelser. Det skal dog erindres, at det er en betingelse for at kunne påberåbe sig traktatens regler om fri bevægelighed, at der foreligger et grænseoverskridende element. Uden dette er der ikke grundlag for at påberåbe sig bestemmelserne og dermed intet grundlag for erstatning.¹¹³

111. Domstolen har fastslået, at der ikke af medlemsstaterne må opstilles yderligere betingelser, jf. eksempelvis sag C-470/03, *A.G.M.*, præmis 90, og sag C-173/03, *Traghetti*, præmis 45.
112. Jf. herved sag C-91/92, *Dori*, hvor et ikke-implementeret direktiv søgte at sikre visse forbrugere en fortrydelsesret over for sælgere. Direktivet var ikke umiddelbart anvendeligt, idet det tilsigtede at pålægge private en forpligtelse, der bestod i, at sælgerne skulle acceptere en fortrydelsesret. Domstolen fastslog, at såfremt fortrydelsesretten ikke kunne indfortolkes i national ret (fortolkningspligten), var medlemsstaterne forpligtede til at erstatte tab, som blev forvoldt private som følge af undladelsen af at implementere direktivet.
113. Jf. sag C-268/15, *Schooten*. Dommen er nærmere omtalt nedenfor i kapitel 8, afsnit 5.

6. Medlemsstaternes erstatningsansvar

I mange tilfælde vil det være rimeligt oplagt, at EU-reglerne søger at beskytte en bestemt gruppe af personer, eksempelvis vareejere, forbrugere mv.¹¹⁴ I nogle tilfælde har EU-retten måske flere formål, og dermed er det mindre oplagt, at man (kun) vil beskytte private interesser:¹¹⁵

I sag C-222/02, *Peter Paul*, nåede Domstolen efter en analyse af direktiv 94/19 om tilsyn med kreditinstitutioner frem til, at dette ikke tilsigtede at give private rettigheder. Direktivet tilsigter at indføre en indskudsgarantiordning, og målet hermed er naturligvis at sikre indskyderne. Når denne garantiordning var indført, mente Domstolen dog ikke, at det tilsyn, som fores med kreditinstitutionerne, sker i indskyderes men derimod i offentlighedens interesse. Derfor kunne indskyderne ikke gøre gældende, at den tyske stat var erstatningsansvarlig som følge af utilstrækkeligt tilsyn, henset til at direktivets regler om tilsyn ikke opfyldte den første betingelse for ansvar.

Et andet grænsetilfælde forelå i sag C-420/11, *Leth*, hvor Domstolen nåede frem til, at direktiv 85/337 om vurdering af indvirkningerne på miljøet, ved at kræve en vurdering, tilsigtede at give de berørte borgere en ret til, at de kompetente myndigheder vurderer det omhandlede projekts indvirkninger på miljøet, og til at blive hørt herom.¹¹⁶ Ydermere fandt Domstolen, at direktivet tilsigtede at forebygge formuetab, for så vidt som de er direkte økonomiske følger af et offentligt eller privat projekts indvirkninger på miljøet.¹¹⁷ Domstolen mente dermed formentlig, at den første betingelse for erstatningsansvar var opfyldt.

I sag C-98/14, *Berlington*, fastslog Domstolen, at informationsproceduredirektivet, der som nærmere omtalt i kapitel 17 skal sikre, at medlemsstaterne giver Kommissionen meddelelse, når de indfører nye teknisk forskrifter, ikke har til formål at indromme private rettigheder. Derfor vil medlemsstaternes manglende overholdelse af notifikationspligten ikke være erstatningspådragende.

Den **anden betingelse** er formodentlig den, det vil volde flest problemer at anvende. Domstolen angiver i sine præmisser, at i de situationer, hvor medlemsstaterne er overladt en skønsbeføjelse, skal der anlægges en restriktiv vurdering af medlemsstaternes erstatningsansvar, idet medlemsstaterne ikke må hindres i udøvelsen af deres magt ved udsigten til erstatningsansvar. Derfor foreligger der kun ansvar, hvor en medlemsstat åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser. I præmis 56-57 angiver

114. Jf. forenede sager C-178-179/94 og 188-190/94, *Dillenkofer*, præmis 34 ff., hvor Domstolen fastslog, at direktivet tilsigtede at beskytte forbrugere, idet den stottede resultatet både på direktivets ordlyd og på præambelen.

115. Se hertil den omfattende analyse hos Michael Dougan i *European Constitutional Law Review* 2017 s. 124 ff.

116. Jf. præmis 32.

117. Jf. præmis 36.

Kapitel 6. EU-rettens virkning i national ret

Domstolen en række af de momenter, der kan indgå i vurderingen af, om der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse:

»Som eksempler på de momenter, den kompetente retsinstans i den forbindelse kan tage i betragtning, skal nævnes følgende: hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, hvor vidt et skøn den tilsidesatte bestemmelse overlader de nationale myndigheder eller fællesskabsmyndighederne, om overtrædelsen er begået eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til undladelser, vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten.

En overtrædelse af fællesskabsretten er under alle omstændigheder åbenbart kvalificeret, når den har været ved til trods for, at der er afsagt en dom, der fastslår traktatbruddet, en dom i en præjudiciel sag, eller der foreligger en fast praksis ved Domstolen på det pågældende område, hvoraf det fremgår, at den omtvistede adfærd har karakter af en overtrædelse.«

Som det fremgår, indebærer kravet om en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse, at der skal foretages en vurdering af, hvor entydigt EU-retten regulerer det pågældende område. Foreligger der en detaljeret regulering ved direktiver eller forordninger, er skønsmulighederne begrænset. Særligt hvor et område er reguleret ved domspraksis, skal der ske en vurdering af, hvor entydig denne domspraksis er. Herudover skal der dog også ske en vurdering af medlemsstatens hensigt med at opretholde en praksis eller lovgivning i strid med EU-retten. Hvor en medlemsstat ikke med tilstrækkelig hurtighed har efterkommet en ny dom eller lignende, må resultatet være, at den bliver erstatningsansvarlig for de tab, der kan henføres til perioden, efter at det blev klart, at medlemsstaten overtrådte EU-retten.

Den **trede betingelse** er det traditionelle krav om årsagsforbindelse. Det er klart, at de nationale domstole konkret må vurdere, om det lidte tab er forårsaget af medlemsstatens overtrædelse af EU-retten. Denne vurdering kan efter omstændighederne være vanskelig, hvor alene dele af en national praksis eller lovgivning udgør en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse af EU-retten. Det må være den private part, der skal bevise, at årsagsforbindelsen er til stede.¹¹⁸

118. Indtil videre foreligger der få domme, hvor Domstolen har haft lejlighed til at fortolke denne betingelse. I sag C-94/10, *Danfoss A/S*, accepterer Domstolen dog, at de danske myndigheder kunne afvise et erstatningskrav pga. manglende årsagsforbindelse. Det drejede sig om krav om erstatning rejst af personer, som ikke selv har fået opkrævet en afgift, der er i strid med EU-retten, men har lidt et afledt tab, fordi den afgiftspligtige har overvæltet afgiften helt eller delvist. Se også sag C-140/97, *Rechberger*, hvorefter medlemsstatens ansvar i sager, hvor der foreligger direkte årsagsfor-

6. Medlemsstaternes erstatningsansvar

Domstolen fastslog endvidere, at **erstatningsansvarets gennemførelse** i øvrigt sker i overensstemmelse med de nationale erstatningsregler. I lighed med tidligere afgørelser præciserede Domstolen, at betingelserne ikke må være mindre gunstige end de betingelser, der gælder for et tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), ligesom de nationale regler ikke må udformes således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning (effektivitetsprincippet).¹¹⁹

Domstolen præciserede i denne forbindelse, at en række af de betingelser, der kræves opfyldt efter national ret for at pålægge en stat erstatningsansvar, netop kan indebære, at det bliver umuligt eller dog vanskeligt at opnå erstatning. Domstolen mente derfor ikke, at man kunne opretholde en betingelse om, at der alene ydes erstatning, når lovgivers handling eller undladelse vedrører den enkeltes situation, ligesom man ikke kunne opstille en betingelse om, at der skulle føres bevis for, at der foreligger misbrug af beføjelser ved udøvelsen af en offentlig funktion. På samme måde afviste Domstolen, at det kunne stilles som betingelse, at der foreligger culpa, idet en sådan yderligere betingelse kunne rejse tvivl om retten til erstatning. Domstolen accepterer således ikke, at medlemsstaterne anvender de restriktive betingelser, som måtte findes i national ret, idet de grundlæggende betingelser for erstatningsansvaret skal bestå af de tre betingelser, som Domstolen selv opstiller.¹²⁰

Bortset fra de grundlæggende betingelser for erstatning fastlægges de øvrige betingelser for erstatning efter national ret. Det betyder, at søgsmålsfrister, forældelse samt erstatningens opgørelse skal ske efter nationale regler,

bindelse, ikke bortfalder, selvom der indtræder helt usædvanlige eller forudsigelige begivenheder. Det tyder på, at der ikke er noget krav om adækvans.

119. Indtil videre har disse principper ikke været anvendt så meget i spørgsmål om erstatning, men Domstolen har dog skullet forholde sig til, om den ville acceptere en forældelsesfrist for erstatningssøgsmål – hvilket den ville, forudsat de to principper var overholdt, jf. C-445/06, *Danske Slagterier*. I sag C-160/14, *Brito*, fastslog Domstolen, at det var i strid med effektivitetsprincippet, at et erstatningsansvar mod staten forudsatte, at der er sket en forudgående ophævelse af en dom afsagt i strid med EU-retten, idet mulighederne for en sådan ophævelse i praksis var yderst begrænsede, jf. præmis 51.
120. På denne baggrund har Domstolen afvist, at ansvar efter tysk ret kunne gores betinget af, at staten som arbejdsgiver havde begået en fejl, såfremt denne betingelse går videre end kravet om en »tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse«. Der kunne heller ikke stilles krav om, som betingelse for erstatning, at der forudgående er indgivet en anmodning til arbejdsgiveren om at overholde EU-reglerne, jf. hertil sag C-429/09, *Fuss*. I sag C-571/16, *Kantarev*, præmis 128, afviste Domstolen, at den bulgarske stats ansvar kunne gores betinget af, at den pågældende myndighed havde forvoldt skaden forsætligt.

Kapitel 6. EU-rettens virkning i national ret

idet Domstolen dog tog forbehold for, at erstatningen skal stå i passende forhold til det lidte tab. Endelig overlades det til de nationale domstole at afgøre, om skadelidte på passende måde har søgt at undgå skaden eller begrænse dens omfang, og navnlig undersøge om skadelidte i rette tid har gjort brug af alle de retsmidler, der står til vedkommendes disposition.

6.2. Ansvarssituationerne

Domstolens afgørelse i *Brasserie du Pêcheur* og *Factortame III* blev den første af en række sager, hvor Domstolen præciserede medlemsstaternes erstatningsansvar. Disse sager viser, at vurderingen af ansvar ikke overraskende afhænger af den måde, hvorpå medlemsstaterne har overtrådt EU-retten.

Den første situation, som kan begrunde et erstatningsansvar, er medlemsstaterne **manglende implementering** af direktiver. Allerede i de forenede sager C-6 og 9/90, *Francovich*, fastslog Domstolen, at dette er erstatningspådragende:

Sagen vedrorte direktiv 80/987, som pålagde medlemsstaterne at indføre en ordning med det formål at sikre arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens (svarende til den danske lonmodtagergarantiordning). Direktivet var ikke gennemført rettidigt i Italien, hvilket betød, at *Francovich* og en række andre arbejdstagere mistede muligheden for at få godtgjort nogle udestående løntilgodehavender. De anlagde derfor sag mod den italienske regering med påstand om, at regeringen skulle yde garantier som foreskrevet i direktivet, subsidiært yde erstatning.

Domstolen tog først stilling til, om direktivet var umiddelbart anvendeligt, således at de sagsøgende arbejdstagere kunne påberåbe sig direktivet direkte over for regeringen. Domstolen slog fast, at direktivet var tilstrækkeligt præcist og ubetinget, for så vidt det angav, hvem der var berettiget (arbejdstagere), og for så vidt angik indholdet af garantien (hvilken lønperiode). Derimod mente Domstolen, at det forhold, at direktivet overlod det til medlemsstaterne at fastsætte, hvem garantien påhviler, betød, at direktivet som helhed ikke var egnet til at være umiddelbart anvendeligt. Garantien skulle efter direktivet ikke nødvendigvis stilles af regeringen, idet medlemsstaterne kunne vælge at overlade det til en privat institution. Da direktivet således ikke indeholdt tilstrækkeligt præcise bestemmelser om, hvem der var debitor, kunne det ikke påberåbes umiddelbart over for den italienske regering.

Domstolen tog dernæst stilling til det principielle spørgsmål om, hvorvidt en medlemsstat ifalder erstatningsansvar i den foreliggende situation. Domstolen mente, at dette var tilfældet, jf. præmis 33-34:

»Fællesskabsrettens fulde virkning ville blive afsvækket, og beskyttelsen af de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ville blive forringet, såfremt private var afskåret fra at opnå erstatning for en krænkelse af deres rettigheder som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der må tillægges en medlemsstat.

Det er navnlig nødvendigt, at der består en adgang til at gøre erstatningskrav gældende mod en medlemsstat i tilfælde, hvor fællesskabsrettens fulde virkning afhænger af, at der træffes foranstaltninger fra medlemsstatens side, således som i denne sag, og hvor private

6. Medlemsstaternes erstatningsansvar

derfor ikke kan påberåbe sig de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ved de nationale domstole, når medlemsstaten ikke har truffet sådanne foranstaltninger.«

Som det fremgår af de citerede præmisser, er det mest oplagt at se erstatningsforpligtelsen ved manglende implementering som et resultat af Domstolens ønske om at sikre direktivets effektive virkning i medlemsstaterne.

Afgørelsen i *Francovich* fastslog et objektivt ansvar for manglende implementering, og spørgsmålet var herefter, om afgørelsen i *Brasserie du Pêcheur* og *Factortame III* ændrede herpå. Spørgsmålet var mere konkret, om en manglende implementering altid kunne betragtes som en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse. At dette var tilfældet, var allerede antydnet i præmis 46 i *Brasserie du Pêcheur* og *Factortame III*. Domstolen fik lejlighed til at bekræfte det i sag C-178-179/94 og 188-190/94, *Dillenkofer*:

Baggrunden for sagen var, at Tyskland havde implementeret direktivet om pakkerejser (90/314) for sent. Direktivet pålagde medlemsstaterne at indføre regler, der sikrede købere af pakkerejser mod rejsearrangorens konkurs. *Dillenkofer* m.fl. havde lidt tab, fordi deres rejsearrangør var gået konkurs på et tidspunkt, hvor direktivet burde være gennemført, men ikke var det. De anlagde derfor sag mod den tyske regering. Domstolen blev under sagen forelagt en række spørgsmål, herunder om manglende gennemførelse af et direktiv i sig selv var tilstrækkeligt til at give ret til erstatning. Domstolen bekræftede, at en medlemsstat, der ikke træffer nogen implementeringsforanstaltninger inden implementeringsfristen, åbenbart og groft overskrider grænserne for sine beføjelser, jf. præmis 26.

Den tyske regering havde under sagen procederet på, at der eksisterede en tysk domspraksis, som gav forbrugerne en vis beskyttelse, og at direktivets beskyttelsesformål derfor var opfyldt. Domstolen nøjedes i dommen med at konstatere, at denne domspraksis ikke var tilstrækkeligt til at opfylde direktivets krav. Dermed tog Domstolen ikke stilling til, om den tyske regering kunne undgå ansvar, under henvisning til at det var undskyldeligt, at regeringen troede, at en implementering var unødvendig. Det var dog i sagen oplagt, at den tyske domspraksis aldrig kunne opfylde formålet med pakkerejsedirektivet, og dette kan forklare, hvorfor Domstolen ikke tog stilling til dette spørgsmål.

Endelig er dommen interessant derved, at den behandler spørgsmålet om, hvornår et direktiv kan siges at have til formål at tillægge private rettigheder (første betingelse). Selvom direktivets bestemmelser ikke var specielt præcise, når Domstolen ved en formålsfortolkning frem til, at direktivet har til hensigt at beskytte forbrugere og dermed private. Det forhold, at bestemmelsen var formuleret, så den kun indirekte beskyttede forbrugere, var underordnet. Direktivet beskrev også hovedindholdet af de rettigheder, forbrugerne skulle sikres (nemlig tilbagebetaling af erlagte beløb samt hjemtransport), og Domstolen afviste herved, at det havde betydning, at direktivet indrommede medlemsstaterne et vist skøn med hensyn af valg af midler til at nå det mål, der tilsigtes, jf. præmis 45.

Kapitel 6. EU-rettens virkning i national ret

Domstolen har i senere sager haft lejlighed til endnu engang at beskæftige sig med den manglende gennemførelse af direktivet om arbejdsgiverens insolvens, der var baggrunden for *Francovich*.¹²¹ I disse sager fastslog Domstolen, at det erstatningsansvar, som den italienske regering havde pådraget sig, principielt kunne afhjælpes, ved at direktiverne implementeredes med tilbagevirkende kraft til implementeringsfristens udløb. Derved sikrede man som udgangspunkt arbejdstagerne de rettigheder, de havde krav på efter direktivet. I den ene sag tog Domstolen dog forbehold for, at arbejdstagerne kunne have lidt et yderligere økonomisk tab ved ikke i rette tid at have opnået de økonomiske fordele, de havde krav på efter direktivet. Dette tab burde ifølge Domstolen også erstattes.¹²²

Selvom der er objektivt ansvar ved manglende implementering, skal det erindres, at de øvrige erstatningsbetingelser stadig skal være opfyldt for at pålægge erstatningsansvar. Således blev Danmark i sag C-319/96, *Brinkmann*, ikke pålagt erstatningsansvar, idet der nok manglende at ske implementering af visse dele af et direktiv, men da myndighederne havde anvendt de ikke-implementerede dele af direktivet, var den manglende implementering ikke årsagen til tabet.

I andre sager har Domstolen beskæftiget sig med erstatningsansvar for **forkert implementering**. I disse sager er Domstolen klart mere tilbageholdende, idet den tager hensyn til, at lovgivere ikke skal hindres i at foretage den nødvendige implementering ved udsigten til et muligt erstatningsansvar. Derfor synes medlemsstaterne at kunne slippe for ansvar, såfremt der i sagen foreligger undskyldende forhold, herunder at direktivet var vanskeligt at implementere, at det var uklart, at Kommissionen havde bestyret medlemsstaten i dens forkerte opfattelse af, hvad der er en korrekt implementering, at andre medlemsstater også havde implementeret forkert mv.¹²³

Den første var sag C-392/93, *British Telecommunications*, hvor Storbritannien havde implementeret et direktiv om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning, bl.a. inden for telekommunikation, forkert. Direktivet indeholdt en undtagelsesbestemmelse, som Storbritannien havde valgt at præcisere i implementeringsreglerne, hvilket var forkert, da det skulle overlades til telekommunikationsvirksomhederne at anvende denne undtagelse. British Telecommunications mente at have lidt et tab pga. denne forkerte implementering og krævede erstatning herfor.

Domstolen gentog de tre betingelser for erstatning og fastslog, at ved vurdering af en ukorrekt gennemførelse af et direktiv bor der opstilles restriktive betingelser for ansvar, jf.

121. Jf. sag C-94-95/95, *Bonifaci*, og C-373/95, *Maso*.

122. Jf. sag C-373/95, *Maso*, præmis 41.

123. Se også sag C-278/05, *Robins*, og forenede sager C-501/12 m.fl., *Specht*.

6. Medlemsstaternes erstatningsansvar

præmis 40. Domstolen mente ikke, at der var ansvar i denne sag, idet den påpegede flere forhold (præmis 43-44):

»I det foreliggende tilfælde bemærkes, at artikel 8, stk. 1, er upræcis og – ud over den fortolkning, som Domstolen har anlagt i denne dom – med rimelighed åbnede mulighed for den fortolkning, som Det Forenede Kongerige i god tro anlagde på grundlag af argumenter, der ikke savner enhver relevant (...). Den pågældende fortolkning, som også blev anlagt af andre medlemsstater, var ikke åbenbart i strid med direktivets ordlyd eller dets formål.

Det skal endvidere navnlig bemærkes, at Det Forenede Kongerige ikke havde nogen holdepunkter i Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af den omhandlede bestemmelse, som Kommissionen heller ikke havde udtalt sig om ved vedtagelsen af 1992-bekendtgørelsen.«

De forenede sager C-283/94 og 291-292/94, *Denkavit International*, vedrorte implementeringen af moder-/datterselskabsdirektivet, som skal sikre, at udbytteudlodninger mellem datter- og moderselskaber beliggende i forskellige medlemsstater fritages for skat.¹²⁴ Det var ifølge direktivet muligt at undtage koncerner fra direktivet, hvor moderselskaberne ikke i en sammenhængende periode på mindst to år besidder mindst 25 % af aktierne i datterselskabet. Det skal bemærkes, at den danske sprogversion af direktivet anvender udtrykket »har besiddet«.

Sagens problem var, at Tyskland stillede krav om, at moderselskaber for at opnå skattefritagelse skulle have besiddet aktierne i datterselskabet i mindst 12 måneder, og denne periode skulle derfor være overstået, for man havde krav herpå. *Denkavit International* mente, at direktivet skulle forstås således, at man kunne stille krav til ejertiden men ikke stille krav om, at denne ejertid allerede var tilendebragt ved udlodningen af udbytte. Domstolen gav *Denkavit International* ret, idet den lagde vægt på, at alle sproglige versioner undtagen den danske bruger udtrykket »besidder« (præsens). Spørgsmålet var herefter, om *Denkavit International* havde krav på erstatning for det rentetab, som moderselskabet havde lidt, fordi det måtte udskyde udlodningen.

Domstolen mente ikke, der var pådraget ansvar, idet den lagde vægt på, at den af Tyskland anvendte fortolkning blev delt af næsten alle andre medlemsstater. Den tillagde det også vægt, at der ved Rådets vedtagelse af direktivet var enighed om at anvende forholdsvis vage formuleringer for at gøre det muligt at anvende forskellige fortolkninger. Med disse præmisser tillægger Domstolen således hemmelige forhandlinger i Rådet vægt ved bedømmelsen af ansvaret. Endelig påpeger Domstolen, at der ikke tidligere havde været sager om direktivet, jf. præmis 51-52.

En anden ansvarssituation, der har foreligget til bedømmelse hos Domstolen, er den, hvor en medlemsstat har **overtrådt traktatens bestemmelser**. Dette var den situation, der forelå i selve *Brasserie du Pêcheur* og *Factortame III-afgørelsen*, og ud over at fastslå de overordnede betingelser for medlemsstaternes ansvar fik Domstolen også lejlighed til at fremkomme med en bedømmelse af de konkrete sager.

124. Se nærmere om direktivet nedenfor, kapitel 21, afsnit 4.2.2.

Kapitel 6. EU-rettens virkning i national ret

Som nævnt i forrige afsnit vedrorte *Brasserie du Pêcheur* en tysk lovgivning, der var i strid med traktatens art. 34 om varenes frie bevægelighed, dels fordi den forbeholdt betegnelsen »Bier« for ol produceret efter de tyske forskrifter, dels fordi den generelt forbød salg af ol med tilsætningsstoffer.

Factortame III vedrorte den engelske regulering af adgangen til de engelske fiskekvo-ter, idet man havde vedtaget en lovgivning, der forhindrede særligt spanske og portugisiske fiskere i at få adgang. Denne lov var i strid med traktatens art. 49 om den frie etableringsret.

Ved bedømmelsen af sagerne konstaterede Domstolen for det første, at der ikke var sket harmonisering på de sagsområder, som sagen omhandlede. Derfor havde medlemsstat-terne en vis skonsbeføjelse med hensyn til udstedelse af regler om hhv. kvaliteten af ol og regulering af fiskeriet.

Ved vurdering af den tyske stats ansvar mente Domstolen, at den daværende doms-praksis vedrørende art. 34 klart viste, at en medlemsstat ikke kan forbeholde en artsbeteg-nelse som »Bier« for visse produkter, og på dette punkt foreligger der således en tilstræk-ke ligt kvalificeret overtrædelse. Anderledes forholder det sig med det generelle forbud mod anvendelse af tilsætningsstoffer, idet den daværende praksis ikke klart indikerede, at et sådant forbud var en overtrædelse af art. 34.

I sagsforholdet vedrørende de engelske fiskeriregler anfører Domstolen, at der må son-dres mellem de krav, der i lovgivningen blev stillet vedrørende nationalitet (som var en åbenbar overtrædelse af EU-retten), og de krav, der i lovgivningen var stillet vedrørende bopæl og fast ophold. Selvom sidstnævnte del af den engelske lovgivning var en knap så oplagt overtrædelse af EU-retten, antyder Domstolen, at overtrædelsen var tilstrækkeligt kvalificeret. For det første mente Domstolen, at der skal tages hensyn til, at Kommissionen meget tidligt meddelte, at den ikke fandt kravene i overensstemmelse med EU-retten, og dernæst skal der tages hensyn til, at de engelske myndigheder ikke med tilstrækkelig hur-tighed efterkom en kendelse fra Domstolens præsident, hvorefter anvendelsen af den engelske lovgivning skulle udsættes.

Som det fremgår, skal der i disse sager ske en vurdering af, hvor klar Dom-stolens egen praksis vedrørende fortolkning af traktatens bestemmelser er.¹²⁵ I det omfang denne retspraksis ikke er helt entydig, kan der inddrages andre momenter, herunder Kommissionens adfærd. Ifølge Domstolen skal det såle-des vurderes, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig, samt om tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt.¹²⁶

Hvor en medlemsstat **anvender sekundær EU-ret forkert**, vil ansvars-bedømmelsen normalt afhænge af, hvor klar den sekundære ret er, hvor me-

125. Se også sag C-370/04, *N*, præmis 66, hvor Domstolen ikke mente, at den hollandske stat havde pådraget sig et erstatningsansvar ved at kræve sikkerhedsstillelse ved fra-flytning fra landet, da den dom, der fastslog, at sikkerhedsstillelse ikke var lovlig, ikke var afsagt på det tidspunkt, hvor sagsforholdet blev udspillet. I samme retning sag C-524/04, *Thin Cap*, præmis 121.

126. Jf. således sag C-424/97, *Haim II*, præmis 43, hvor Domstolen skulle tage stilling til, om en medlemsstats overtrædelse af etableringsretten var erstatningspådragende.

6. Medlemsstaternes erstatningsansvar

get skøn der er overladt til medlemsstaterne,¹²⁷ samt hvor mange fortolkningsbidrag der foreligger i form af enten domme eller tilkendegivelser fra Kommissionen og andre institutioner.

En sådan forkert anvendelse af sekundær ret forelå i sag C-319/96, *Brinkmann*:

Sagen vedrorte direktiv 79/32, der harmoniserede visse aspekter af beskatning af tobak. De danske myndigheder havde fejlagtigt udlagt direktivets definitioner således, at de mente, at det tobaksprodukt ('Westpoint'), som Brinkmann solgte, var cigaretter og ikke røgvarer, og dette indebar, at der skulle betales en højere tobaksafgift. Først afviste Domstolen, at der var ansvar, allerede fordi man ikke havde fået implementeret direktivets definitioner, idet den ikke mente, at der var årsagsforbindelse mellem den manglende implementering og tabet, jf. nærmere forrige afsnit. Dernæst undersøgte Domstolen, om den fejbehæftede fortolkning, som myndighederne havde anlagt, var en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse af EU-retten. Det mente den ikke var tilfældet, idet den lagde vægt på, at Westpoint var et produkt, der ikke nøjagtigt lod sig passe ind i direktivets definitioner, og der var tale om et produkt, som ikke fandtes, da direktivet blev vedtaget. Produktet var således blevet udviklet efterfølgende for at gøre det muligt for forbrugerne at drage fordel af den lavere afgift, der pålagdes røgtobak. Herefter fandt Domstolen ikke, at myndighedernes fortolkning var i »... åbenbar strid med ordlyden af andet direktiv, og navnlig ikke med det mål, der tilsigtes med direktivet«. Endelig lagde Domstolen vægt på, at både den finske regering og Kommissionen havde anlagt samme fortolkning som de danske myndigheder.¹²⁸ Derfor følger det meget klart, at der ikke forelå erstatningsansvar, og dommen bekræfter, at man skal vurdere, hvor klar sekundær ret er og vurdere, om andre medlemsstater eller Kommissionen har lavet samme fejl.

En overtrædelse af traktaten eller den sekundære EU-ret vil som oftest ske ved, at der vedtages en national retsakt, der er i strid med EU-retten, eller ved at myndighederne træffer en afgørelse i strid med EU-retten. I begge tilfælde vil overtrædelsen uden problemer kunne henføres til medlemsstaten.¹²⁹ Det er lidt mere tvivlsomt, om det samme ansvar gælder, hvor det er en **national domstol**, der overtræder EU-retten. Domstolen har imidlertid i sag C-224/01,

127. Således vedrorte sagerne C-5/94, *Hedley Lomas*, C-470/03, *A.G.M.*, og C-150/99, *Stockholm Lindöpark AB*, en situation, hvor medlemsstaten efter direktivet ikke var overladt nogen skonsbeføjelse. Se til sammenligning sag C-318/13, *X*, hvor der i direktivet var overladt medlemsstaterne et vist skøn.

128. Jf. dommens præmis 31.

129. Ansvarret påhviler medlemsstaten. Domstolen har dog accepteret, at medlemsstaterne også gør det muligt yderligere at gøre den offentligt ansatte, som har begået fejlen, ansvarlig. EU-retten kræver dog ikke et sådant ansvar, jf. sag C-470/03, *A.G.M.*, præmis 97-98.

Kapitel 6. EU-rettens virkning i national ret

Köbler, fastslået, at sådanne overtrædelser også kan være erstatningspådragende.

Köbler havde siden 1986 været ansat ved et universitet i Ostrig og søgte i 1996 et særligt anciennitetstillæg. Dette tillæg indrommedes kun til professorer, der havde været ansat på østrigske universiteter i 15 år, men Köbler mente, han var berettiget til tillægget, under hensyntagen til at han havde været ansat i mere end 15 år, hvis man tog hensyn til hans ansættelser ved universiteter i andre medlemsstater. Han fik imidlertid afslag på tillægget, og under en efterfølgende retssag påstod han, at afslaget var i strid med bestemmelserne om arbejdskraftens fri bevægelighed. Den østrigske domstol valgte at forelægge en præjudiciel forespørgsel om problemet. Inden Domstolen nåede at besvare spørgsmålet, afsagde Da den nationale domstol mente, at Domstolen dermed også havde løst den problemstilling, der forelå i Köbler-sagen, valgte den at trække sin anmodning om en præjudiciel forespørgsel tilbage, og den afsagde herefter en dom, der gik Köbler imod.

Köbler anlagde herefter en ny sag ved de østrigske domstole mod den østrigske stat for at få erstattet det tab, han havde lidt ved ikke at have opnået anciennitetstillægget. Han mente således, at den domstol, der i første omgang havde afgjort hans sag, havde fortolket EU-retten forkert, herunder særligt fortolket *Schöning-Kougebetopoulou* forkert, og dette gav Domstolen Köbler ret i.

Sagen rejste dog det mere principielle spørgsmål, om en national domstol overhovedet kan pådrage staten et ansvar. Det mente Domstolen var tilfældet, idet staten måtte betragtes som en helhed. I betragtning af at den dommende magt har afgørende betydning for beskyttelse af borgernes rettigheder i henhold til EU-retten, ville EU-rettens fulde virkning blive afsvækket, hvis ikke borgerne kunne gøre et erstatningsansvar gældende, hvor domstolene har tilsidesat EU-retten, jf. præmis 33. Domstolen fremhævede særligt, at hvor en domstol er sidste instans, vil borgerne normalt ikke have andre muligheder for at gøre deres rettigheder gældende, og derfor skal der særligt i forhold til sådanne ikke-appellable domme være mulighed for at gøre erstatningskrav gældende. Domstolen afviste i tilslutning hertil, at hensynet, til at domme skal være retskraftige, og hensynet til dommernes uafhængighed kunne fore til, at der ikke kan gøres erstatningsansvar gældende.

Domstolen gennemgik herefter de tre betingelser for erstatningsansvar og gjorde sig særligt en række overvejelser om, hvornår der forelå en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse. Domstolen påpegede, at man måtte tage hensyn til den dommende funktions særlige karakter og hensynet til retssikkerhed. Dette indebar, at et ansvar kun undtagelsesvist kan opstå; nemlig hvis dommeren åbenbart har tilsidesat gældende ret. Om dette er tilfældet, afhænger af hvor klare og tydelige de tilsidesatte bestemmelser er, samt om den pågældende domstol har undladt at opfylde sin forpligtelse til at forelægge præjudicielt efter art. 267, jf. præmis 55. Med den sidste bemærkning har Domstolen hermed gjort det klart, at en forsømmelse af at forelægge præjudicielle forespørgsler i sig selv kan være erstatningspådragende. Domstolen mente dog ikke, at der i den konkrete sag forelå en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse. Den østrigske domstol burde ikke have trukket sin præjudicielle forespørgsel tilbage. Dette sket pga. en fejlagtig fortolkning af *Schöning-Kougebetopoulou*, men Domstolen mente ikke, at en sådan fejlforklning var åbenbar, og dermed forelå der ikke en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse.

6. Medlemsstaternes erstatningsansvar

Det fremgår således, at hvis en national domstol groft tilsidesætter sin forpligtelse til at forelægge præjudicielle forespørgsler i en sag, kan denne blive erstatningsansvarlig. Det er kun i nogle tilfælde, at der er en egentlig forelæggelsespligt, og hvor et ansvar derfor kan komme på tale, jf. nærmere nedenfor kapitel 7, afsnit 5.5.2. Derudover må en national domstol, der undlader at anvende EU-retten korrekt, efter omstændighederne også kunne blive erstatningsansvarlig.¹³⁰ Indtil videre har vi ikke haft sager af denne karakter i Danmark, men de findes i udlandet.¹³¹

Det fremgår af *Brasserie du Pêcheur og Factortame III*, præmis 57, at hvis en medlemsstat ikke indretter sig i overensstemmelse med en **traktatbrudssag**, vil dette i sig selv være en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse. Herudover vil en medlemsstat kunne pådrage sig et erstatningsansvar, såfremt den ikke indretter sig i overensstemmelse med en **præjudiciel afgørelse** truffet af Domstolen. Dette kan være, fordi en medlemsstat forsømmer at ophæve en lov eller ændre praksis på baggrund af en sådan afgørelse.¹³² Hvis der er afsagt en dom, som måske ikke helt entydigt underkender en national implementering eller praksis, må der givetvis indrømmes en lidt længere frist til at vurdere, om der er behov for en ændring af national ret. Højesteret har i et sådant tilfælde – noget generøst – accepteret, at der først indtrådte erstatningsansvar 13 måneder efter afsigelsen af en dom fra Domstolen.¹³³

6.3. Gennemførelse af erstatningskravet

Ud over at det er vanskeligt at bedømme erstatningsansvarsbetingelserne, kan der opstå en række yderligere problemstillinger i forbindelse med gennemførelsen af sådanne søgsmål. Mange af disse problemer må som udgangspunkt løses efter national ret, men dog med respekt for at man ikke må afskære borgerne fra at søge og opnå erstatning.

130. Se hertil også *sag C-173/03, Traghetti*, præmis 32 og 42, og *sag C-168/15, Tomášová*, præmis 24.

131. Jf. gennemgangen hos Zsófia Varga i *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, s. 984 ff. samt samme i *Common Market Law Review*, 2017, s. 51 ff. For en diskussion af spørgsmålet i relation til dansk ret se også Ruth Nielsen i Borge Dahl, Thomas Riis & Jan Trzaskowski (red.): *Liber Amicorum Peter Mogelvang-Hansen*, 2016, s. 387 ff.

132. Jf. således *C-118/00, Larys*, hvor de belgiske myndigheder ikke straks ændrede praksis, efter at en præjudiciel afgørelse viste, at praksis var i strid med en forordning. Dette var ifølge Domstolen i sig selv en åbenbart kvalificeret overtrædelse, jf. præmis 44-45.

133. Jf. UfR 2017.1243 H. Se nærmere Karsten Engsig Sørensen i Olsen & Engsig Sørensen (red.), s. 479 ff.

Kapitel 6. EU-rettens virkning i national ret

Sagsforholdene i *Brasserie du Pêcheur* og *Factortame III* illustrerer, hvilke problemer bedømmelsen af de privates adfærd, herunder særligt **egen skyld og passivitet**, kan volde de nationale domstole, når de skal bedømme ansvaret, herunder erstatningens størrelse. *Brasserie du Pêcheur* havde således i hele perioden forholdt sig passivt og afventet, at Kommissionen indledte et traktatbrudssøgsmaal mod Tyskland. Da art. 34 er umiddelbart anvendelig, var der intet til hinder for, at *Brasserie du Pêcheur* selv havde søgt den tyske regering ved de tyske domstole og herved havde anfægtet den tyske lovgivning. Eller de kunne have påbegyndt importen og afventet, at de tyske myndigheder greb ind. Spørgsmålet i denne forbindelse bliver, om *Brasserie du Pêcheur*s passivitet i sig selv udelukker muligheden for erstatning. Hvis det hævdes, at Domstolens tidligere praksis klart viste, at en lovgivning som den tyske er i strid med art. 34, var dette vel også kendeligt for *Brasserie du Pêcheur*? Hvis det fastslås, at passivitet af denne karakter kan udelukke erstatningsansvar, vil konsekvenserne for medlemsstaterne blive begrænset betydeligt. Samtidig vil et sådant resultat dog også betyde en begrænsning i EU-rettens effektivitet, hvilket kan betyde, at resultatet ikke er acceptabelt for Domstolen.

Som udgangspunkt må det være overladt til den nationale domstol at vurdere konsekvenserne af, om der foreligger egen skyld, og hvad konsekvenserne heraf er. Domstolen har dog allerede i en afgørelse haft lejlighed til at gribe ind i denne vurdering. I de forenede sager C-397/98 og C-410/98, *Mettallgesellschaft*, fastslog Domstolen, at det var i strid med etableringsretten, at man i Storbritannien nægtede sambeskatning af visse grænseoverskridende koncerner. Storbritannien påstod imidlertid, at det var selskabernes egen skyld, at de ikke var blevet sambeskattet, idet de havde undladt at søge om sambeskatning. Derfor havde de ikke benyttet alle de retsmidler, de havde til rådighed, og grundlaget for at tildele selskaberne erstatning var ikke til stede. Domstolen afviste, at man kunne anlægge en sådan betragtning. Det var således uomtvistet, at engelsk ret ikke gav adgang til at opnå sambeskatning i grænseoverskridende koncerner, og derfor ville selskaberne blot have fået et afslag, hvis de havde søgt. Man kunne ifølge Domstolen ikke bebrejde selskaberne, at de overholdt gældende lov, og hvis man nægtede erstatning på denne baggrund, ville man gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at opnå erstatning.¹³⁴

134. I sag C-445/06, *Danske Slagterier*, accepterede Domstolen dog, at det var acceptabelt at afskære erstatning, hvor en skadelidte ikke har afværget et tab ved at gøre brug af et retsmiddel, det med rimelighed kan kræves, at vedkommende anvender. Det kan dog ikke kræves, at man bruger retsmidler, som man ikke kræver anvendt ved tilsvarende

6. Medlemsstaternes erstatningsansvar

Et andet problem, som rejses i *Brasserie du Pêcheur*, er spørgsmålet om årsagsforbindelse, herunder problemerne med **konkurrerende årsager**. Som det fremgår af sagsreferatet, var der to forhold, der gjorde det vanskeligt for Brasserie du Pêcheur at eksportere øl til Tyskland, og det var kun den ene af disse hindringer, der var ansvarspådragende – nemlig forbuddet mod at anvende betegnelsen »Bier«. I den efterfølgende sag ved de tyske domstole nåede disse frem til, at der ikke var ansvar, idet hovedårsagen til Brasserie du Pêcheurs problemer var den anden lovgivning – forbuddet mod tilsætningsstoffer. Da denne lovgivning imidlertid ikke var ansvarspådragende, var der intet ansvar.¹³⁵

Et tredje problem knytter sig til, **hvilket organ** i medlemsstaten der er erstatningsansvarligt. Det følger af Domstolens praksis, at det ikke nødvendigvis er det organ, der har gjort sig skyldig i overtrædelse af EU-retten, idet staten betragtes som en helhed. Det afhænger derfor af national ret, hvilket organ der skal sagsøges. Hvis det således er en national domstol, der gør sig skyldig i en sådan overtrædelse, må det afgøres efter national ret, om det er domstolsvæsnet eller staten, der skal sagsøges, jf. hertil sag C-224/01, *Köbler*, præmis 39 ff. Hvis der er tale om en forbundsstat, skal erstatningen for skader ikke nødvendigvis indrømmes af forbundsstaten, men kan indrømmes af lokale myndigheder, jf. C-302/97, *Konle*, præmis 63-64. Domstolen har dog understreget, at medlemsstaternes procedureregler skal give en effektiv beskyttelse af de rettigheder, borgerne har efter EU-retten. Særligt kan medlemsstaten ikke unddrage sig et ansvar ved at påberåbe sig den interne fordeling af ansvar og kompetencer mellem de organer, der er en del af staten, jf. hertil C-424/97, *Haim II*, præmis 28.

sogsmål i national ret, da dette er i strid med ækvivalensprincippet, jf. sag C-118/08, *Transportes Urbanos*.

135. Jf. hertil dommen gengivet i *Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht*, 1996, s. 761 ff., samt kommentaren af Elspeth Deards i *European Law Review*, 1997, s. 621 ff.

Ulla Neergaard & Ruth Nielsen

EUR_{et}

6. reviderede udgave



THOMSON REUTERS

Ulla Neergaard & Ruth Nielsen

EU Ret

6. reviderede udgave/1. oplag

© Thomson Reuters Professional A/S, København 2010

ISBN 978-87-619-2854-2

Omslag: Axel Surland, Ljungbyhed

Sats og tryk: P.J. Schmidt Grafisk, Vojens

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

tænkte handlings omfang eller virkninger, bedre kan gennemføres på EU-plan.

3.4. Proportionalitetsprincippet

3.4.1. Retsgrundlag for proportionalitetsprincippet

Historisk blev proportionalitetsprincippet⁷² først fastslået som et almindeligt EU-retligt princip i domspraksis. Den første EU-dom var Internationale Handelsgesellschaft-sagen,⁷³ hvor EU-Domstolen antog, at proportionalitetsprincippet er et almindeligt retsprincip i EU-retten.

Proportionalitetsprincippet indebærer, at handlinger, der er underlagt princippet, ikke må gå videre, end hvad der er nødvendigt for at nå formålet med handlingerne, og at der ikke må være misforhold mellem formålet med handlingerne og de midler, der vælges til at realisere formålet.

Ved Maastricht-Traktaten blev princippet delvis traktatfæstet i den daværende art. 5 EF, der foreskrev, at EU kun handler i det omfang, det er nødvendigt for at nå EF-Traktatens formål. I dag (2010) er princippet traktatfæstet i art. 5, stk. 1 og 4 TEU, der bestemmer:

1. Afgrænsningen af Unionens beføjelser er underlagt princippet om kompetencetil-
deling. Udøvelsen af Unionens beføjelser er underlagt nærhedsprincippet og propor-
tionalitetsprincippet.

....

4. I medfør af proportionalitetsprincippet går indholdet og formen af Unionens
handling ikke videre end nødvendigt for at nå målene i traktaterne.

Unionens institutioner anvender proportionalitetsprincippet i overens-
stemmelse med protokollen om anvendelse af nærhedsprincippet og
proportionalitetsprincippet.

72. Se om princippet Jans, Jan H: Proportionality Revisited, Legal Issues of Economic Integration 2000 s. 239, Ellis, Evelyn: The principle of proportionality in the laws of EU, Oxford 1999 og Emiliou, Nicholas: The Principle of Proportionality in European Law, London 1996. Se også Fenger, Niels: Forvaltning og fællesskab – Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret – Konfrontation og frugtbar sameksistens, Kbh. 2004 s. 624 ff.

73. Sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Saml. 1970 s. 235.

3. Administrative og procedurale principper

3.4.2. Proportionalitetstesten

I Fedesa-sagen⁷⁴ formulerede EU-Domstolen proportionalitetsprincippet på følgende måde (vor kursivering):

13. Efter Domstolens faste praksis hører proportionalitetsprincippet til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger. I henhold til dette princip er lovligheden af foranstaltninger, hvorved de erhvervsdrivende forbydes at udøve en økonomisk virksomhed, betinget af, at foranstaltningerne er *egnede* til og *nødvendige* for at nå de *mål, der lovligt følges* med de pågældende bestemmelser; såfremt der er mulighed for at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, og byrderne må ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål.

Efter EU-Domstolens praksis er det ved vurderingen af, om en foranstaltning – det være sig en EU-regel eller en national foranstaltning – er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet således afgørende, om den forfølger et lovligt formål og at de midler, der bringes i anvendelse, er egnede til at virkeliggøre det tilstræbte mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at virkeliggøre dette.⁷⁵ Der anvendes således en tre-leddet test. Der skal være:

- et lovligt mål,
- midlerne skal være egnede (hensigtsmæssige) og
- må ikke være mere indgribende end nødvendigt.

I Gebhard-sagen fastslog EU-Domstolen,⁷⁶ at nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal opfylde fire betingelser:

1. De skal anvendes uden forskelsbehandling,
2. de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn,
3. de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger,
4. og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.

74. Sag C-338/1988, The Queen mod Ministry of Agriculture, Fisheries and Food og Secretary of State for Health, Ex Parte Fedesa m.fl., Saml. 1990 I-4023.

75. Jf. bl.a. sag C-426/93, Tyskland mod Rådet, Saml. I-3723, præmis 42.

76. Præmis 37 i Sag C-55/94, Reinhard Gebhard mod Consiglio Dell' Ordine degli Avvocati e Procuratori, Saml. 1995 I-4165.

Ovennævnte tre-leddede proportionalitetstest svarer til trin 2-4 i Gebhard-sagen, se om denne nærmere nedenfor i kap. 6. Undertiden benyttes udtrykket proportionalitet⁷⁷ i en snævrere betydning som refererende alene til sidste led om nødvendighed.

3.4.3. *Prøvelse af EU-institutionernes retsakter*

Proportionalitetsprincippet er afgørende ved kontrol af EU-institutionernes retsakter. Med hensyn til domstolsprøvelsen af, om proportionalitetsprincippet er overholdt, indrømmer EU-Domstolen normalt Rådet et vidt skøn på områder, hvor lovgiver må træffe visse socialpolitiske valg, og hvor der skal foretages komplicerede vurderinger. EU-Domstolen annullerede dog i 2000⁷⁸ direktivet⁷⁹ om reklame for tobaksvarer og sponsorering til fordel for disse.

Som eksempel på kontrol med konkrete afgørelser fra EU-institutionernes side kan nævnes Hautala-sagen, hvor Rådet ved en afgørelse begrænsede adgangen til aktindsigt i Rådets dokumenter. Retten i Første Instans (nu Retten) tog i Hautala-sagen⁸⁰ stilling til, om Rådet havde været berettiget til at nægte Heidi Hautala aktindsigt i rapporten fra arbejdsgruppen 'Eksport af konventionelle våben' og endte med at annullere Rådets afgørelse herom. Den lagde bl.a. vægt på proportionalitetsprincippet, og udtalte herom:

Endvidere tilsiger proportionalitetsprincippet, at »undtagelserne ikke [må] gå videre end rimeligt og nødvendigt for at nå det tilsigtede mål« (jf. Domstolens dom af 15.5.1986, sag C-222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 38). I den foreliggende sag er det mål, Rådet forfølger med sit afslag på aktindsigt i den omtvistede rapport, ifølge den anfægtede afgørelses begrundelse »at beskytte offentlighedens interesser for så vidt angår internationale forbindelser«. Et sådant mål ville imidlertid også kunne nås, såfremt Rådet efter en undersøgelse blot tilbageholdt de dele af den omtvistede rapport, hvis offentliggørelse vil kunne skade internationale forbindelser.

EU-Domstolen stadfæstede under appel dommen.⁸¹

77. Se Ellis, Evelyn: *The principle of proportionality in the laws of EU*, Oxford 1999 og Emiliou, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law*, London 1996.

78. Sag C-376/98, Tyskland mod Europa Parlamentet og Rådet, Saml. 2000 I-8419.

79. 98/43/EF.

80. Sag T-14/98, Heidi Hautala mod Rådet, Saml. 1999 II-2489.

81. Sag C-353/99, Rådet mod Hautala, Saml. 2001 I-9565.

3.4.4. Prøvelse af foranstaltninger fra Medlemsstaternes side

Proportionalitetsprincippet gælder ikke blot for EU's institutioner og retsakter, men anvendes bredt i EU-retten, bl.a. i reglerne om fri bevægelighed. Efter fri bevægelighedsreglerne vedrørende varer, personer, tjenesteydelser og kapital og betalinger indgår proportionalitetsprincippet som et væsentligt element i den afvejning af, om restriktioner er acceptable, der skal foretages. Her synes EU-Domstolen i en række tilfælde at foretage en ret 'nærgående' kontrol af Medlemsstaternes udøvelse af deres skøn, se nærmere nedenfor i kap. 6-12. I Trojani-sagen⁸² antog EU-Domstolen fx, at en unionsborgers ret til fri bevægelighed efter art. 18, stk. 1 EF (nu art. 21 TEUF) er underlagt de begrænsninger og betingelser, der er omhandlet i denne bestemmelse, men myndighederne skal drage omsorg for, at anvendelsen af disse begrænsninger og betingelser sker under overholdelse af EU-rettens almindelige principper, og navnlig proportionalitetsprincippet. I Collins-sagen⁸³ fastslog EU-Domstolen, at retten til ligebehandling i art. 39, stk. 2 EF (nu art. 45, stk. 2 TEUF), sammenholdt med art. 12 EF (nu art. 18 TEUF) og 17 EF (nu art. 20 EF), ikke er til hinder for krav om bopæl som betingelse for at 1. gangs arbejdssøgende kan få offentlig hjælp, forudsat at proportionalitetsprincippet overholdes.

3.4.5. Vurdering af virksomheders og borgeres adfærd

Proportionalitetsprincippet er også indbygget i mange materielle EU-regler, der regulerer virksomhedernes og borgernes adfærd. Som eksempel kan nævnes forbud mod indirekte diskrimination, som nu i kraft af direktiver⁸⁴ gælder for et bredt udsnit af aktører (arbejdsgivere, virksomheder, myndigheder, organisationer mv.) og i forhold til mange beskyttelseskriterier, fx køn, alder, etnisk oprindelse og religion.

3.4.6. Anvendelsesområde

Proportionalitetsprincippet finder alene anvendelse inden for EU-rettens materielle anvendelsesområde. I sag Società Italiana Petroli-sa-

82. Sag C-456/02, Michel Trojani mod Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS), Saml. 2004 I-7573.

83. Sag C-138/02, Brian Francis Collins mod Secretary of State for Work and Pensions, Saml. 2004 I-2703.

84. Se navnlig 2006/54/EF om kønsligestilling på arbejdsmarkedet, 2000/43/EF om etnisk ligebehandling både på arbejdsmarkedet og i en række andre sammenhænge, 2000/78/EF om ligebehandling på arbejdsmarkedet uanset alder, religion, handicap og seksuel orientering og 2004/113/EF om kønsligestilling ved handels med varer og tjenester.

gen⁸⁵ blev det fastslået, at det EU-retlige proportionalitetsprincip ikke finder anvendelse, når Medlemsstaterne vælger et højere beskyttelsesniveau end påkrævet efter EU-regler, der indebærer minimumsharmonisering.

3.5. Gennemsigtigheds- og effektivitetsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet (transparensprincippet) er et af EU-rettens helt grundlæggende principper, som har stor betydning på en række forskellige delområder. På udbudsområdet har EU-Domstolen fx udtalt:⁸⁶

25. Aftaler om offentlige tjenesteydelseskoncessioner er ikke omfattet af anvendelsesområdet for Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209. s. 1), der fandt anvendelse på tidspunktet for hovedsagens faktiske omstændigheder. Selv om de pågældende aftaler er udelukket fra anvendelsesområdet for dette direktiv, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, ikke desto mindre forpligtet til at overholde EF-traktatens grundlæggende regler, princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og om ligebehandling samt den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf (jf. i denne retning *Telaustria* og *Telefonadress-dommen*, præmis 60-62, og dom af 21.7.2005, sag C-231/03, *Coname*, Sml. I, s. 7287, præmis 16-19). Uden nødvendigvis at indebære en forpligtelse til at afholde et udbud, pålægger dette krav om gennemsigtighed den koncessionsgivende myndighed at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel koncessionshaver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. i denne retning *Telaustria* et *Telefonadress-dommen*, præmis 62, og *Coname-dommen*, præmis 21).

I *Laval-sagen*⁸⁷ var hensynet til gennemsigtighedsprincippet hovedbegrundelsen for, at nogle svenske kollektive kampskridt blev anset for stridende mod princippet om fri bevægelighed for tjenesteydelser. I ligelønssager har EU-Domstolen brugt princippet om gennemsigtighed til at fortolke det EU-retlige krav om ligeløn som et krav om ligeløn lønelement for lønelement og ikke kun som et krav om, at

85. Sag C-2/97, *Società Italiana Petroli*, Saml. 1998 I-8597.

86. Sag C-324/07, *Coditel Brabant SA*, Saml. 2008 I-8457.

87. Sag C-341/05, *Laval un Partneri Ltd. mod Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, Svenska Byggnadsarbetareförbundets afdeling 1 Byggettan og Svenska Elektrikerförbundet, Saml. 2007 I-11767.

3. Pligt til at fortolke national ret i overensstemmelse med EU-retten

2.4.6. Konklusion vedrørende direkte virkning

En traktatbestemmelse er umiddelbart anvendelig, blot den er præcis og ubetinget. Der er en formodning for, at regler i EUF-Traktaten vil blive anset for direkte anvendelige.

EU-Domstolen har fx erklæret art. 18 TEUF (tidl. art. 12 EF) om forbud mod nationalitetsdiskrimination, art. 21 TEUF (tidl. art. 18 EF) om unionsborgerskab, art. 34 TEUF (tidl. art. 28 EF) om varernes fri bevægelighed, art. 45 TEUF (tidl. art. 39 EF) om vandrende arbejdstagere, art. 49 TEUF (tidl. art. 43 EF) om etableringsfrihed, og art. 157 TEUF (tidl. art. 141 EF) om ligeløn for direkte anvendelige.

Direktiver er, hvis de er præcise og ubetingede, direkte anvendelige over for det offentlige, også som arbejdsgiver. I Marshall-sagen antog EU-Domstolen,⁸⁰ at det følger af art. 249 EF (nu art. 288 TEUF), at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for private. Da direktiver efter EU-Domstolens praksis ikke har direkte horisontal virkning, kan direktivet ikke i sig selv anvendes direkte over for en privat arbejdsgiver, hvorfor EU-Domstolen i Mangold- og Küçükdevici-sagerne i stedet anvendte det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination.

3. Pligt til at fortolke national ret i overensstemmelse med EU-retten

Pligten til EU-konform fortolkning er blevet et overordnet fortolkningsprincip, som i vidt omfang kan udfylde de huller i EU-rettens gennemslagskraft, der måtte være tilbage efter reglerne om forrang og direkte virkning. Ved konflikt mellem en bindende, ikke direkte anvendelig fællesskabsregel og national ret har den nationale dommer i hvert fald pligt til at benytte det nationale fortolkningsskøn fuldt ud for at skabe normharmonie, om fornødent ved at ændre og omfortolke hidtidige opfattelser af national ret.

3.1. Retsgrundlaget for pligten til EU-konform fortolkning

EU-Domstolen har i sin praksis om EU-konform fortolkning især henvist til to bestemmelser til støtte for denne pligt: art. 10 EF (nu

80. Sag 152/84, M H Marshall mod Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Teaching), Saml. 1986 s. 723 præmis 48.

ophævet, og erstattet, for så vidt angår substansen, af art. 4, stk. 3 TEU) og art. 288, stk. 3 TEUF (tidl. art. 249, stk. 3 EF), hvorefter direktiver er forpligtende for Medlemsstaterne mht. målsætningen. I Pfeiffer-sagen⁸¹ henviste EU-Domstolen som begrundelse for denne pligt til, at

‘Kravet om ensartet fortolkning af national lovgivning er uadskilleligt forbundet med traktatens system, idet traktaten giver den nationale ret mulighed for inden for rammerne af sin kompetence at sikre sig fællesskabsrettens fulde virkning, når den afgør den tvist, der er indbragt for den’.

EU-Domstolen har afsagt flere domme om pligten til EU-konform fortolkning. I forhold til direktiver indledte EU-Domstolen sin praksis om dette emne i 1984. Den omfatter nu en række sager.

Efter EU-dommene i Colson/Kamann-sagen og Dorit Harz-sagen blev tysk ret omfortolket, og der blev givet erstatning svarende til 6 måneders løn, hvor man efter den tidligere opfattelse af tysk ret kun ville have givet den såkaldte Vertrauensschaden, der dækker de forgæves omkostninger ved at søge stillingen, i de konkrete sager ganske få D-Mark.⁸² Spørgsmålet om EU-konform fortolkning har været berørt i enkelte danske sager fra de seneste år,⁸³ heriblandt Ryborg-sagen.⁸⁴ Pligten til EU-konform fortolkning har været en del diskuteret i litteraturen.⁸⁵

81. Forenede sager C-397/01-C-403/01, Bernhard Pfeiffer m.fl. mod Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, Saml. 2004 I-8835, præmis 110.

82. Se nærmere Colneric, Ninon: Gleichberechtigung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Betriebs-Berater 1988, s. 968 ff.

83. Se fx sag 173/88, Skatteministeriet mod Henriksen, Saml. 1989 s. 2763 og Højesterets dom U 1990.72H.

84. Domstolens sag C-297/89, Anklagemyndigheden mod Ryborg, Saml. 1991 I-1943, Højesterets dom i U 1991.858H.

85. Se Nielsen, Ruth: Arbejdsgiverens ledelsesret i Fællesskabsretlig belysning, Kbh. 1992 kap. XI, Fitzpatrick, Barry: The Significance of EEC Directives in UK Sex Discrimination Law, Oxford Journal of Legal Studies, 1989 s. 336, Shaw, Josephine: European Community Judicial Method: its Application to Sex Discrimination Law, Industrial Law Journal 1990 s. 228, Di Fabio, Udo: Richtlinienkonformität als ranghöchstes Auslegungsprinzip? Überlegungen zum Einfluss des indirekten Gemeinschaftsrechts auf die nationale Rechtsordnung, Neue Juristische Wochenschrift 1990 s. 947, Docksey, Christopher og Barry Fitzpatrick: The Duty of National Courts to Interpret Provisions of National Law in Accordance with Community Law, Industrial Law Review 1991 s. 113, Jarass, Hans D: Richtlinienkonforme bzw EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, Europarecht 1991 s. 211 og Brealey, Mark and Mark Hoskins: Remedies in EC Law, London 1994 s. 41 ff.

3. Pligt til at fortolke national ret i overensstemmelse med EU-retten

3.2. Hvem har pligt til EU-konform fortolkning?

Pligten til EU-konform fortolkning gælder for Medlemsstaterne i alle deres roller qua stat, fx både administrative myndigheder og domstole, se fx Pfeiffer-sagen,⁸⁶ hvor EU-Domstolen udtalte:

Imidlertid følger det ligeledes af fast retspraksis siden afsigelsen af dommen af 10. april 1984, Von Colson og Kamann (sag 14/83, Sml. s. 1891, præmis 26), at den pligt for Medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af artikel 10 EF til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndighederne i Medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence (jf. bl.a. dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8, Faccini Dori-dommen, præmis 26, dom af 18.12.1997, sag C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Sml. I, s. 7411, præmis 40, og af 25.2.1999, sag C-131/97, Carbonari m.fl., Sml. I, s. 1103, præmis 48).

De nationale domstole skal derfor følge EU-direktiver ved fortolkningen af national ret, selvom der er tale om direktiver, der ikke har direkte virkning for private, jf. Colson/Kamann-sagen⁸⁷ og Dorit Harz-sagen.⁸⁸

3.3. Hvilke dele af EU-retten og national ret er omfattet?

Domstolen har primært taget stilling til pligten til EU-konform fortolkning vedrørende direktivbestemmelser. I den udstrækning begrundelsen for pligten til EU-konform fortolkning er art. 288 stk. 3 TEUF (tidl. art. 249, stk. 3 EF), er det klart, at denne begrundelse kun kan anføres i forhold til direktiver og ikke i forhold til andre EU-retsakter. EU-Domstolen har imidlertid i sin praksis om pligt til EU-konform fortolkning også altid henvist til art. 10 EF (nu ophævet, og erstattet,

86. Forenede sager C-397/01-C-403/01, Bernhard Pfeiffer m.fl. mod Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, Saml. 2004 I-8835, præmis 114. Se i denne retning også Sag C-160/01, Karen Mau mod Bundesanstalt für Arbeit, Saml. 2003 I-4791, præmis 34.

87. Sag 14/83, Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mod Land Nordrhein Westfalen, Saml. 1984 s. 1891, sml. Arnull, Anthony: *The Incoming Tide: Responding to Marshall*, i *Public Law* 1987, s. 383 ff. og Fitzpatrick, Barry: *The Interpretation of EEC Equal Treatment Directives in the UK Courts*, i *Oxford Journal of Legal Studies*, 1988 vol. 6.

88. Sag 79/83, Dorit Harz mod Deutsche Tradax GmbH, Saml. 1984 s. 1921.

for så vidt angår substansen, af art. 4, stk. 3 TEU), der kan benyttes i forhold til en hvilken som helst EU-retsakt.

I Colson/Kamann dommen⁸⁹ udtalte EU-Domstolen, at den nationale dommers pligt til at fortolke national ret i overensstemmelse med et direktiv navnlig gælder, når den nationale regel er vedtaget til gennemførelse af direktivet. I Pfeiffer-sagen⁹⁰ gik den videre og fastslog:

Såfremt det princip om ensartet fortolkning af national lovgivning, der således er pålagt ved fællesskabsretten, i højeste grad vedrører nationale bestemmelser, der vedtages for at gennemføre det pågældende direktiv, er princippet imidlertid ikke begrænset til fortolkningen af disse bestemmelser, men kræver, at den nationale domstol tager den nationale lovgivning i dens helhed i betragtning for at vurdere, i hvilket omfang denne lovgivning kan anvendes således, at den ikke fører til et resultat, der er i modstrid med det, der tilsigtes med direktivet (jf. i denne retning Carbonari m.fl.-dommen, præmis 49 og 50).

I Marleasing⁹¹ fastslog EU-Domstolen eksplicit, at pligten til EU-konform fortolkning gælder, uanset om der tale om ældre eller yngre national ret.

3.4. Virkning i forhold til private og det offentlige

Pligten til EU-konform fortolkning gælder såvel i sager mellem private indbyrdes, jf. fx Harz-sagen og Pfeiffer-sagen, som i sager en privat anlægger mod det offentlige, jf. Colson-sagen. I betragtning af, hvor omdiskuteret direktivers mulige direkte virkning over for private har været, er det påfaldende, at den indirekte virkning i form af pligt til EU-konform fortolkning uden videre blev antaget at være den samme. Dette resultat er heller ikke blevet anfægtet i litteraturen.⁹²

Hvis det offentlige, fx anklagemyndigheden, anlægger sag mod en privat, er situationen anderledes. I Kolpinghuis-sagen⁹³ fastslog EU-Domstolen:

89. Sag 14/83, præmis 26.

90. Forenede sager C-397/01-C-403/01, Bernhard Pfeiffer m.fl. mod Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, Saml. 2004 I-8835, præmis 115.

91. Sag C-106/89, Marleasing SA mod La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Saml. 1990-I s. 4135.

92. Se fx Fitzpatrick, Barry: The Interpretation of EEC Equal Treatment Directives in the UK Courts, Oxford Journal of Legal Studies, 1988 vol. 6.

93. Sag 80/86, Kolpinghuis Nijmegen BV, Saml. 1987 s. 3969.

3. Pligt til at fortolke national ret i overensstemmelse med EU-retten

En national myndighed kan ikke til skade for en retsundergoven påberåbe sig en bestemmelse i et direktiv, hvis nødvendige gennemførelse i national ret endnu ikke har fundet sted.

2) En domstol i en Medlemsstat er ved anvendelse af national lovgivning forpligtet til at fortolke denne på baggrund af direktivets ordlyd og formål for at nå det ved traktatens artikel 189, stk. 3, tilsigtede resultat, men et direktiv kan ikke i sig selv og uafhængigt af en lov vedtaget til dets gennemførelse fastsætte eller skærpe strafansvaret for personer, der handler i strid med dets bestemmelser.

3) Det gør ingen forskel for de i de ovenfor givne svar anførte resultater, at den frist, der er givet Medlemsstaten til at tilpasse den nationale lovgivning, endnu ikke er udløbet på den relevante dato.

Resultatet i Kolpinghuis-sagen er bekræftet i Berlusconi-sagen.⁹⁴

3.5. Konsekvenser af pligten til EU-konform fortolkning

Pligt til EU-konform fortolkning indebærer en pligt for nationale domstole til fuldt ud at anvende det fortolkningskøn, der findes i national ret, til at nå en EU-konform løsning. I Colson og Harz-sagerne, der blev afgjort i 1984, henviste EU-Domstolen til denne betingelse, og den dukkede op igen i 1988 i Murphy-dommen, men har ikke været benyttet i de nyere domme. Det relevante problem er navnlig, om der er en vis pligt til fortolkning *contra legem*. I Marleasing antog EU-Domstolen, at der skal fortolkes EU-konformt 'dans toute la mesure du possible'.

Efter Marshall-dommen,⁹⁵ der fastslog, at direktiver ikke er direkte forpligtende over for private, har Colson/Kamann og Dorit Harz-sagerne fået ny betydning,⁹⁶ hvilket også illustreres af de ikke helt få domme, der senere er afsagt om pligt til EU-konform fortolkning.

Samspillet mellem EU-Domstolen og den tyske domstol i Colson- og Kamann-sagen er blevet fortolket som udtryk for, at det er lykkedes EU-Domstolen i praksis at opnå alle konsekvenser af direkte anvende-

94. Forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, straffesager mod Berlusconi m.fl., Saml. 2005 I-3565.

95. Sag 152/84, M H Marshall mod Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Teaching), Saml. 1986 s. 723.

96. Sml. Arnall, Anthony: The Incoming Tide: Responding to Marshall, i Public Law 1987, s. 383 ff. og Fitzpatrick, Barry: The Interpretation of EEC Equal Treatment Directives in the UK Courts, i Oxford Journal of Legal Studies, 1988 vol. 6.

lighed, samtidig med at man undgik det kontroversielle spørgsmål om direktivers direkte anvendelighed i horisontale relationer.⁹⁷

Efter EU-Domstolens domme i Marshall-sagen og i Colson/Kammann-sagen og Dorit Harz-sagen,⁹⁸ er situationen den, at direktiver anses for forpligtende for en national domstol, der dømmer i en sag mod en privat arbejdsgiver, idet EU-Domstolen er (en del af) en stat i art. 288, stk. 3 EUF (tidl. art. 249, stk. 3 EF)'s forstand. Direktiver er derimod ikke, i den udstrækning, princippet i Marshall-dommen følges, se herom foran, forpligtende for den private arbejdsgiver, der er part i sagen.

4. Princippet om EU-rettens forrang

Direkte anvendelig EU-ret har forrang for national ret. Hvis spørgsmålet rejses på EU-plan, er dette oplagt. Allerede i Humblet-sagen⁹⁹ fra 1960 udtalte EU-Domstolen sig i denne retning og i hvert fald siden Costa/ENEL sagen,¹⁰⁰ der blev afgjort i 1964, har det været en fast opfattelse på EU-plan. Der er således tale om et gammelt princip, der allerede var veletableret inden Danmark trådte ind i EU pr. 1.1.1973, og som senere er blevet udbygget, bl.a. i Simmenthal-sagen.¹⁰¹ Rækkevidden af princippet er dog stadig omdiskuteret. I det

97. Se nærmere Curtin, Deirdre: Effective Sanctions and the Equal Treatment Directive: The von Colson and Harz-cases, i *Common Market Law Review*, 1985 s. 505 ff.

98. Forenede sager C-397/01-C-403/01, Bernhard Pfeiffer m.fl. mod Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, Saml. 2004 I-8835.

99. Sag 6/60, Humblet mod Belgien, Saml. (fransk udgave)1960 s. 1125, udtalte EU-Domstolen 'si la cour constate dans un arret qu'un acte législatif ou administratif émanant des autorités d'un état membre est contraire au droit communautaire, cet état est obligé, en vertu de l'article 86 du traité CECA, aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire; que cette obligation résulte du traité et du protocole qui ont force de loi dans les états membres à la suite de leur ratification et qui l'emportent sur le droit interne;', se herom De Witte, Bruno: Retour à 'Costa'. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international, *Revue trimestrielle de droit européen* 1984 s. 425.

100. Sag 6/64, Flaminio Costa mod ENEL, den danske udgave af *Samlingen* 1954-64 s. 531.

101. Sag 106/77, Det italienske finansministerium mod Spa Simmenthal, Saml. 1978 s. 629. Se også Due, Ole: EF-domstolens retspraksis som integrationsfremmende faktor, *Juridisk Tidsskrift* 1991/92 s. 407.

udkast til forfatningstraktat fra 2004, der aldrig kom til at træde i kraft, var der eksplicit taget stilling til princippet om EU-rettens forrang. Art. I-10, stk. 1, lød:

1. Forfatningen og den ret, der vedtages af Unionens institutioner under udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt denne, har forrang frem for Medlemsstaternes ret.

I Lissabon-Traktaten nævnes spørgsmålet ikke, men princippet om EU-rettens forrang gælder fortsat – som det har gjort de sidste ca. 50 år – i kraft af EU-Domstolens praksis.

Hvis spørgsmålet om EU-rettens forrang for national ret stilles som et spørgsmål, om en national domstol under alle omstændigheder vil give EU-retten forrang, er det mere omstridt, især i forhold til national forfatningsret af grundretskarakter.¹⁰² Lasok skriver generelt om »the doctrine of supremacy of Community law«,¹⁰³ at »there is, generally, a certain amount of hesitation, if not reluctance to accept that monist doctrine and by-pass national legislatures«.¹⁰⁴

4.1. Hvilke regelkonflikter handler forrangsprincippet om?

Der er ikke enighed i litteraturen om, hvor snævert eller bredt et problemfelt, princippet EU-rettens forrang handler om. Nogle forfattere afgrænser problemkredsen så bredt, at der af princippet om EU-rettens forrang kan udledes en almindelig pligt for Medlemsstaterne til at gøre EU-rettens grundlæggende principper effektive.¹⁰⁵

Tomuschat sammenligner forholdet mellem EU-ret og national ret med forholdet inden for national ret mellem forfatningsret og forvaltningsret. Navnlig i tysk teori har der i mere end 40 år været en indgående diskussion om de forfatningssikrede grundrettigheders såkaldte

102. Oppenheimer, Andrew: *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, Cambridge 1994 optrykker 27 domme om forrangsproblemet fra forskellige nationale jurisdiktioner og EU-Domstolen.

103. Lasok, K P E: *Law and Institutions of the European Union*, London 2001 s. 373.

104. Det forekommer formentlig også, at nationale domstole kommer udenom princippet ved at lukke øjnene for modstrid mellem national ret og EU-ret, se som et muligt eksempel i denne retning U 2001.1249 H. Dommen omtales nærmere nedenfor i kap. 9 om etablering og 10 om fri bevægelighed for kapital, se også Neergaard, Ulla: *Landbrugsloven på kant med EU-retten?*, U 2002, B 213.

105. Se for denne opfattelse Tomuschat, Christian: *Le principe de proportionnalité: quis iudicabit?*, *Cahier de Droit Européen* 1977 s. 99.

Drittwirkung i forholdet mellem private.¹⁰⁶ I ældre dansk litteratur¹⁰⁷ blev problemet om fællesskabsrettens forrang anskuet under en snæver synsvinkel, nemlig kun som et spørgsmål, der har relevans for særligt kvalificerede typer fællesskabsret.¹⁰⁸

4.2. Costa mod ENEL-sagen

Costa mod ENEL-sagen¹⁰⁹ fra 1964 handlede om en advokat i Milano, Costa, der ikke ville betale en elektricitetsregning på 1925 lire fra elektricitetselskabet ENEL. ENEL var en statslig monopolvirksomhed, der var dannet efter nationalisering af el-sektoren i Italien. I denne sag spurgte fredsdommeren i Milano EU-Domstolen, om de relevante italienske lovbestemmelser stred mod forskellige artikler i Traktaten. Den italienske regering gjorde gældende, at bestemmelsen om præjudicielle spørgsmål slet ikke kunne bruges til at stille sådanne spørgsmål. En italiensk dommer skulle anvende italiensk ret. Dette standpunkt stemmer med den dualistiske teori om forholdet mellem national ret og folkeret. Efter denne teori gælder for nationalt forum national ret. I tilfælde af modstrid mellem national ret og folkeretten har national ret efter denne teori forrang for folkeret.

EU-Domstolen benyttede denne sag til for første gang at fastslå, at EU-retten er en principielt anden slags ret end folkeret med forrang for national ret. Man nøjedes således ikke med at afvise den dualistiske teori om forholdet mellem folkeret og national ret og foretrække den monistiske teori,¹¹⁰ men valgte at karakterisere EU-retten (dengang

106. Se nærmere Lurger, Brigitta: Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union, Wien 2002 s. 226 ff.

107. Se for en gennemgang af den danske diskussion i årene omkring Danmarks indtræden i EU/EF Gangsted-Rasmussen, Niels: Primauté du droit communautaire en cas de conflit avec le droit danois, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1975 s. 700.

108. Gangsted-Rasmussen, Niels: Primauté du droit communautaire en cas de conflit avec le droit danois, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1975 s. 700 og samme: EF-rettens umiddelbare anvendelighed, Kbh. 1977, se også Gulmann, Claus og Hagel-Sørensen: EU-ret, Kbh. 1995.

109. Sag 6/64, Flaminio Costa mod ENEL, Saml. 1954-64 s. 531. Se om Costa-sagen De Witte, Bruno: Retour à 'Costa'. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international, *Revue trimestrielle de droit européen* 1984 s. 425.

110. Se om den dualistiske og monistiske teori om forholdet mellem folkeret og national ret i den folkeretlige litteratur, fx Gulmann, Claus, John Bernhard og Tyge Lehmann: Folkeret, Kbh. 1989 eller i litteraturen om retskilder, fx Nielsen, Ruth og Christina DTvarnø: Retskilder og Retsteorier, Kbh. 2005 kap. 3.

fællesskabsretten) som en tredje slags ret, hverken folkeret eller national ret med forrang for national ret. EU-Domstolen udtalte bl.a., at Traktaten har indført en særlig retsorden, der er integreret i Medlemsstaternes retssystemer fra det tidspunkt, da den trådte i kraft, og som skal anvendes af deres retsinstanser.

Medlemsstaterne har ved at oprette et fællesskab på ubegrænset tid, der har egne institutioner, retsevne, partshabilitet, beføjelse til at optræde på internationalt plan og navnlig egentlige beføjelser, der er en følge af en kompetencebegrænsning eller overførsel af beføjelser fra Medlemsstaterne til Fællesskabet, faktisk begrænset deres suverænitet, selv om det er sket inden for afgrænsede områder, og har således skabt et regelsæt, som finder anvendelse på deres statsborgere og på dem selv.¹¹¹ EU-Domstolen udtalte:¹¹²

at af denne integration i hver Medlemsstats retssystem af bestemmelser, som hidrører fra fællesskabsretskilden, og mere generelt af traktatens ordlyd og ånd følger det logisk, at Medlemsstaterne ikke kan gøre en senere ensidig foranstaltning gældende mod en retsorden, de har accepteret på gensidig basis.

I konklusionen udtrykte man forrangen med ordene:

‘Da en senere ensidig retsakt ikke kan gå forud for fællesskabsretten ...’.

Forrangen begrundes således i den første dom om emnet dels med, at den er et korrelativ (corroilaire i den franske version) til integration af EU-retskilder i national ret, dels med, at Medlemsstaterne ikke ensidigt kan sætte sig ud over et system, de på gensidig basis er gået ind i.

4.3. Hvilke EU-regler har forrang?

Costa/ENEL-sagen drejede sig om traktatbestemmelser. I senere sager har EU-Domstolen taget stilling til en række andre situationer. Efter

111. For Danmarks vedkommende er suverænitetsafgivelsen i forbindelse med ratifikationen af såvel EF-Traktaten som EU-Traktaten sket med hjemmel i grundlovens § 20.

112. Den danske tekst er en senere oversættelse. Den franske version lyder: »Attendu que cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les états de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable.«

EU-Domstolens opfattelse har i hvert fald bindende EU-regler med direkte virkning, dvs. tilstrækkeligt præcise traktatbestemmelser, forordninger, tilstrækkeligt præcise direktivbestemmelser i forhold til det offentlige og beslutninger forrang.

Sammenstød mellem bindende, ikke direkte anvendelig EU-ret og national ret kan opstå, når EU-reglen er for upræcis til at have direkte virkning, eller hvis der er tale om et direktiv, hvis implementeringsfrist er udløbet, men som uanset dette ikke er blevet implementeret i et eller flere Medlemslande. Det må antages, at nationale domstole i EU-landene skal undlade at anvende nationale regler, der strider mod EU-regler, også i tilfælde, hvor der er tale om ikke-implementerede eller fejlimplementerede direktiver efter implementeringsfristens udløb.¹¹³

Bellone-sagen¹¹⁴ vedrørte en tvist mellem to private vedrørende en agenturkontrakt, der faldt inden for direktivet om handelsagenter.¹¹⁵ Handelsagent Barbara Bellone anlagde sag for en italiensk domstol (Pretura di Bologna) med påstand om, at hun var berettiget til visse beløb, hun mente tilkom hende for den virksomhed som handelsagent, hun havde udøvet for selskabet Yokohama. Dette gjorde gældende, at agenturkontrakten var ugyldig, fordi Bellone ikke var optaget i et italiensk register for handelsagenter, hvilket efter italiensk lovgivning var en betingelse for agenturkontraktens gyldighed. Den italienske domstol spurgte EU-Domstolen, om direktivet om handelsagenter var forenelig med den italienske lov, som gjorde agenturkontraktens gyldighed betinget af, at handelsagenterne er optaget i et register for handelsagenter.

EU-Domstolen fastslog, at 'direktivet er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter en agenturkontrakts gyldighed er betinget af, at handelsagenten er optaget i et register for handelsagenter'.

Dommen indebar, at den nationale domstol skulle undlade at anvende bestemmelser i italiensk lovgivning, der var uforenelige med et direktiv, der ikke var gennemført korrekt inden for den fastsatte frist.¹¹⁶

113. Sml. generaladvokat Saggios udtalelse i forenede sager C-240/98-C-244/98, Océano Grupo Editorial SA mod Roció Murciano Quintero (C-240/98) og Salvat Editores SA mod José M Sánchez Alcón Prades (C-241/98), José Luis Copano Badillo (C-242/98), Mohammed Berroane (C-243/98) og Emilio Viñas Feliú (C-244/98), Saml. 2000 I-4941.

114. Sag C-215/97, Barbara Bellone mod Yokohama SpA, Saml. 1998 I-2191.

115. 86/653/EØF.

116. Sml. generaladvokat Saggios diskussion af dommen i hans udtalelse i Forenede sager C-240/98-C-244/98, Océano Grupo Editorial SA mod Roció Murciano Quintero (C-240/98) og Salvat Editores SA mod José M. Sánchez Alcón Prades (C-241/98), José Luis Copano Badillo (C-242/98), Mohammed Berroane (C-243/98) og Emilio Viñas Feliú (C-244/98), Saml. 2000 I-4941.

4. Princippet om EU-rettens forrang

Ruiz Bernáldez-sagen¹¹⁷ handlede om direktiverne¹¹⁸ om ansvarsforsikring for motorkøretøjer. Ruiz Bernáldez var ved en spansk domstol blevet idømt straf for kørsel i spirituspåvirket tilstand, hvorved han havde forårsaget et trafikuheld, samt pålagt pligt til at erstatte den tingsskade, han havde forårsaget. Ved dommen blev det forsikringsselskab, hvor Bernáldez havde tegnet kaskoforsikring, frifundet for enhver forpligtelse til at dække skaden. Retten henviste herved til en bestemmelse i den spanske bekendtgørelse om lovpligtig forsikring, hvori det hed:

For så vidt angår tingsskade skal forsikringsselskabet ... dække den forvoldte skade, såfremt føreren af det i forsikringspolice angivne køretøj er erstatningsansvarlig ... Undtaget fra denne dækning er tingsskade, der forvoldes: ... b) mens føreren er spirituspåvirket.

Dommen blev appelleret og den spanske appelinstans spurgte EU-Domstolen, om det er i overensstemmelse med direktiverne om ansvarsforsikring for motorkøretøjer, at den lovpligtige ansvarsforsikring ikke dækker i tilfælde af tingsskade forvoldt af et køretøj, hvis fører var spirituspåvirket under kørslen.

Ved besvarelsen heraf fastslog EU-Domstolen, at sådanne nationale bestemmelser ikke er forenelige med direktivet og udtalte, at direktiverne er til hinder for, at forsikringsselskabet kan påberåbe sig lovbestemmelser eller aftaleklausuler til støtte for ikke at yde erstatning til personer, der lider skade ved et uheld forvoldt af det forsikrede køretøj. EU-Domstolen pålagde således den nationale domstol at undlade at anvende de nationale bestemmelser, der var uforenelige med direktivet, selv om dette ikke var blevet korrekt gennemført. Borgeren – i den konkrete sag forsikringsselskabet – måtte følgelig påtage sig en økonomisk forpligtelse, som ikke påhvilede ham efter national ret.

4.4. Hvilke nationale regler har EU-retten forrang for?

EU-retten har forrang for al national ret, inklusive nationale grundlove. I Kreil-sagen¹¹⁹ fastslog EU-Domstolen fx, at ligebehandlingsdirektivet har forrang for den tyske grundlov (Grundgesetz).

Domstolens praksis om forrang har som omtalt i kap. 4 sammen-

117. Sag C-129/94, Straffesag mod Rafael Ruiz Bernáldez, Saml. 1996 I-1829.

118. 72/166/EØF og 84/5/EØF.

119. Sag C-285/98, Tanja Kreil mod Tyskland, Saml. 2000 I-69.

hæng med udviklingen af de grundlæggende rettigheder, som i nogen grad oprindeligt kom ind i EU-retten for at dæmpe visse Medlemsstaters modstand mod EU-rettens forrang for nationale forfatningssikrede grundrettigheder.

4.5. Konsekvenser af forrang

4.5.1. EU-reglen skal anvendes

Situationen, hvor der er tale om forrang for bindende EU-ret med direkte virkning, kan illustreres med præmis 11 i Murphy-sagen¹²⁰ om art. 141 EF (nu art. 157 TEUF) om ligeløn, hvor EU-Domstolen udtalte, at art. 141 EF er umiddelbart anvendelig i den forstand, at de berørte arbejdstagere kan støtte ret på bestemmelsen ved domstolene for at opnå ligeløn i bestemmelsens forstand, og således at de nationale domstole er forpligtede til at anvende bestemmelsen som en del af EU-retten.

I denne situation har EU-reglen, som det ses, absolut forrang. Det påhviler den nationale dommer at anvende EU-reglen.

4.5.2. Nationale domstole skal undlade at anvende nationale regler, der strider mod EU-regler

I det forannævnte citat fra Murphy-sagen fastslog EU-Domstolen videre, at den nationale domstol skal forsøge at skabe normharmonien ved national fortolkning og, hvis det ikke er muligt, at lade enhver modstående internretlig forskrift være retlig uvirksom.

Det fremgår også af de foran omtalte Bellone-¹²¹ og Bernáldez-sager,¹²² at en national dommer skal undlade at anvende national ret, der strider mod EU-regler.

4.5.3. Er modstridende national ret ugyldig?

Forrang for EU-retten indebærer, som det ses, at modstridende national ret skal være uvirksom, dvs. ikke anvendes. Derimod har EU-Domstolen ikke fastslået, at den modstridende nationale regel er ugyldig.¹²³ Se som eksempel på konsekvenserne af, at nationale regler skal

120. Sag 157/86, Mary Murphy m.fl. mod An Bord Telecom Eireann, Saml. 1988 s. 673.

121. Sag C-215/97, Barbara Bellone mod Yokohama SpA, Saml. 1998 I-2191.

122. Sag C-129/94, Straffesag mod Rafael Ruiz Bernáldez, Saml. 1996 I-1829.

123. Sml. Di Fabio, Udo: Richtlinienkonformität als ranghöchstes Auslegungsprinzip? Überlegungen zum Einfluss des indirekten Gemeinschaftsrechts auf die nationale Rechtsordnung, Neue Juristische Wochenschrift 1990 s. 947.

5. Pligt til at tage ikke-bindende EU-ret i betragtning

være uvirksom Kraaijeveld-sagen,¹²⁴ der er omtalt foran. Her fastslog EU-Domstolen i forhold til et direktiv om miljøvurdering, at det, hvis den nationale lovgivning overskrider grænserne for det nationale skøn, og der følgelig må ses bort fra de nationale bestemmelser, påhviler Medlemsstatens myndigheder inden for rammerne af deres kompetence at træffe alle de almindelige eller særlige foranstaltninger, der er nødvendige for, at projekterne undersøges med henblik på at fastslå, om de kan få væsentlig indvirkning på miljøet, og i bekræftende fald, at deres indvirkninger undersøges.

Spørgsmålet om EU's grundlæggende rettigheder skal respekteres internt i national ret er behandlet foran i kap. 4.

5. Pligt til at tage ikke-bindende EU-ret i betragtning

Den laveste grad af indvirken på national ret har ikke-bindende fællesskabsret, som nationale dommere har pligt til at tage i betragtning ved fortolkning af sager, der indbringes for dem, jf. Grimaldi-sagen.¹²⁵ Grimaldi-dommen giver ingen anvisning på, med hvilken vægt ikke bindende regler skal indgå. Der er næppe pligt til at vælge en EU-konform fortolkning, selvom en sådan er mulig efter national ret.¹²⁶

EU-Domstolen har i Grimaldi-sagen eksplicit¹²⁷ givet udtryk for, at ikke-bindende retsakter, i sagen to kommissionshenstillinger om erhvervs sygdomme, har retsvirkninger, idet de skal tages i betragtning ved fortolkning af national ret, der implementerer EU-ret eller kompletterer denne, og efter omstændighederne også i andre tilfælde. Bindende regulering har forrang for ikke-bindende regulering, sml. Defrenne-II-sagen.¹²⁸

Hidtil har der kun været ført traktatbrudssager om overtrædelse af bindende retsakter efter art. 258 TEUF (tidl. art. 226 EF). Der har endnu aldrig været ført traktatbrudssager mod Medlemslandene pga.

124. Sag C-72/95, Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV ea mod Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland, Saml. 1996 I-5403.

125. Sag C-322/88, Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles, Saml. 1989 s. 4407.

126. Sml. Lang, John Temple: Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty, Common Market Law Review 1990 645.

127. I præmis 18 i Grimaldi-sagen, Sag C-322/88, Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles, Saml. 1989 s. 4407.

128. Sag 43/75, Gabrielle Defrenne mod Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena, Saml. 1975 s. 455.



EU-RETTE

I DANMARK

BIRGITTE EGELUND OLSEN OG KARSTEN ENGSIG SØRENSEN (RED.)

JURIST- OG ØKONOMFORBUNDETS FORLAG

Birgitte Egelund Olsen og Karsten Engsig Sørensen - 9788771982398

Downloaded fra Jurabibliotek.dk04/25/2021 12:28:38PM

via Kammeradvokaten

Birgitte Egelund Olsen og
Karsten Engsig Sørensen (red.)

EU-retten i Danmark



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2018

Birgitte Egelund Olsen og Karsten Engsig Sørensen (red.)
EU-retten i Danmark

1. udgave, 1. oplag

© 2018 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Jurist- og Økonomforbundets Forlag/Djøf Forlag er godkendt af
Uddannelses- og Forskningsministeriet som pointgivende forlag i den bibliometriske
forskningsindikator. For at en publikation kan opnå point, er kravet herfor, at forlaget
skal benytte fagfællebedømmelse, hvilket vil sige, at en ekstern forsker har bedømt
forskningens kvalitet inden værkets publicering.

Publikationen er fagfællebedømt

Omslag: Marianne Tingkov
Tryk: Clemensstrykkeriet

Printed in Lithuania 2018
ISBN 978-87-574-3887-1
E-bog ISBN 978-87-7198-239-8

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

5. Fra hvornår gælder EU-rettens forrang?

krævet før dommens dato, medmindre der allerede var anlagt sag eller taget andre tilbagesøgningskridt.¹⁰³

Derimod afviste Domstolen i den danske *Ambi*-sag, sag C-200/90, *Dansk Denkvit*, at begrænse dommens tidsmæssige virkninger til fremtiden.¹⁰⁴ Det blev ved dommen fastslået, at afgiften var i strid med art. 33 i momsdirektivet. Det blev af den danske regering fremhævet, at dommen ville medføre usædvanligt alvorlige konsekvenser for statens økonomi og det danske domstolssystem. Det blev bl.a. anført, at der fra 150-200.000 virksomheder var opkrævet ca. 7 mia. euro i arbejdsmarkedsbidrag, svarende til 4 pct. af statens indtægter i den pågældende periode. Domstolen konstaterede imidlertid, at dens fortolkning af det 6. momsdirektiv ikke kunne betragtes som en nyskabelse, og at Kommissionen umiddelbart efter den danske bestemmelses vedtagelse havde udtrykt tvivl om bestemmelsens forenelighed med EU-reglen.¹⁰⁵

Ambi-sagen adskiller sig endvidere fra de sager, hvor der undtagelsesvis gives virkning *ex nunc*, ved at være et væsentligt indgreb direkte over for en medlemsstat. Dette kunne tyde på, at der kan opstilles en tredje hovedregel, nemlig den at indrettelseshensyn formentlig kun kan påberåbes til beskyttelse af borgere og private virksomheder. Det understøttes til dels i den senere dom i de forenede sager C-367/93 og 377/93, *Roders*, hvor Domstolen understregede, at de finansielle følger, det kan have for en regering, at en afgift er ulovlig, aldrig i sig selv kan begrunde en begrænsning af en doms tidsmæssige virkning, idet de groveste tilsidesættelser i modsat fald ville blive behandlet lempeligst, da det er dem, som kan have de største finansielle følger for medlemsstaterne.¹⁰⁶

103. Se særligt dommens præmis 28-35. Se endvidere Domstolens tilsvarende betragtninger i sag 262/88, *Barber*, der vedrørte forskellige aldersbetingelser for mænd og kvinder ved udbetaling af arbejdsophørs pension samt sag C-415/93, *Bosman*, hvor Domstolen henviste til de særegenheder, der karakteriserede de af sportsforbundene fastsatte transferregler og den tilstand af usikkerhed, der var for så vidt angår disse reglers forenelighed med EF-traktatens art. 39. Se også sag C-262/96, *Sürül*, sag C-163/90, *Legros* samt forenede sager C-485-486/93, *Simitzi*.

104. Sag C-200/90, *Dansk Denkvit*. Om *ambi*-sagen se også *Peter Pagh* i kapitel 21 og *Søren Friis Hansen* i kapitel 17 samt *Claus Gulmann & Karsten Hagel-Sørensen*: EU-ret, 1995 s. 191 og 195.

105. Se sag C-200/90, *Dansk Denkvit*, præmis 21 og 22.

106. Se dommens præmis 48 og tilsvarende i forenede sager C-197/94 og C-252/94, *Bautiaa*, samt sag C-35/97, *Kommissionen mod Frankrig*.

Kapitel 16. EU-rettens forrang

6. Forrangsprincippets konsekvenser

Princippet om EU-rettens forrang har en række konsekvenser i dansk ret. Hvor Domstolen i de klassiske sager *Costa mod ENEL* og *Internationale Handelsgesellschaft* blot udtaler sig om virkningerne af forrangsprincippet, forholder en række senere sager sig til den mere praktiske gennemførelse af princippet i de nationale retssystemer og de begrænsninger, som princippet konkret indebærer.

6.1. Begrænsning af den nationale lovgivers kompetence

Det EU-retlige krav om forrang begrænser helt grundlæggende den nationale lovgivers adgang til at lovgive, i den forstand at der gælder et forbud mod vedtagelsen af nationale love, der konkret er i modstrid med EU-regler. Denne begrænsning betegnes også »preemption-doktrinen«.¹⁰⁷ Bevidstheden om de begrænsninger, som EU-retten opstiller i forhold til lovgiver, kan komme direkte til udtryk i lovforarbejderne. Meget klare eksempler herpå ses bl.a. i dele af skattelovgivningen.¹⁰⁸ Der findes endvidere en række eksempler på, at det eksplicit anføres i lovforarbejderne, at en bestemt lovændring skyldes, at de gældende danske regler er i strid med EU-rettens regler.¹⁰⁹

I visse situationer rækker kompetencebegrænsningen videre. Det gælder, hvor en EU-regulering af et område er blevet så omfattende, at det må lægges til grund, at EU har villet fastsætte en udtømmende harmonisering af området. Enhver national regulering på det pågældende område vil således være ulovlig – og det vil som udgangspunkt hverken tilkomme regering eller Folketing at give dispensation fra en absolut EU-regel.¹¹⁰ En parallel kompetencebegrænsning gælder i forhold til medlemsstaternes beføjelser til at indgå aftale med tredjelande, idet en medlemsstat ikke på egen hånd kan indgå in-

107. Om preemptiondoktrinen se bl.a. *Robert Schütze: European Union Law*, 2015 s. 134ff.; *Robert Schütze* i *Common Market Law Review*, Vol. 43(4), 2006 s. 1023-1048 og *Damian Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti & Adam Tomkins: European Union Law*, 2006 s. 188ff.

108. Se bl.a. bemærkningerne til lovforslag L35/1995-96, punkt 5.

109. Se f.eks. bemærkningerne til lovforslag L213/2007-08, punkt 2.2 samt bemærkningerne til lovforslag L119/2003-04, punkt 1 og 2 samt den samlede vurdering af lovforslaget.

110. Se bl.a. sag C-186/06, *Kommissionen mod Spanien*, præmis 37 og sag C-57/89, *Kommissionen mod Tyskland*, herunder særligt Domstolens argumentation i præmis 20-23.

6. Forrangsprincippets konsekvenser

ternationale aftaler, i det omfang disse berører EU-retsakter.¹¹¹ På områder, hvor EU er tillagt en enekompetence, vil medlemsstaterne tilsvarende være udelukket fra at lovgive. Dette gælder bl.a. i relation til EU's kompetence på det handelspolitiske område.¹¹²

6.2. Modstridende nationale reglers gyldighed

Når det fastslås, at en dansk lov eller lovbestemmelse strider mod en umiddelbart anvendelig EU-regel, kan loven eller bestemmelsen ikke længere håndhæves. Det betyder dog ikke, at den danske lov eller regel ophører med at eksistere. Den kan blot ikke anvendes i tilfælde af konflikt med EU-retten. Det er bl.a. blevet understreget i de forenede sager C-10/97 og C-22/97, *IN.CO.GE 90*, hvor Domstolen fastslog, at en uoverensstemmelse mellem EU-retten og en senere vedtaget national retsregel »[...] medfører ikke, at sidstnævnte regel må anses for ikke at foreligge. Når en sådan uoverensstemmelse foreligger, skal den nationale ret derimod undlade at anvende den nationale bestemmelse [...]«¹¹³ Den nationale regel er således ikke umiddelbart ugyldig, men uvirksom i den konkrete situation og skal derfor ikke anvendes.¹¹⁴ Det følger af det forhold, at Domstolen ikke kan erklære en national lov eller regel ugyldig med den begrundelse, at den er i uoverensstemmelse med EU-retten. Det kan alene de nationale domstole.

Hvor der ikke i national ret er hjemmel til f.eks. at suspendere en national lov, som er i strid med EU-retten, har Domstolen fastslået, at EU-retten udgør hjemmelsgrundlaget for sådanne foreløbige retsmidlers iværksættelse. Det blev fastslået i sag C-213/89, *Factortame I*, hvori Domstolen udtalte, at de nationale domstole ikke blot skulle iagttage forrangsprincippet, men også skulle iværksætte foreløbige retsmidler, herunder suspendere national lovgivning, hvor dette var nødvendigt for at sikre, at den senere endelige afgørelse kunne få fuld virkning i overensstemmelse med EU-retten.¹¹⁵ Dommen betegnes ofte som et af de mest vidtgående eksempler på, at EU-rettens krav om forrang skal respekteres i de nationale retssystemer, da den tillod et forbud

111. Denne retsstilling blev fastslået i sag 22/70, *AETR*, og er efterfølgende gentaget i bl.a. sag C-66/13, *Green Network SpA*.

112. Jf. EUF-traktatens art. 207.

113. Se forenede sager C-10/97 og C-22/97, *IN.CO.GE 90*, præmis 21 og de forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, *Berlusconi*, præmis 72.

114. Se endvidere sag C-41/11, *Terre Wallonne II*, præmis 42-46, sag C-129/94, *Ruiz Bernáldez*, og sag C-72/95, *Kraaijeveld*, særligt præmis 61.

115. Se sag C-213/89, *Factortame I*, herunder særligt præmis 21-23.

Kapitel 16. EU-rettens forrang

mod staten i relation til en lovs ikrafttræden, idet det var sandsynliggjort, at loven var traktatstridig.¹¹⁶

Højesteret har i afgørelsen UfR 1994 s. 823 H – bl.a. med henvisning til Domstolens afgørelse i sag C-213/89, *Factortame I* – anerkendt, at de danske domstole er kompetente til at suspendere både en konkret administrativ afgørelse og en lov, hvis det må antages, at en håndhævelse vil være i strid med EU-retten.¹¹⁷ Adgangen til at iværksætte foreløbige forholdsregler er dermed anerkendt af de danske domstole, uanset at der ikke i dansk ret eksisterer nogen lovhjemmel. Der er endvidere alene tale om en beføjelse – ikke en pligt – til at udsætte gennemførelsen af en national retsakt eller konkret forvaltningsakt, der muligvis strider mod EU-retten.¹¹⁸

6.3. Undtagelser til forrangsprincippet

Fra et EU-retligt perspektiv skal princippet om EU-rettens forrang respekteres ubetinget i national ret. Der kan dog formentlig af Domstolens praksis udledes en vis – om end meget begrænset adgang – til at se bort fra princippet.

Sådanne begrænsninger må formentlig gælde, hvor en borger eller privat virksomhed i god tro har disponeret i tillid til den nationale lov eller regel og på den baggrund har indgået en kontrakt. I en sådan situation vil det ikke være udelukket, at allerede indgåede aftaler kan opretholdes. Det var i hvert fald det resultat, Domstolens præsident nåede frem til i sin kendelse i sag C-87/94 R, *Wallonske busser*, hvor det blev fastslået, at retsvirkningerne af en kontrakt om levering af et stort antal busser ikke skulle udsættes. Domstolens præsident bemærkede i den forbindelse, at det ikke fulgte af EU-retten, at en indgået kontrakt skulle ophæves. Der forelå imidlertid en række særlige omstændigheder i sagen, og resultatet kan formentlig ikke udstrækkes til at gælde generelt.¹¹⁹ Det er således endnu ikke klart afgjort, om Domstolen også vil kunne beslutte, at en allerede indgået kontrakt skal ophæves.

116. Om dommen se bl.a. *Erik Werlauff* i UfR 1996 B 42ff. samt *Erik Werlauff* i kapitel 22.

117. Se endvidere UfR 2000 s. 1203 H. Dommen i UfR 1994 s. 823 H er kommenteret af *Per Walsøe* i UfR 1995 B 128. Se endvidere *Jens Hartig Danielsen* i TfR 2000 s. 166ff. og *samme*: Suverænitetssafgivelse, 1999 s. 351, samt *Erik Werlauff* i UfR 1996 B 41 og *samme*: Fælleseuropæisk procesret, 2000 s. 69ff.

118. I UfR 2006 s. 2738 V, UfR 2005 s. 2650 Ø, UfR 2002 s. 1253 H og UfR 1995 s. 634 H blev anmodningerne om opsættende virkning derimod ikke imødekommet. Se *Niels Fenger* i EU- & Menneskeret, 1995 s. 93ff. samt *Peter Pagh* i kapitel 21.

119. Domstolens præsident bemærker i sin kendelse, at Kommissionen ved sin passivitet havde undladt at udvise den nødvendige omhu, og at interesseafvejningen derfor bur-



SIXTH EDITION

Wyatt and Dashwood's

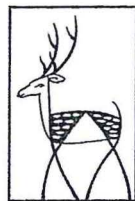
European Union Law

*Alan Dashwood, Michael Dougan,
Barry Rodger, Eleanor Spaventa
and Derrick Wyatt*

ADVOKATENS BIBLIOTEC

Wyatt and Dashwood's European Union Law

Alan Dashwood, Michael Dougan,
Barry Rodger, Eleanor Spaventa and
Derrick Wyatt



• H A R T •
PUBLISHING

OXFORD AND PORTLAND, OREGON
2011

Published in the United Kingdom by Hart Publishing Ltd
16C Worcester Place, Oxford OX1 2JW
Telephone: +44 (0)1865 517530
Fax: +44 (0)1865 510710
E-mail: mail@hartpub.co.uk
Website: <http://www.hartpub.co.uk>

Published in North America (US and Canada) by
Hart Publishing
c/o International Specialized Book Services
920 NE 58th Avenue, Suite 300
Portland, OR 97213-3786
USA
Tel: +1 503 287 3093 or toll-free: (1) 800 944 6190
Fax: +1 503 280 8832
E-mail: orders@isbs.com
Website: <http://www.isbs.com>

© Alan Dashwood, Michael Dougan, Barry Rodger, Eleanor Spaventa and
Derrick Wyatt 2011
Reprinted 2012, 2013, 2015

Alan Dashwood, Michael Dougan, Barry Rodger, Eleanor Spaventa and Derrick
Wyatt have asserted their right under the Copyright, Designs and Patents Act 1988,
to be identified as the authors of this work.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a
retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, without the prior
permission of Hart Publishing, or as expressly permitted by law or under the terms
agreed with the appropriate reprographic rights organisation. Enquiries concerning
reproduction which may not be covered by the above should be addressed to Hart
Publishing Ltd at the address above.

British Library Cataloguing in Publication Data
Data Available

ISBN: 978-1-84946-126-9

Typeset by Forewords, Oxford
Printed and bound in Great Britain by
CPI Group (UK) Ltd, Croydon, CR0 4YY

need to respect the principle of legality as regards substantive criminal law obligations/the right to a fair trial as regards the rules of criminal procedure and evidence.¹⁷⁸

IV – THE PRINCIPLE OF SUPREMACY

International law by its nature binds the state in its executive, legislative and judicial activities, and no international tribunal would permit a respondent state to plead provisions of its law or constitution as a defence to an alleged infringement of an international obligation.¹⁷⁹ The same is true of Union law, 'over which no appeal to provisions of internal law of any kind whatever can prevail.'¹⁸⁰ The Court of Justice has always declined to accept a plea of force majeure where a Member State has attempted to comply with Union obligations, but failed as a result of delays in the legislative process.¹⁸¹ Similarly, the Court has consistently held that a Member State may not plead provisions, practices or circumstances existing in its internal legal order to justify a failure to comply with the obligations and time-limits laid down in a directive.¹⁸²

As mentioned before, the obligation of Member States to take all appropriate measures to ensure the fulfilment of obligations arising under the Treaties is laid down explicitly in Article 4(3) TEU. The most significant manifestation of the duty of loyal co-operation contained in Article 4(3) TEU is surely the principle of supremacy as established in *Costa v Enel*.¹⁸³ As we saw at the outset of this chapter, the Court of Justice there affirmed that, by contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty created its own legal system which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts became bound to apply. By creating a Community of unlimited duration, having powers stemming from a limitation of sovereignty, or a transfer of powers from the Member States to the Community, the Member States limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and thus created a body of law which binds both their nationals and themselves.

That the duty of national courts to give precedence to Union law over national law extends to national legislation adopted after the incorporation of the relevant Union rules into the national legal order was made clear in *Simmmenthal*:

Furthermore, in accordance with the principle of the precedence of Community law, the relationship between provisions of the Treaty and directly applicable measures of the institution on the one hand and the national law of the Member States on the other is such that those provisions and measures not only by their entry into force render automatically inapplicable any conflicting provision of current national law but—in so far as they are integral part of, and take precedence in, the legal order applicable in the territory of each of the Member States—also preclude the valid adoption of new national measures to the extent to which they would be incompatible with Community provisions. . . . It follows from the foregoing that every national court must, in a case

¹⁷⁸ Case C-105/03 *Pupino* [2005] ECR I-5285. See above.

¹⁷⁹ *Treatment of Polish Nationals in Danzig* (1932) PCIJ Rep, Ser A/B, No 44, 24. Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Art 27.

¹⁸⁰ Case 48/71 *Commission v Italy* [1972] ECR 527, 535.

¹⁸¹ eg Case 77/69 *Commission v Belgium* [1970] ECR 237; Case 254/83 *Commission v Italy* [1984] ECR 3395.

¹⁸² See eg Case C-303/92 *Commission v Netherlands* [1993] ECR I-4739, para 9; Case C-298/97 *Commission v Spain* [1998] ECR I-3301, para 14.

¹⁸³ Case 6/64 [1964] ECR 585. Note also Case 17/67 *Neumann* [1967] ECR 441, 453.

within its jurisdiction, apply Community law in its entirety and protect rights which the latter confers on individuals and must accordingly set aside any provision of national law which may conflict with it, whether prior or subsequent to the Community rule.¹⁸⁴

However, contrary to what that passage might seem to suggest, the principle of supremacy does not render national provisions which conflict with Union law null and void, or otherwise render them somehow 'invalid', within the national legal system. The principle of supremacy merely requires that the national courts 'disapply' the conflicting domestic rules insofar as they are incompatible with Union law. That point was made clear by the Court in its ruling in *IN.CO.GE.*¹⁸⁵ In the latter case, the Commission relied upon the above-quoted passage in *Simmenthal* to argue that a Member State had no power whatsoever to adopt a fiscal provision that is incompatible with Union law, with the result that such a provision and the corresponding fiscal obligation must be treated as legally non-existent. However, the Court rejected this argument, saying:

In *Simmenthal*, the issue facing the Court related in particular to the consequences of the direct applicability of a provision of Community law where that provision was incompatible with a subsequently adopted provision of national law. . . . It cannot . . . be inferred from the judgment in *Simmenthal* that the incompatibility with Community law of a subsequently adopted rule of national law has the effect of rendering that rule of national law non-existent. Faced with such a situation, the national court is, however, obliged to disapply that rule, provided always that this obligation does not restrict the power of the competent national courts to apply, from among the various procedures available under national law, those which are appropriate for protecting the individual rights conferred by Community law.¹⁸⁶

One important consequence of the idea that the principle of supremacy merely requires the disapplication (rather than the outright nullity) of national provisions which conflict with Union law is that the enforcement of the principle of supremacy by the national courts does not excuse the Member State from its underlying responsibility formally to amend that conflicting domestic legislation so as to conform with its Union obligations (failing which the Member State may still suffer enforcement proceedings before the Union courts pursuant to Articles 258–60 TFEU).¹⁸⁷

The Court of Justice expects the national courts to enforce the principle of supremacy of Union law as against all conflicting provisions of national law—from the most fundamental provisions of the Member State's written constitution,¹⁸⁸ right down to individual administrative decisions adopted by the lowest public authorities.¹⁸⁹ Moreover, the duty to disapply conflicting national law in cases falling within its jurisdiction applies to every domestic court or tribunal, regardless of its place within the Member State's judicial hierarchy, and without (for example) having to await a ruling from the supreme constitutional or administrative court establishing the existence of an incompatibility between the relevant national legislation and Union law.¹⁹⁰ In fact, the Court in rulings such as *Fratelli*

¹⁸⁴ Case 106/77 [1978] ECR 629, 643–44.

¹⁸⁵ Case C-10/97 *IN.CO.GE.* [1998] ECR I-6307.

¹⁸⁶ *Ibid.*, paras 20–21. See further eg R Schütze, 'Supremacy Without Pre-emption: The Very Slowly Emergent Doctrine of Community Pre-emption' (2006) 43 *CMLRev* 1023.

¹⁸⁷ Case 96/81 *Commission v Netherlands (Bathing Water Directive)* [1982] ECR 1791. On enforcement proceedings against Member States, see further Chapter 6.

¹⁸⁸ eg Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125.

¹⁸⁹ eg Case C-224/97 *Erich Ciola* [1999] ECR I-2517.

¹⁹⁰ See Case 106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629. More recently eg Case C-314/08 *Filipiak* [2009] ECR

Costanzo and *Erich Ciola* went further—asserting that the principle of supremacy is binding not only upon the Member State's judicial but also its administrative bodies.¹⁹¹

However, despite its prima facie unconditional nature, there are certain limitations to the practical effect of the principle of supremacy. Such limitations derive from two very different sources: Union law itself; and the constitutional framework of individual Member States.

Dealing first with Union law itself, it seems clear from the Court's case law that the principle of supremacy is not in fact totally unconditional. In certain situations, the imperative of disapplying national rules which are incompatible with provisions of Union law must be balanced against other equally fundamental principles of the Union legal order—such as the need to respect the principle of legal certainty or to protect legitimate expectations.

For example, *Kühne and Heitz* raised the question under which circumstances the principle of supremacy might require national authorities to reopen decisions which have become final following an unsuccessful challenge before the domestic courts, where it becomes apparent from a subsequent judgment of the Court of Justice that those decisions were based on a misinterpretation of Union law. It was held that legal certainty is one of the general principles of Union law, and implies that administrative bodies should not be required, in principle, to reopen a decision which has become final upon the expiry of reasonable limitation periods or the exhaustion of available legal remedies—even if that decision is incompatible with certain provisions of Union law. However, in the special circumstances of the case (where the national court of last instance had refused to make a reference to the Court of Justice under Article 267 TFEU, the claimants had complained to the Dutch authorities as soon as they became aware of the subsequent Court of Justice judgment, and Dutch law did actually give administrative bodies the power to reopen final decisions), Union law could indeed require the national authorities to revisit their apparently final decision.¹⁹²

Subsequent rulings have explored in greater detail the circumstances in which respect for the principle of legal certainty will lead the Court of Justice to tolerate breaches of Union law, where a wayward administrative decision has become final,¹⁹³ or an erroneous judgment of a national court has acquired the force of *res judicata*.¹⁹⁴ But there are other important lines of case law which illustrate the same phenomenon: for example, where the Court refuses to sanction the enforcement against individuals of (perfectly valid) Union legislation which has not been adequately published,¹⁹⁵ or respects the integrity of national decisions which have become final through the expiry of reasonable limitation periods, even if those decisions do not fulfil the Member State's Treaty obligations;¹⁹⁶ or exceptionally limits the temporal effects of its own rulings on the interpretation of Union

I-11049; Cases C-188 and 189/10 *Melki* (Judgment of 22 June 2010); Case C-173/09 *Elchinov* (Judgment of 5 October 2010).

¹⁹¹ Case 103/88 *Fratelli Costanzo* [1989] ECR 1839; Case C-224/97 *Erich Ciola* [1999] ECR I-2517. See further eg M Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution* (Oxford, Hart Publishing, 2006) ch 10.

¹⁹² Case C-453/00 *Kühne & Heitz* [2004] ECR I-837.

¹⁹³ eg Case C-2/06 *Kempter* [2008] ECR I-411.

¹⁹⁴ eg Case C-234/04 *Kapferer* [2006] ECR I-2585; Cases C-392 and 422/04 *i-21 Germany* [2006] ECR I-8559; Case C-2/08 *Fallimento Olimpiclub* [2009] ECR I-7501; Case C-40/08 *Asturcom* [2009] ECR I-9579.

¹⁹⁵ eg Case C-108/01 *Asda Stores* [2003] ECR I-5121; Case C-161/06 *Skoma-Lux* [2007] ECR I-10841; Case C-345/06 *Heinrich* [2009] ECR I-1659.

¹⁹⁶ eg Case 33/76 *Rewe-Zentralfinanz v Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989; Case C-188/95 *Fantask* [1997] ECR I-6783. See further Chapter 9.

law—on imperative grounds of legal certainty—so that the legal effects of the Court’s judgments will apply only to future legal relationships, rather than as from the prior date of entry into force of the relevant Union instrument.¹⁹⁷ Furthermore, in its ruling in *Winner Wetten*, the Court left open the possibility of recognising a decentralised judicial power to suspend the full supremacy of Union law over conflicting national legislation, on a purely temporary basis and under conditions defined by the Court itself, where disapplication of the relevant domestic rules would create a dangerous legal vacuum threatening the public interest.¹⁹⁸

The important point is that, in all such situations, Union law itself determines the scope and limits of the principle of supremacy, by examining the role of that principle relative to other basic tenets of the Union legal order, and determining whether the Union’s interest in securing the effective and uniform enforcement of its own legal norms is outweighed by the need to respect competing values such as legal certainty or legitimate expectations. By contrast, it is in principle impermissible for national courts or tribunals to condition the supremacy of Union provisions unilaterally upon the requirements of purely domestic law (however fundamental).¹⁹⁹ Yet this brings us precisely to our second type of limitation on the principle of supremacy: however well established in the jurisprudence of the Court of Justice, supremacy may well be denied its full practical effect by national courts, which sometimes feel constrained to temper the rigour of the Treaties’ requirements. In such situations, discharge of the national courts’ primary responsibility—to maintain the integrity of their own domestic legal order—may lead them to defy their obligation under the Treaties to ensure the supremacy of Union law.

In fact, the judicial authorities in the great majority of Member States have encountered constitutional difficulties in incorporating the principle of supremacy into their own national legal systems, at least in the unconditional form articulated by the Court of Justice. Across the European Union, the principle of supremacy may well be recognised and applied in everyday practice—but it is rarely as securely embedded in national constitutional theory as the Court of Justice might demand. Many national courts leave open the possibility (sometimes rather remote, but sometimes more tangible) of refusing to enforce the supremacy of Union law under certain circumstances.²⁰⁰ Those precise circumstances differ from country to country, according to the distinct constitutional structures and values of each Member State. It would clearly fall beyond the scope of this chapter to survey the reception of the principles of supremacy in all 27 national legal systems. We will content ourselves with a brief outline of the judicial attitude adopted in two Member States—the United Kingdom and Germany—whose very different approaches to the supremacy of Union law may nevertheless be taken as illustrative of our broader point.

Dealing first with the United Kingdom, section 2 of the European Communities Act 1972 provides for the recognition of all directly enforceable Union law, and its applica-

¹⁹⁷ eg Case 43/75 *Defrenne v Sabena* [1976] ECR 455; Case 24/86 *Blaizot* [1988] ECR 379; Case C-262/88 *Barber* [1990] ECR I-1889; Case C-415/93 *Bosman* [1995] ECR I-4921. Contrast with eg Cases 142 and 143/80 *Essevi and Salengo* [1981] ECR 1413; Case C-200/90 *Dansk Denkvit* [1992] ECR I-2217; Cases C-367/93–377/93 *Rodgers* [1995] ECR I-2229; Case C-137/94 *ex parte Cyril Richardson* [1995] ECR I-3407; Case C-126/95 *Hallouzi-Choho* [1996] ECR I-4807; Case C-35/97 *Commission v France* [1998] ECR I-5325; Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193; Case C-209/03 *Bidar* [2005] ECR I-2119.

¹⁹⁸ Case C-409/06 *Winner Wetten* (Judgment of 8 September 2010).

¹⁹⁹ See, in particular, Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125.

²⁰⁰ For extensive analysis and discussion, eg K Alter, *Establishing the Supremacy of European Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001); M Claes, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution* (Oxford: Hart Publishing, 2006).

tion in preference to any Act of Parliament 'passed or to be passed'. That was a clear attempt to give legislative force, within the United Kingdom, to the principle of supremacy. However, this attempt appeared to clash with certain fundamental principles of British constitutional law: the sovereignty of the institution of Parliament, which prevents any given Parliament from curtailing the fullest legislative prerogatives of any subsequent Parliament; and implies that any measure passed after 1972 which conflicts with the requirements of Union law should have the effect of (impliedly) repealing the European Communities Act.²⁰¹ Under traditional constitutional doctrine, the latest expression of parliamentary will must always prevail—yet that risked bringing the United Kingdom into semi-perpetual breach of the principle of supremacy under Union law. The House of Lords (now the Supreme Court) resolved this dilemma in the *Factortame* and *Equal Opportunities Commission* litigation through the fiction of the 'implied supremacy clause': every Act of Parliament passed since 1972 is deemed to incorporate a section to the effect that its provisions are without prejudice to any directly effective requirements of Union law.²⁰² By this expedient, the House of Lords reached a compromise whereby, for most practical purposes, the principle of supremacy will be respected and enforced by the English courts; but its justification under British constitutional law remains the sovereignty of Parliament, as expressed in the 1972 Act with sufficient force as to abrogate the normal doctrine of implied repeal in respect of that particular legislation.²⁰³ However, this compromise logically requires that, if Parliament were *expressly* to derogate from section 2 of the European Communities Act 1972, the English courts would be obliged to give effect to that subsequent provision of national law, rather than enforce the unconditional supremacy of Union law.²⁰⁴ In any case, Parliament remains entitled ultimately to repeal the European Communities Act 1972 altogether (as would happen in the event of the UK's voluntary withdrawal from the EU).²⁰⁵ Short of such steps, however, the British courts will assume that Parliament did not intend to repudiate the UK's obligations under Union law; and will thus pursue the appropriate interpretation or, if that is not possible, the necessary disapplication of the relevant domestic legislation.²⁰⁶

Within the space which lies between faithful implementation of the European Communities Act 1972 (on the one hand) and the theoretical possibility of a future Parliamentary derogation from Union law (on the other hand), some UK judges have explored the constitutional implications of rulings such as *Factortame* when viewed in their broader context alongside other major domestic legal developments (such as enactment of the Human Rights Act and of the Devolution Acts for Scotland and Wales). For example, Laws LJ in *Thoburn v Sunderland City Council* suggested drawing a distinction between 'ordinary' statutes and a special class of 'constitutional statutes', with the latter being exempt from the usual doctrine of implied repeal, so that the relevant measures can only be abrogated by clear and express parliamentary language.²⁰⁷ However, such an

²⁰¹ cp *Madzimbamuto v Lardner-Burke* [1969] 1 AC 645.

²⁰² *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (No 2)* [1990] 3 WLR 818; and *R v Secretary of State for Employment, ex parte Equal Opportunities Commission* [1995] 1 AC 1.

²⁰³ For a view on the constitutional implications of these cases, see P Craig, 'Supremacy of the United Kingdom Parliament after *Factortame*' (1991) 11 YEL 221.

²⁰⁴ cp Lord Denning in *Macarthys Ltd v Smith* [1979] 3 All ER 325.

²⁰⁵ On voluntary withdrawal from the EU, see further Chapter 2.

²⁰⁶ For further analysis of Supreme Court case law concerning the application of EU law, see A Arnull, 'The Law Lords and the European Union: Swimming with the Incoming Tide' (2010) 35 *ELRev* 57.

²⁰⁷ *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] 4 All ER 156.

analysis—even if one accepted it to reflect the current state of the common law—does not significantly affect the underlying status of Union law within the UK. Indeed, as Laws LJ stated, '[t]he fundamental legal basis of the United Kingdom's relationship with the EU rests with the domestic, not the European, legal powers'.²⁰⁸ The Coalition Government which took office in the UK after the 2010 general election seems keen to clarify the same point: clause 18 of the European Union Bill introduced in the House of Commons on 11 November 2010 states that '[i]t is only by virtue of an Act of Parliament that directly applicable or directly effective EU law... falls to be recognised and available in law in the United Kingdom';²⁰⁹ that clause is apparently intended

to address concerns that the doctrine of Parliamentary sovereignty may in the future be eroded by decisions of the courts. . . . [It will provide] clear authority which can be relied upon to counter arguments that EU law constitutes a new higher autonomous legal order derived from the EU Treaties . . . which has become an integral part of the UK's legal system independent of statute.²¹⁰

The tensions which arise between the principle of supremacy as conceived by the Court of Justice (on the one hand) and its reception into the national constitutional environment (on the other hand) is, if anything, even better illustrated by the German experience. Prompted by concerns about the level of fundamental rights protection guaranteed within the Union legal system against acts adopted pursuant to the Treaties, the Federal Constitutional Court in its so-called *Solange I* judgment of 1974 suggested that, in the event of a conflict between Union law and the basic rights contained in the German constitution, the latter would prevail.²¹¹ However, in the light of the evolution of the Court of Justice's case law on fundamental freedoms as general principles of Union law and the affirmation by the Union institutions of the importance of human rights within the Treaty system, the Federal Constitutional Court moderated its position in the so-called *Solange II* ruling: so long as the Union generally ensures an effective protection of fundamental rights, substantially similar to the level guaranteed under German law, the national courts should refrain from exercising their jurisdiction to review the legality of Union acts according to the German constitution.²¹²

However, views appeared to harden again when the Federal Constitutional Court was called upon to assess the constitutional legality of German ratification of the TEU. The famous *Brunner* judgment affirmed that the supremacy of Union law within the German legal system is not unconditional. In particular, the Federal Constitutional Court asserted its ultimate jurisdiction to police the compatibility of Union measures with the German constitution, not only as regards the protection of fundamental rights ('fundamental rights review'), but also as concerns the principle that the Union enjoys merely attributed and limited competences ('ultra vires review').²¹³ The *Brunner* judgment was followed by one of the most dramatic illustrations of how national attitudes can determine the practical

²⁰⁸ At para 69 of his judgment in *Thoburn*. If anything, some UK judges have left open the (albeit hypothetical) possibility of recognising limits to the degree that Parliament has authorised, or may in the future authorise, the supremacy of Union law within the UK, eg *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] 4 All ER 156; *Gouriet v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2003] EWCA Civ 384.

²⁰⁹ Bill 106.

²¹⁰ Bill 106-EN (Explanatory Notes) para 106.

²¹¹ [1974] 2 CMLR 540.

²¹² [1987] 3 CMLR 225.

²¹³ [1994] 1 CMLR 57. See further eg M Herdegen, 'Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an 'Ever Closer Union' (1994) 31 *CMLRev* 235.

effectiveness of the principle of supremacy. The ‘Bananas litigation’ concerned a Union regulation establishing a common organisation of the market in bananas, the legality of which under both Union law and the GATT was challenged and upheld before the Court of Justice. Disgruntled German banana importers, however, continued their battle before the national tribunals—leading to a series of rulings in which the German administrative and tax courts, relying on the *Brunner* judgment, declared the Union regulations unlawful and thus inapplicable within the domestic territory. The crisis culminated in the *Bananas* judgment of the Federal Constitutional Court in 2000, in which that institution ultimately refused to exercise its reserved jurisdiction to review the legality of the relevant Union measures: given that the general level of fundamental rights protection under the Treaties remained substantially similar to that guaranteed under the German constitution, the conditions for recognising the principle of supremacy as established in *Solange II* and *Brunner* had been respected.²¹⁴

The next major development occurred in 2009, when the Federal Constitutional Court delivered its ruling on the compatibility of the TL with the German constitution.²¹⁵ According to the Federal Constitutional Court, even after Lisbon, the EU remains an association of sovereign states founded upon international law. The Member States continue to provide the primary focus of democratic expression for their own citizens, on whose behalf the domestic authorities retain primary responsibility for the European integration process. The Federal Constitutional Court sent a clear warning that this ‘union of nation states’ must be taken seriously in practice as well as on paper, by reasserting its ultimate right to ensure that the Union does not abuse the limits of its own competences in an *ultra vires* sense. The terms of that ‘*ultra vires* review’ were subsequently developed by the Federal Constitutional Court in the 2010 *Honeywell* judgment.²¹⁶ The latter case involved a challenge to the authority of the Court of Justice’s *Mangold* ruling within Germany, based upon some of the criticisms we noted above, for example, concerning the plausibility of finding that the right to equal treatment on grounds of age constituted a general principle of Union law.²¹⁷ The Federal Constitutional Court clarified that its ‘*ultra vires* review’ would be based upon the notion of a ‘sufficiently serious’ violation by the Union institutions of their own competences, taking into account how far that violation was ‘obvious’, and whether it would lead to a structurally important shift in power to the detriment of the Member States. The Federal Constitutional Court did not feel that that (relatively high) threshold had in fact been crossed by the Court of Justice itself in the *Mangold* ruling.

In addition to the established heads of ‘fundamental rights review’ and ‘*ultra vires* review’, the Lisbon Ruling of the Federal Constitutional Court also asserted the ultimate jurisdiction of the domestic courts to ensure that Union action (even if it remains *prima facie* within the competences defined by the Treaties) should not compromise the fundamental constitutional identity of the German state, which must retain sufficient room for

²¹⁴ (2000) 21 HRLJ 251. See further eg U Everling, ‘Will Europe Slip on Bananas? The Bananas Judgment of the Court of Justice and National Courts’ (1996) 33 *CMLRev* 401; C U Schmid, ‘All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court’s Bananas Decision’ (2001) 7 *ELJ* 95.

²¹⁵ BVerfG Judgment of 30 June 2009. Note also the ruling on the *German European Arrest Warrant Law*: see further (2005) 30 *ELRev* 605 and (2006) 43 *CMLRev* 583.

²¹⁶ BVerfG Judgment of 6 July 2010. See further eg M Payandeh, ‘Constitutional Review of EU Law After *Honeywell*: Contextualising the Relationship Between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice’ (2011) 48 *CMLRev* 9.

²¹⁷ Case C-144/04 *Mangold* [2005] ECR I-9981. See further above.

the political formation of the economic, social and cultural destiny of its own population. In particular, the Federal Constitutional Court signalled that it expects a strict interpretation to be given to Union powers which touch upon fields such as the administration of criminal law; the civil and military monopoly over the use of force; fundamental fiscal decisions over revenue and expenditure; shaping the circumstances of life by social policy; and important decisions on cultural issues such as education, the media and religion. The conditions for exercising that novel head of 'constitutional identity review' remain to be worked out in future case law. In the meantime, the combined effect of the Federal Constitutional Court's 2009 ruling on the Lisbon Treaty and its judgment in the *Honeywell* case send a clear signal to the Union in general, and to the Court of Justice in particular: the German judges remain open and indeed friendly towards the process of European integration; but the principle of supremacy is very much a conditional one and its continued enforcement within Germany should not be taken for granted.²¹⁸

Academic views differ on the seriousness of such difficulties surrounding the reception of the principle of supremacy into national law. On the one hand, many commentators view the supremacy debate as a process of constructive dialogue between the Union and national judges about the Union's evolving legal order—reminding the Court of Justice of the importance of protecting fundamental rights against potential infringements by the Union institutions, or of enforcing the limits to Union competences which are intended to safeguard national sovereignty.²¹⁹ On the other hand, some commentators warn against the dangers of recognising (let alone encouraging) the right of national courts to dictate the course of Union policy under the threat of rebellion against the principle of supremacy; and indeed, question the legitimacy of a 'dialogue' in which the domestic judges unilaterally reject Treaty obligations freely entered into by their elected politicians.²²⁰ In any event, one might wonder whether the Court of Justice has, for its part, also adopted a somewhat more aggressive approach towards those national courts that might defy their obligation to disapply provisions of domestic law conflicting with directly effective Union law. As we shall see in Chapter 9, the ruling in *Köbler* established that Member States may be obliged to make reparation to individuals for losses incurred by a sufficiently serious breach of the Treaties perpetrated by the national supreme court.²²¹ Given the unconditional nature of the principle of supremacy, it is arguable that any refusal to respect that obligation would cross the high threshold required for establishing liability—thus increasing the political pressure upon national courts to think long and hard before taking the drastic step of refusing to enforce provisions of Union law adjudged valid according to the Treaties themselves.

By and large, the system of decentralised enforcement of Union law was left untouched by the TL. However, one interesting development did emerge from the Union's long process of constitutional reflection and reform. Against the background of the long-running

²¹⁸ See further eg D Thym, 'In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the *Lisbon* Judgment of the German Constitutional Court' (2009) 46 *CMLRev* 1795; D Doukas, 'The Verdict of the German Federal Constitutional Court on the Lisbon Treaty: Not Guilty, But Don't Do It Again!' (2009) 34 *ELRev* 866.

²¹⁹ Consider eg N MacCormick, 'The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now' (1995) 1 *ELJ* 259; J Weiler and U Haltern, 'Constitutional or International? The Foundations of the Community Legal Order' in A-M Slaughter, A Stone Sweet and J Weiler (eds), *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence* (Oxford, Hart Publishing, 1998).

²²⁰ eg N Reich, 'Judge-made "Europe à la carte"' (1996) 7 *European Journal of International Law* 103. Consider also the analysis of J Baquero Cruz, 'The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement' (2008) 14 *ELJ* 389.

²²¹ Case C-224/01 *Köbler* [2003] ECR I-10239.

EU LAW

TEXT, CASES,
AND MATERIALS

SIXTH EDITION



PAUL CRAIG
KAMMERADVOKATE
OXFORD

EU LAW

Text, Cases, and Materials

SIXTH EDITION

Paul Craig

and

Gráinne de Búrca

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

Great Clarendon Street, Oxford, OX2 6DP,
United Kingdom

Oxford University Press is a department of the University of Oxford.
It furthers the University's objective of excellence in research, scholarship,
and education by publishing worldwide. Oxford is a registered trade mark of
Oxford University Press in the UK and in certain other countries

© Text, Introductory Materials, Selection, and Notes
Paul Craig and Gráinne de Búrca, 2015

The moral rights of the authors have been asserted

Third edition 2002
Fourth edition 2008
Fifth edition 2011
Impression: 1

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in
a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, without the
prior permission in writing of Oxford University Press, or as expressly permitted
by law, by licence or under terms agreed with the appropriate reprographics
rights organization. Enquiries concerning reproduction outside the scope of the
above should be sent to the Rights Department, Oxford University Press, at the
address above

You must not circulate this work in any other form
and you must impose this same condition on any acquirer

Public sector information reproduced under Open Government Licence v2.0
(<http://www.nationalarchives.gov.uk/doc/open-government-licence/open-government-licence.htm>)

Published in the United States of America by Oxford University Press
198 Madison Avenue, New York, NY 10016, United States of America

British Library Cataloguing in Publication Data
Data available

Library of Congress Control Number: 2015931992

ISBN 978-0-19-871492-7

Printed in Italy by
L.E.G.O. S.p.A.

Links to third party websites are provided by Oxford in good faith and
for information only. Oxford disclaims any responsibility for the materials
contained in any third party website referenced in this work.

9

THE RELATIONSHIP BETWEEN EU LAW AND NATIONAL LAW: SUPREMACY

1 CENTRAL ISSUES

- i. The doctrine of supremacy of EU law had no formal basis in the Treaty, but was developed by the Court on the basis of its conception of the 'new legal order'. The Court ruled that the aim of creating a uniform common market between different states would be undermined if EU law could be made subordinate to national law.
- ii. The validity of EU law can therefore, according to the CJEU, never be assessed by reference to national law. National courts are required to give immediate effect to EU law, of whatever rank, in cases which arise before them, and to ignore or to set aside any national law, of whatever rank, which could impede the application of EU law. Thus, according to the CJEU, any norm of EU law takes precedence over any provision of national law, including the national constitutions.
- iii. The requirement to 'set aside' conflicting national law does not entail an obligation to nullify national law, which may continue to apply in any situation which is not covered by a conflicting provision of EU law.
- iv. Most national courts do not accept the CJEU's view as regards the supremacy of EU law. While they accept the requirements of supremacy in practice, most regard this as flowing from their national constitutions rather than from the authority of the EU Treaties or the CJEU, and they retain a power of ultimate constitutional review over measures of EU law. There are moreover new challenges flowing from the introduction in the Lisbon Treaty of provisions safeguarding national identity.

2 FIRST DIMENSION: SUPREMACY FROM THE ECJ'S PERSPECTIVE

(A) FOUNDATIONS

The EEC Treaty contained no provision dealing with the supremacy of Community law over national law. A supremacy clause was incorporated in the Constitutional Treaty, and a

Declaration on primacy was included in the Lisbon Treaty, the effect of which will be considered below. Notwithstanding the absence of any explicit provision in the Rome Treaty, the ECJ enunciated its vision of supremacy in the early years of the Community. It touched on the issue in *Van Gend en Loos*¹ when it stated that the Community constituted a new legal order of international law for the benefit of which the states had limited their sovereign rights, but the ECJ's primary focus was on direct effect. The supremacy doctrine was however at the forefront of the decision in *Costa*.

Case 6/64 **Flaminio Costa v ENEL**
[1964] ECR 585, 593

[Note Lisbon Treaty renumbering: Arts 5, 7, 177, and 189 are now Arts 4(3) TEU, 18, 267, and 288 TFEU]

THE ECJ

By contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its own legal system which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply.

By creating a Community of unlimited duration, having its own institutions, its own personality, its own legal capacity and capacity of representation on the international plane and, more particularly, real powers stemming from a limitation of sovereignty or a transfer of powers from the States to the Community, the Member States have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and have thus created a body of law which binds both their nationals and themselves.

The integration into the laws of each Member State of provisions which derive from the Community, and more generally the terms and the spirit of the Treaty, make it impossible for the states, as a corollary, to accord precedence to a unilateral and subsequent measure over a legal system accepted by them on the basis of reciprocity. Such a measure cannot therefore be inconsistent with that legal system. The executive force of Community law cannot vary from one State to another in deference to subsequent domestic laws, without jeopardizing the attainment of the objectives of the Treaty set out in Article 5(2) and giving rise to the discrimination prohibited by Article 7.

The obligations undertaken under the Treaty establishing the Community would not be unconditional, but merely contingent, if they could be called into question by subsequent legislative acts of the signatories....

The precedence of Community law is confirmed by Article 189, whereby a regulation 'shall be binding' and 'directly applicable in all Member States'. This provision, which is subject to no reservation, would be quite meaningless if a State could unilaterally nullify its effects by means of a legislative measure which could prevail over Community law.

It follows from all these observations that the law stemming from the Treaty, an independent source of law, could not, because of its special and original nature, be overridden by domestic legal provisions, however framed, without being deprived of its character as Community law and without the legal basis of the Community itself being called into question.

¹ Case 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 1.

The transfer by the states from their domestic legal system to the Community legal system of the rights and obligations arising under the Treaty carries with it a permanent limitation of their sovereign rights, against which a subsequent unilateral act incompatible with the concept of the Community cannot prevail.

What comes across most strongly is the teleological rather than textual approach in the Court's judgment, with emphasis on the aims of the EU and the spirit of the Treaties. The Court deployed a number of arguments to justify its conclusion that EU law should be accorded supremacy over national law.

First, there is what may be termed a contractarian argument. The essence of this argument is that EU law should be accorded primacy because it flowed from the agreement made by the Member States when they joined the EU. We see this argument in the Court's statement that the Treaty created its own legal order, which immediately became 'an integral part' of the legal systems of the Member States. The argument is more explicit in the ECJ's statement that the Member States transferred to the new Union institutions 'real powers stemming from a limitation of sovereignty' and thereby limited their sovereign rights. The Court however made no reference to the constitution of any particular Member State to see whether such a transfer or limitation of sovereignty was contemplated, or was possible in accordance with that constitution.

A second aspect of the judgment is functional, capturing the idea that the very aims of the Treaty could not be achieved unless primacy was accorded to EU law. Thus the Court states that the aims of the Treaty were integration and cooperation, and their achievement would be undermined by one Member State refusing to give effect to a Union law which should uniformly and equally bind all.

A third argument is egalitarian. If Member State law could unilaterally take precedence over EU law then that would lead to discrimination in the application of EU law as between the Member States, and would mean also that a state was taking the benefits of EU law without accepting all the burdens.

A final strand is analytical in nature: the obligations undertaken by the Member States in the Treaty would be 'merely contingent' rather than unconditional if they were to be subject to later legislative acts by the states. Thus the Court adverts to what is now Article 288 TFEU, which provides that regulations are directly applicable, and concludes that this would be meaningless if states could negate the effect of EU law by subsequent inconsistent legislation. This textual argument is, however, of limited efficacy, since Article 288 refers only to the direct applicability of regulations, while the Court sought to establish a general principle of the supremacy of all binding EU law. Moreover, direct applicability refers to the way in which Union law becomes part of the national legal system without the need for implementing measures, but does not resolve the priority between this law and other forms of national law.

(B) AMBIT

While the conceptual basis for the supremacy of EU law was set out in *Costa*, the ambit of the principle became clearer in later decisions.

(i) *Supremacy Principle Applicable Against All National Law*

In the following case, the Court ruled that the legal status of a conflicting national measure was not relevant to the question whether EU law should take precedence.² Not even a fundamental rule of

² See also Case C-473/93 *Commission v Luxembourg* [1996] ECR I-3207, [38].

national constitutional law could be invoked to challenge the supremacy of a directly applicable EU law. This ruling gave rise to a potentially serious conflict in the relationship between the German Federal Constitutional Court and the ECJ. While the latter has sought to avoid a direct constitutional conflict with a national court,³ it has never retreated from its claims.

Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für
Getreide und Futtermittel*
[1970] ECR 1125

The applicant argued that a Community regulation under which a deposit would be forfeited if the goods were not exported within the period of time set was contrary to principles of national constitutional law, including freedom of action and of disposition, economic liberty, and proportionality.

THE ECJ

3. Recourse to the legal rules or concepts of national law in order to judge the validity of measures adopted by the institutions of the Community would have an adverse effect on the uniformity and efficacy of Community law. The validity of such measures can only be judged in the light of Community law. In fact, the law stemming from the Treaty, an independent source of law, cannot because of its very nature be overridden by rules of national law, however framed, without being deprived of its character as Community law and without the legal basis of the Community itself being called into question. Therefore the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that State or the principles of a national constitutional structure.

The Court faced the opposite kind of argument in *Ciola*, where the Austrian Government argued that the principle of primacy should not automatically apply 'to specific individual administrative acts'.⁴ The Court dismissed this argument, reaffirming that any provision of national law which conflicted with directly effective EU law should not be applied. Thus the principle of primacy is required whenever directly effective EU law is concerned, and regardless of whether fundamental national constitutional norms or minor administrative acts are at issue. More recently, the Court qualified its reasoning in *Ciola* by admitting that, under specific circumstances, supremacy needs to be accommodated with domestic limitations of the period of time during which certain administrative acts may be repealed or judicially contested.⁵

(ii) *Supremacy Principle Applicable to National Laws that Pre-Date and Post-Date EU Law*

The ECJ in *Simmenthal* developed further its supremacy doctrine by making clear that it applied irrespective of whether the national law pre-dated or post-dated the EU law. An EU measure rendered inapplicable any conflicting provision of national law and prevented the adoption of new national law that would conflict with Union law.

³ See, eg, Case C-446/98 *Fazenda Pública v Câmara* [2000] ECR I-11435, [36]–[38].

⁴ Case C-224/97 *Ciola v Land Vorarlberg* [1999] ECR I-2517, [24].

⁵ Case C-453/00 *Kühne & Heitz* [2004] ECR I-837; Case C-2/06 *Willy Kempter AG* [2008] ECR I-411. See Ch 13 for discussion.

Case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*
[1978] ECR 629

The respondent company, which had imported beef from France into Italy, brought an action before the Pretore claiming repayment of the fees which had been charged to it for a veterinary inspection at the frontier, on the basis that the charge was incompatible with EC law. The ECJ, on a preliminary reference, ruled that such charges were indeed contrary to the Treaty. When the Pretore therefore ordered repayment of the amounts with interest, the Italian fiscal authorities objected that the national court could not simply refuse to apply a national law which conflicted with Community law, but must first bring the matter before the Italian Constitutional Court to have the Italian law declared unconstitutional. The Pretore therefore referred the case again to the ECJ, asking whether in these circumstances the national law must be disregarded forthwith without waiting until it was set aside by the appropriate constitutional authority.

THE ECJ

17. Furthermore, in accordance with the principle of the precedence of Community law, the relationship between provisions of the Treaty and directly applicable measures of the institutions on the one hand and the national law of the Member States on the other is such that those provisions and measures not only by their entry into force render automatically inapplicable any conflicting provision of current national law but—in so far as they are an integral part of, and take precedence in, the legal order applicable in the territory of each of the Member States—also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with Community provisions.

18. Indeed any recognition that national legislative measures which encroach upon the field within which the Community exercises its legislative power or which are otherwise incompatible with the provisions of Community law had any legal effect would amount to a corresponding denial of the effectiveness of obligations undertaken unconditionally and irrevocably by Member States pursuant to the Treaty and would thus imperil the very foundations of the Community.

...

21. It follows from the foregoing that every national court must, in a case within its jurisdiction, apply Community law in its entirety and protect rights which the latter confers on individuals and must accordingly set aside any provision of national law which may conflict with it, whether prior or subsequent to the Community rule.

The reasoning in *Simmenthal* was forcefully reaffirmed in later cases,⁶ such as *Winner Wetten*.⁷ The ECJ also considered whether provisions of national law held incompatible with EU law could be maintained provisionally in force during the period necessary for the domestic authorities to redress the violation, by analogy with Article 264 TFEU which allows the Court to suspend the annulment of an EU measure pending the adoption of a new measure. The ECJ neither confirmed nor excluded that possibility,⁸ but made it clear that if it were to be recognized, a national court could make use of it only where overriding considerations of legal certainty involving all the interests [at stake], public as well as private, justified it, and only during the period of time 'necessary in order to allow such illegality to be remedied'.⁹ The Court found that these criteria were not met in the case.

⁶ See, eg, Case C-18/11 *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs v Phillips Electronics* EU:C:2012:532, [38]; Case C-112/13 *A v B* EU:C:2014:2195, [37].

⁷ Case C-409/06 *Winner Wetten v Bürgermeisterin der Stadt Bergheim* [2010] ECR I-8015.

⁸ *Ibid* [67].

⁹ *Ibid* [66]; see also, Cases C-186 and 209/11 *Stanleybet International Ltd* EU:C:2013:33, [38].

(c) THE NATIONAL BODIES THAT MUST APPLY
THE SUPREMACY DOCTRINE

The cases considered thus far laid the foundations for the supremacy doctrine and determined its ambit. They did not however address a separate issue, this being which national courts could apply the supremacy doctrine. This was of special concern in many civil law countries, where it was often only the Constitutional Court which could, according to national law, declare a national law to be unconstitutional. This issue arose in *Simmenthal*, where the Italian tax authorities questioned the Pretore's order awarding the repayment of fees that had been charged under an existing national law before it had been adjudicated upon by the Constitutional Court.

Case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*
[1978] ECR 629

THE ECJ

21. It follows from the foregoing that every national court must, in a case within its jurisdiction, apply Community law in its entirety and protect rights which the latter confers on individuals and must accordingly set aside any provision of national law which may conflict with it, whether prior or subsequent to the Community rule.

22. Accordingly any provision of a national legal system and any legislative, administrative or judicial practice which might impair the effectiveness of Community law by withholding from the national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legislative provisions which might prevent Community rules from having full force and effect are incompatible with those requirements which are the very essence of Community law.

23. This would be the case in the event of a conflict between a provision of Community law and a subsequent national law if the solution of the conflict were to be reserved for an authority with a discretion of its own, other than the court called upon to apply Community law, even if such an impediment to the full effectiveness of Community law were only temporary.

24. The first question should therefore be answered to the effect that a national court which is called upon, within the limits of its jurisdiction, to apply provisions of Community law is under a duty to give full effect to those provisions, if necessary refusing of its own motion to apply any conflicting provision of national legislation, even if adopted subsequently, and it is not necessary for the court to request or await the prior setting aside of such provision by legislative or other constitutional means.

The clear message from the ECJ was that, even if the Constitutional Court was the only national court empowered to pronounce on the constitutionality of a national law, where a conflict between national law and EU law arose before another national court, that court must give immediate effect to Union law without awaiting the prior ruling of the Constitutional Court.

The *Simmenthal* principle has been affirmed many times,¹⁰ and was extended in *Factortame*.¹¹ UK law did not at that time allow interim relief to be claimed against the Crown. The ECJ reiterated the *Simmenthal* ruling on the need for effectiveness and the automatic precedence of directly effective

¹⁰ See, eg, Case C-409/06 *Winner Wetten* (n 7); Case C-314/08 *Krzysztof Filipiak v Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu* [2009] ECR I-11049; Cases C-188-189/10 *Melki and Abdeli* EU:C:2010:363.

¹¹ Case C-213/89 *R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd and Others* [1990] ECR I-2433.

EU law over national law, and then stated¹² that ‘the full effectiveness of Community law would be just as much impaired if a rule of national law could prevent a court seized of a dispute governed by Community law from granting interim relief in order to ensure the full effectiveness of the judgment to be given on the existence of the rights claimed under Community law’. It followed that a court which in those circumstances would grant interim relief if it were not for a rule of national law was obliged to set aside that rule. The *Simmenthal* principle was further extended in *Larsy*, where the ECJ ruled that not only national courts, but also the relevant administrative agencies, in this case a national social insurance institution, should disapply conflicting national laws in order to give effect to the primacy of EU law.¹³

The *Simmenthal* principle was of great significance both practically and conceptually. The supremacy of EU law penetrated throughout the national legal system and was to be applied by all national courts in cases that fell within their jurisdiction. It was not necessary for an individual to fight her way to the national Constitutional Court. The national court seized of the dispute could itself refuse to apply provisions of national law that conflicted with EU law.

The application of this principle was forcefully exemplified in *Elchinov*, where the ECJ held that a national rule that rendered a lower court bound by rulings from higher national courts could not prevent the former from exercising its discretion to seek a ruling under Article 267 where it felt that the higher court’s decision was contrary to EU law, and the lower court would then be bound to follow the ECJ’s ruling even where it differed from that of the higher national court.¹⁴

The principle was evident also in *Filipiak*.¹⁵ The ECJ ruled that national courts could not be prevented from respecting the principle of the primacy of Union law and from setting aside provisions of national law that conflicted with Union law because of the judgment of the national Constitutional Court, which had deferred the date on which those provisions, held to be unconstitutional, were to lose their binding force. Similarly in *Melki*¹⁶ the ECJ ruled that EU law precluded Member State legislation which established an interlocutory procedure for the review of the constitutionality of national laws, insofar as the priority nature of that procedure prevented, both before submission of a question on constitutionality to the national Constitutional Court and after its decision, all other national courts from referring to the ECJ under Article 267 TFEU. The ECJ did however set out certain conditions on which such a procedure could be compatible with EU law.¹⁷

(D) IMPACT ON NATIONAL LAW

We have seen that according to the Court an EU measure renders inapplicable any conflicting provision of national law and prevents the adoption of new national law that would conflict with EU law. Two points should be made by way of further clarification.

¹² Ibid [21].

¹³ Case C-118/00 *Larsy v INASTI* [2001] ECR I-5063, [52]–[53]; Case C-198/01 *CIF v Autorità Garante della Concorrenza del Mercato* [2003] ECR I-8055; Case C-341/08 *Peterson* [2010] ECR I-47; Case C-606/10 *ANAFE* EU:C:2012:348, [75]; M Bobek, ‘Thou Shalt Have Two Masters; The Application of European Law by Administrative Authorities in the New Member States’ (2008) 1 *Review of European Administrative Law* 62.

¹⁴ Case C-173/09 *Elchinov* [2010] ECR I-8889, [25]–[31]; Case C-396/09 *Interedil* [2011] ECR I-9915, [37]–[39]; Case C-416/10 *Križan* EU:C:2013:8, [68].

¹⁵ Case C-314/08 *Krzysztof Filipiak* (n 10) [84]–[85]; Case C-147/08 *Römer v Freie und Hansestadt Hamburg* EU:C:2011:286, [54].

¹⁶ Cases C-188–189/10 *Melki* (n 10); Case C-112/13 *A v B* (n 6) [37]–[38]; Case C-457/09 *Chartry* EU:C:2011:101, [20].

¹⁷ M Bossuyt and W Verrijdt, ‘The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the *Melki* Judgment’ (2011) 7 *EuConst* 355.

First, the *Simmenthal* principle does not require the national court to invalidate or annul the provision of national law that conflicts with EU law, but rather to refuse to apply it, and considerations of legal certainty may mean that the inapplicability of the national law will not expose those who relied on it to penalties.¹⁸ This distinction between disapplying and nullifying national law was emphasized in the *IN.CO.GE '90* case. The ECJ rejected the Commission's argument that the incompatibility of EU law with a subsequently adopted rule of national law must render the national rule non-existent.¹⁹

It cannot therefore, contrary to the Commission's contention, be inferred from the judgment in *Simmenthal* that the incompatibility with Community law of a subsequently adopted rule of national law has the effect of rendering that rule of national law non-existent. Faced with such a situation, the national court is, however, obliged to disapply that rule, provided always that this obligation does not restrict the power of the competent national courts to apply, from among the various procedures available under national law, those which are appropriate for protecting the individual rights conferred by Community law.

Secondly, it is clear from *Kapferer*²⁰ that a national court is not always obliged to review and set aside a final judicial decision which infringes EU law. The ECJ recognized the importance of the principle of *res judicata*, whereby judicial decisions that have become definitive can no longer be called into question. EU law did not therefore require a national court to disapply domestic rules of procedure conferring finality on a decision, even if to do so would enable it to remedy an infringement of EU law by the decision at issue. The relevant national procedural rules must however comply with the principles of equivalence and effectiveness.²¹ The ECJ has nevertheless limited the possibility of circumventing supremacy through reliance on the principle of *res judicata*. In *Lucchini*,²² the Court held that EU law precluded the application of a provision of national law laying down the principle of *res judicata* where this would prevent the recovery of state aid granted in breach of EU law.

Following *Lucchini*, it was uncertain whether *Kapferer* was still good law. In *Fallimento Olimpiclub Srl*, however, the Court distinguished both cases.²³ Recalling the principle in *Kapferer*, the ECJ held that EU law did not require a national court to disapply domestic rules of procedure conferring finality on a decision, even if to do so would make it possible to remedy an infringement of Union law in the contested decision.²⁴ The Court distinguished *Lucchini*, interpreting it as a 'highly specific' case where the Commission had exclusive competence to assess the compatibility of state aid with the common market.²⁵ The ECJ nonetheless held that the effectiveness of EU law would be impaired if the principle of *res judicata* deprived national courts not only of the possibility of reopening a final judicial decision made in breach of EU law, but also of rectifying that infringement in subsequent cases presenting the same fundamental issue.²⁶

¹⁸ Case C-198/01 *CIF* (n 13).

¹⁹ Cases C-10-22/97 *Ministero delle Finanze v IN.CO.GE.'90 Srl* [1998] ECR I-6307, [21]; Case C-314/08 *Krzysztof Filipiak* (n 10) [83].

²⁰ Case C-234/04 *Kapferer v Schlanck and Schick* [2006] ECR I-2585.

²¹ Ch 8.

²² Case C-119/05 *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato v Lucchini SpA* [2007] ECR I-6199.

²³ Case C-2/08 *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle entrate v Fallimento Olimpiclub Srl* [2009] ECR I-7501. The case concerned an incorrect interpretation of the EU rules in relation to VAT by an Italian judge, and the impact of this judgment on subsequent procedures concerning different tax years.

²⁴ *Ibid* [22]-[23].

²⁵ *Ibid* [25].

²⁶ *Ibid* [29]-[32].

Forvaltningsloven

2. udgave



Med kommentarer af
Niels Fenger

Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Niels Fenger

Forvaltningsloven
med kommentarer

2. udgave



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2021

Niels Fenger
Forvaltningsloven med kommentarer

2. udgave, 1. oplag

© 2021 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Marianne Tingkov
Tryk: Clemensstrykkeriet, Viborg

Printed in Lithuania 2021

ISBN 978-87-574-4420-9
E-bog ISBN 978-87-7198-506-1

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

KAPITEL 1

Forvaltningslovens anvendelsesområde

1. Oversigt

Forvaltningsloven indeholder grundlæggende tre betingelser, der skal være opfyldt for, at lovens enkelte bestemmelser finder anvendelse. For det første skal det organ, hvis anvendelse loven eventuelt skal finde anvendelse på, enten være en forvaltningsmyndighed eller omfattet af særlige regler, der udstrækker lovens anvendelse til det pågældende organ, jf. lovens § 1.

For det andet gælder forvaltningsloven som udgangspunkt kun for behandlingen af afgørelsessager, jf. § lovens § 2 og pkt. 1 i kommentaren til denne bestemmelse. Det indebærer, at lovens bestemmelser ikke skal iagttages i relation til den store del af den offentlige forvaltnings virksomhed, der betegnes faktisk forvaltningsvirksomhed, dvs. forvaltningens udførelse af f.eks. sygepleje, transport, undervisning, udlån af bøger samt pasning af børn og ældre. I det omfang der i forbindelse med sådan faktisk virksomhed træffes afgørelser, finder loven dog anvendelse. Loven gælder heller ikke for indgåelse af kontraktforhold og lignende privatretlige dispositioner. Dog gælder reglerne i kapitel 2 om inhabilitet også for sager om indgåelse af kontraktforhold, ligesom reglerne i kapitel 8 og kapitel 8 a om henholdsvis tavshedspligt m.v. og digital kommunikation finder anvendelse på al forvaltningsvirksomhed.

Endelig, for det tredje, skal hovedparten af lovens bestemmelser kun iagttages i forhold til de personer og virksomheder m.v., der er parter i den pågældende afgørelsessag. Dette partsbegreb diskuteres nærmere under pkt. 2 i kommentaren til lovens § 2, stk. 1.

Kapitel 1. Forvaltningslovens anvendelsesområde

På den baggrund var Justitsministeriet mest tilbøjelig til at mene, at politiets beslutninger om administrativ frihedsberøvelse efter politilovens §§ 5, 8 og 9 ikke udgør afgørelser i forvaltningslovens forstand. Se også U 2017.2695 Ø omtalt i pkt. 1.2.1 ovenfor.

1.4. Generelle retsakter

Forvaltningslovens centrale anvendelsesområde er den administrative sagsbehandling i forbindelse med udfærdigelsen af konkrete forvaltningsakter. Loven omfatter dog også udfærdigelse af generelle retsforskrifter som f.eks. anordninger, bekendtgørelser og visse planer, der efter deres indhold har retsvirkninger i forhold til borgerne, jf. f.eks. FOB 2001.194 om ændring af et kirkeregulativ. Til gengæld har udstedelse af en vejledning ikke karakter af en forvaltningsakt, allerede fordi vejledningen ikke med bindende virkning fastlægger, hvad der er gældende ret, cfr. Søren Mørup, Berettigede forventninger i forvaltningsretten, s. 888 ff. Om cirkulærer henvises til pkt. 1.2.10 ovenfor.

Nogle af lovens bestemmelser finder efter deres ordlyd kun anvendelse på udfærdigelsen af konkrete forvaltningsakter. Efter § 9, stk. 1, § 19, stk. 1, § 21, stk. 1, § 22, § 23, stk. 1, og § 25 gælder f.eks. reglerne om partens aktindsigt, partshøring, begrundelse og klagevejledning således ikke for behandlingen af sager om gennemførelse af generelle forskrifter eller foranstaltninger af almindelig karakter.

TfK 2004.436

Nogle fiskere var tiltalt for overtrædelse af en bekendtgørelse om regulering af visse fiskerier ved at have foretaget fiskeri af flere sild, end der var meddelt tilladelse til iht. fartøjernes fiskeritilladelse. Fiskerne gjorde gældende, at Fiskeridirektoratets meddelelse om, at der ikke ville blive meddelt en særlig tillægskvote i den pågældende periode, var en forvaltningsakt, der var ugyldig bl.a. pga. manglende partshøring af dem og manglende begrundelse. Landsretten udtalte, at den relevante bekendtgørelse indeholdt bestemmelser, hvorefter ændring af bekendtgørelsens regler i form af tildeling af tillægskvoter kunne ske ved en generel retsakt, betegnet »meddelelse«. Uanset denne betegnelse måtte sådanne meddelelser forvaltningsretligt anses for bekendtgørelser. Landsretten bemærkede videre, at det ved afgørelsen af, om meddelelsen måtte anses som en forvaltningsakt, kunne tillægges vægt, om kredsen af personer, der var omfattet af meddelelsen, var af beskedent omfang, på forhånd velkendt og let at identificere for udstederen af meddelelsen. I den foreliggende sag havde den omstridte meddelelse alene berørt de 6 tiltaltes fiskeri direkte. Imidlertid kunne den pågældende type meddelelse også være betydeligt bredere, hvortil kom, at reguleringen havde haft en indirekte virkning for andre. Landsretten fandt herefter, at det var uden retlig betydning, at der ikke blev meddelt de tiltalte et individuelt og begrundet afslag på deres henvendelse om tildeling af tillægskvoten, ligesom der heller ikke havde været pligt til at partshøre fiskerne inden meddelelsens udstedelse.

MAD 2000.1014

En borger havde henvendt sig til kommunen med forslag til, hvorledes man i et regulativ om hønsehold kunne imødegå gener i byzoner. Da kommunen svarede, at sager om gener fra hønsehold blev behandlet individuelt, indgav borgeren klager over to hønsehold, som blev behandlet af Miljø- og levnedsmiddelkontrolenheden, hvortil kommunen havde overført sin kompetence. Efter en fornyet opfordring fra borgeren til at tage problemstillingen op, behandlede kommunens miljø- og planlægningsudvalg problematikken. Som grundlag for mødet lå bl.a. et notat fra forvaltningen, hvori man indstillede, at den hidtidige praksis på området blev fortsat. Indstillingen blev tiltrådt, og borgeren blev orienteret herom, herunder at udvalget ville fastholde hidtidig praksis, og at man således ikke fandt det ønskeligt at administrere efter regulativer uden mulighed for individuel behandling af konkrete sager. Borgeren klagede til Tilsynsrådet og gjorde her bl.a. gældende, at der burde være foretaget partshøring. Tilsynsrådet udtalte heroverfor, at en kommunes beslutning om, hvorvidt den vil fastsætte nærmere regler om dyrehold i byzoneområder, ikke kunne betragtes som en konkret forvaltningsakt. Da forvaltningslovens regler om partshøring alene fandt anvendelse på konkrete afgørelsessager, havde udvalget ikke været forpligtet til at foretage partshøring af den pågældende borger, før det afgjorde spørgsmålet om, hvorvidt reglerne om hønsehold i byzoneområder skulle skærpes.

Se også pkt. 2.6.1 nedenfor om partsstatus i forhold til generelle retsakter.

2. Hvem er part i en afgørelsessag?

2.1. Indledning

Som anført i indledningsafsnittet til dette kapitel indeholder forvaltningsloven tre betingelser, der skal være opfyldt, før alle lovens bestemmelser finder anvendelse. De to første betingelser – at der er tale om en forvaltningsmyndighed, og at denne skal træffe en afgørelse i lovens forstand – er allerede behandlet ovenfor. I det følgende behandles den tredje betingelse, nemlig at vedkommende er part i den pågældende sag.

Forvaltningsloven indeholder ikke selv en definition af partsbegrebet. Det fremgår imidlertid af lovens forarbejder, at udtrykket skal forstås i overensstemmelse med det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb, herunder med den praksis, der havde udviklet sig i forhold til partsoffentlighedsloven og kapitel 2 i offentlighedsloven af 1970, jf. FT 1985/86, tillæg A, sp. 133. Herefter er det graden og arten af den pågældendes tilknytning til sagen, der er afgørende for, om vedkommende må anses som part.

Lovens partsbegreb omfatter for det første ansøgere og adressater for en afgørelse, jf. herom pkt. 2.2-2.3 nedenfor, der tillige behandler spørgsmålet om sammenhængen mellem partsstatus og klageberettigelse. Herudover omfatter partsbegrebet andre, der har en væsentlig, retligt relevant og individuel

Kapitel 1. Forvaltningslovens anvendelsesområde

interesse i sagens afgørelse. Disse tre betingelser gennemgås under henholdsvis pkt. 2.4, 2.5 og 2.6 nedenfor.

Det tilføjes, at personer, der ikke har partsstatus, dog som udgangspunkt må anses som parter i formalitetsspørgsmålet om, hvorvidt de har partsstatus. Se hertil FOB 1975.140.

FOB 2016-6

A klagede til Natur- og Miljøklagenævnet over en kommunes tiltrædelse af en VVM redegørelse vedrørende ændringen af et rostadion. Nævnet afviste sagen med henvisning til, at ændringen af det pågældende stadion ikke ville påvirke A på en måde, der adskilte sig fra påvirkningen af en meget bred kreds af borgere i området. Samme dag, som nævnet afviste hans klage, søgte A om aktindsigt i sagen. Nævnet afgjorde sagen på baggrund af miljøoplysningsloven. Ombudsmanden udtalte hertil, at Natur- og Miljøklagenævnets afvisning af at behandle klagen over kommunens tiltrædelse af VVM-redegørelsen, fordi A ikke kunne anses for klageberettiget, var en (selvstændig) afgørelse. Endvidere var A som adressat for afgørelsen part i denne afgørelsessag. Spørgsmål om aktindsigt i afgørelsessagen om afvisning af A som klageberettiget burde derfor have være afgjort efter forvaltningsloven.

2.2. Ansøgere og adressater for afgørelsen

Som nævnt omfatter lovens partsbegreb for det første ansøgere. Ved udtrykket »ansøgere« sigtes der til personer, som over for en forvaltningsmyndighed har ansøgt om en ydelse, tilladelse eller lignende, jf. FT 1985/86, tillæg A, sp. 133. En ansøger må anses for part i sagen, selv om det efter de foreliggende oplysninger må anses for åbenbart, at vedkommende ikke er berettiget til ydelsen eller berettiget til at ansøge om den pågældende forvaltningsbegunstigelse, f.eks. en stilling, jf. FOB 1997.323. Dette gælder dog ikke i situationer, der har karakter af omgåelse, pro forma, chikane eller lignende, hvor ansøgeren herigennem søger at få adgang til oplysninger efter partsaktindsigtsreglerne, som vedkommende ikke ville have adgang til i øvrigt efter offentlighedsloven og reglerne om tavshedspligt.

Lovens partsbegreb omfatter herudover den, som en afgørelse direkte retter sig til, dvs. afgørelsens adressat, jf. U 2016.3793 H. Også personer eller virksomheder m.v., til hvem et forbud eller påbud rettes eller vil blive rettet, vil således have stilling som part i den pågældende sag.

2.3. Sammenhængen mellem partsstatus og klageberettigelse

Partsbegrebet omfatter som udgangspunkt også den, hvis interesse i den verserende eller afgjorte sags udfald er af en sådan intensitet, at den efter forvaltningsrettens almindelige regler gør den pågældende kompetent til at påklage afgørelsen til en rekursinstans eller til at indbringe sagen for domstolene, jf. FT 1985/86, tillæg A, sp. 134. Hvor klageberettigelsen beror på forvaltningsrettens almindelige principper, vil vedkommende således tillige væ-

Kapitel 1. Forvaltningslovens anvendelsesområde

heroverfor, at der i forhold til styrelsens påbud over for manden forelå en selvstændig sag, som var væsensforskellig fra klagesagen vedrørende statsamtets sagsbehandlingstid. Den tidligere samlever kunne ikke anses for part i denne selvstændige sag.

2.6. Vedkommende skal være individuelt berørt

2.6.1. Mængden af berørte

Det antages traditionelt, at partsstatus i en bestemt forvaltningssag kun kan tilkomme en begrænset personkreds. Således kan et stort antal af berørte personer bevirke en sådan udtynding af de enkeltes berørtes interesse, at de pågældende ikke opfylder betingelsen om at være individuelt berørt.

Dette indebærer bl.a., at sager om afgørelser, der på ensartet måde gør indgreb i en større ikke nærmere afgrænset personkreds' interesser, ikke kan anses for omfattet af forvaltningslovens partsregler i forhold til de enkelte medlemmer af denne personkreds. I sager om udstedelse af generelle regler vil de berørtes interesse – uanset styrken af disse – nemlig normalt ikke være af individuel karakter, og partsstatus vil dermed som oftest være udelukket, jf. FOB 1971.48, FOB 1973.294, FOB 1977.1078, FOB 1979.257, FOB 1994.191, FOB 2001.194, MAD 2012.1785, MAD 2012.2406. Det samme gælder efter omstændighederne retsakter, der efter deres form ikke kan siges at være generelle, men dog berører et større antal personer, jf. FOB 2010 11-1 omtalt under pkt. 2.4.2 ovenfor.

U 2020.3087 V

Frederikshavn Kommune vedtog en lokalplan til en dagligvarebutik (Netto) i udkanten af Sæby samt et kommuneplantillæg. En kvinde, der boede inde i Sæby, klagede til Planklagenævnet over afgørelsen. Nævnet fandt, at kvinden ikke var klageberettiget efter planlovens § 59 bl.a. på grund af den store afstand fra hendes bopæl til lokalplanområdet, ligesom hendes ideelle eller mere generelle interesse i, at kommunen værnede om detailhandelslivet i bymidten, ikke indebar en retlig interesse. Kvinden anlagde sag mod Planklagenævnet med påstand om, at nævnets afgørelse skulle hjemvises til fornyet behandling. Hun forklarede, at hun var direktør og eneanpartshaver i to selskaber, hvoraf det ene ejede flere udlejningsejendomme med både erhvervslejemål og beboelseslejemål. Hun havde engageret sig i sagen, fordi hun ønskede, at Sæby skulle blive ved med at have en dejlig bymidte uden butiksdød. Hun anførte, at også hensynet til investeringssikkerhed gjorde hende klageberettiget. Planklagenævnet blev frifundet, idet kvinden ikke fandtes at have en sådan væsentlig og individuel interesse i sagen, at hun kunne anses for klageberettiget.

Justitsministeriets sag L.A. 1983-543-4

En skolevejleder ikke anset som part i den pågældende kommunes sag om foranstaltninger til gennemførelse af en ny lov om ungdomsvejledning.

FOB 1996.252

Trafikministeriet afviste at anse en forening, der var imod ekspropriation til et bestemt vejformål, for part i ministeriets sag om ekspropriationsbemyndigelse. Foreningen fremstod i

sin henvendelse til myndighederne som repræsentant for medlemmernes almindelige modstand mod vejprojektet. I betragtning heraf og henset til, at Trafikministeriet ikke foretog en nærmere efterprøvelse af projektgrundlaget i forhold til de individuelt berørte medlemmer, kunne ministeriets afgørelse om, at foreningen ikke var part, ikke kritiseres.

FOB 2005.507

For at efterkomme sparekrav havde Undervisningsministeriet nedsat den pligtige afgangsalder for ministeriets overenskomstansatte personale fra 70 til 67 år. En medarbejder, der var blevet afskediget, da hun fyldte 67 år, kunne ikke anses for at have været part i ministeriets beslutning om at ændre den pligtige afgangsalder, idet denne beslutning efter sit indhold måtte betegnes som en generel forvaltningsakt uden individuelle adressater. Det kunne ikke føre til et andet resultat, at beslutningen i praksis virkede mest indgribende i forhold til de ældre medarbejdere.

Navnlig i tilfælde, hvor en forskrift kun skal gælde inden for et snævert geografisk område, kan der imidlertid forekomme tilfælde, hvor enkelte bliver så individuelt berørt af denne, at der kan være grundlag for at betragte de berørte som parter, uanset at der er tale om udfærdigelse af en generel retsforskrift.

U 2012.605 H

Københavns Kommune udstedte i medfør af færdselslovens § 92, stk. 1, et standsningsforbud i en gågade på bl.a. hverdage mellem kl. 11 og 17. Et elinstallationsfirma, som havde butik, kontor og lager på en adresse i gågaden, anlagde sag mod kommunen med påstand om, at standsningsforbuddet var ugyldigt. Højesteret fastslog, at elinstallationsfirmaet – på trods af standsningsforbuddets generelle karakter – måtte anses for at være så væsentligt og individuelt berørt heraf, at firmaet skulle tillægges partsstatus. I den forbindelse bl.a. lagt vægt på, at en række henvendelser fra andre erhvervsdrivende i det pågældende område indebar, at kommunen måtte forstå, at elinstallationsfirmaets virksomhed adskilte sig fra den almindelige butiksvirksomhed i gaden med hensyn til interessen i kortvarige standsninger.

FOB 2003.504

En kommune indkaldte til vejsyn angående en privat fællesvej, og nogle af de vejberettigede sendte derefter kommunen en anmodning om aktindsigt. Efter vejsynet besluttede kommunen, at vejen skulle istandsættes, og senere gav kommunen de vejberettigede aktindsigt. Ombudsmanden udtalte, at reglerne om vejsyn i privatvejslovens afsnit II ikke fortrængte forvaltningslovens regler om partshøring. Efter ombudsmandens opfattelse var den foreliggende sag af en så afgrænset karakter – og i forhold til de vejberettigede så specifik – at de enkelte vejberettigede måtte anses for parter i forvaltningslovens forstand. Der var ganske vist tale om 295 berørte personer. Imidlertid var hver enkelt part blevet særskilt indvarslet til vejsynet og havde siden fået tilsendt afgørelsen, hvorfor der ikke var tale om en ubestemt kreds af adressater. Kommunen burde derfor have foretaget partshøring af alle vejberettigede, ligesom den burde have taget stilling til, om afgørelsen skulle udsættes, indtil de vejberettigede, som havde søgt aktindsigt, havde fået den. Se også FOB 1999.457.

Kapitel 1. Forvaltningslovens anvendelsesområde

FOB 2004.274

En nabo til en flugtskydebane klagede over, at han i forbindelse med kommunens sag om miljøgodkendelse af skydebanen ikke var blevet anset for part. Kommunen havde naboorienteret 233 omboende om sagens behandling, og der var mange, der blev berørt af støjen fra skydebanen. Naboen og 5 andre omboende lå enkeltvis og isoleret rundt om skydebanen. Endvidere ville naboen og disse 5 ejendomme alle blive ramt af det højeste støjniveau. Dette støjniveau lå inden for det tilladte for nye skydebaner, men adskilte de seks ejendomme fra det betydelige antal af øvrige omboende, der blev berørt i mindre grad. På grund af den omfattende og intense støjpåvirkning var det ombudsmandens opfattelse, at naboens interesse i sagen var tilstrækkelig væsentlig og individuel til at anse ham for part i forvaltningslovens forstand.

MAD 2011.620

Vejdirektoratet havde i april 2010 anmeldt etablering af en dobbeltrettet cykelsti på en ca. 5 km strækning mellem Viborg og Foulum. Cykelstien ville indebære en udvidelse af vej-anlægget med 5-6 m. Miljøcenter Århus foretog en VVM-screening efter VVM-bekendtgørelsen og traf afgørelse om, at projektet ikke var VVM-pligtigt. Afgørelsen blev påklaget af ejerne af 11 ejendomme langs stien, der bl.a. anførte, at de skulle have været parthørt. Natur- og Miljøklagenævnet fandt, at screeningsafgørelsen berørte ejerne af de ejendomme, som grænsede op til cykelstien, på en væsentlig og indgribende måde. Nævnet fandt endvidere ikke, at den spredte boligbebyggelse, som lå umiddelbart op til vejen, udgjorde en sådan større, ubestemt kreds af borgere, at der af denne grund ikke skulle ske parthøring.

Naturklagenævnets afgørelse af 6. december 2012, j.nr.: NMK-400-00063, NMK-400-00067 og NMK-400-00069

Udtalt, at en række statslige vandplaner havde en vis overordnet karakter og først blev retligt bindende i forhold til lodsejerne, når de efterfølgende blev udmøntet i kommunale handleplaner. Imidlertid indeholdt de statslige vandplaner detaljerede udpegninger af indsatser for bl.a. vandløb og søer, ligesom planerne havde bindende virkning i forhold til de kommunale handleplaner. Nævnet antog på den baggrund, at der kunne være lodsejere, der måtte anses som individuelt og væsentligt berørt af planerne og derfor måtte anses for parter i forhold til afgørelsen om at vedtage vandplanerne.

MAD 2015.192

Rejst spørgsmål om, hvorvidt de af vandplanerne berørte lodsejere generelt er parter i forvaltningslovens forstand. Vandplaner har en generel og overordnede karakter, og de er ikke direkte bindende for lodsejerne. Henset hertil samt til, at vandplanerne indeholder de samme generelle og konkrete virkemidler i forhold til vandmiljøet over hele landet, skulle der efter Naturklagenævnets opfattelse forelægge helt særlige omstændigheder for, at en lodsejer må anses for så individuelt berørt, at lodsejeren bliver part i forvaltningslovens forstand. Til gengæld kan lodsejere i sager om indsatser af særlig indgribende karakter på netop deres ejendom, f.eks. åbning af rørlagte strækninger, blive anset for parter i forbindelse med kommende konkrete kommunale afgørelser, der udmønter vandplanerne, og i den forbindelse få prøvet deres indsigelser mod en indsats på deres ejendom.

2.6.2. Foreninger

Den omstændighed, at flere slutter sig sammen i en forening eller lignende, kan i almindelighed ikke føre til, at foreningen som sådan anses som part i tilfælde, hvor ingen af de enkelte medlemmer i foreningen selv ville have partsstatus i forhold til den pågældende sag, jf. FOB 1979.288, Karsten Revsbech m.fl., Forvaltningsret Sagsbehandling, 8. udg., s. 196, og Steen Rønsholdt, Forvaltningsret Retssikkerhed Proces Sagsbehandling, 5. udg., s. 116 og 122, men sml. FOB 1987.64, Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret 2. udg., s. 75 ff, og Sten Bønsing, Almindelig forvaltningsret, 4. udg., s. 96. Afgørende må normalt være, om et eller flere af de enkelte medlemmer selv opfylder kravene til at kunne anses for part i sagen. Herefter bliver det alene et spørgsmål om partsrepræsentation, om man vil anerkende foreningen som den, der varetager alle parterens interesser eller dog interesserne for dem, der udtrykkeligt har tilkendegivet ønske herom, eventuelt gennem særskilt fuldmagt.

FOB 1994.191

Sag vedrørende Kulturministeriets godkendelse af en prisregulering vedrørende KO-DA-tariffer. Udtalt, at de enkelte lokalradioer ikke havde en individuel interesse i sagen, idet afgørelsen var af generel karakter. Beslutninger, der på ensartet måde gør indgreb i en større personkreds' interesser, giver ikke uden videre medlemmer af denne personkreds eller en sammenslutning heraf partsstatus. I den forbindelse udtalt, at det forhold, at flere slutter sig sammen i en forening, ikke i selv kan bevirke, at foreningen får partsstatus i videre omfang end de enkelte medlemmer. En sammenslutning, der repræsenterede 80 % af lokalradioerne, blev herefter heller ikke anset for part.

FOB 2002.170

En interesseorganisation indgav en politianmeldelse i anledning af nogle avisartikler, som organisationen anså for stærkt forhånende og krænkende over for etniske minoriteter. Politiet og statsadvokaten afviste, at foreningen havde partsstatus i en eventuel straffesag, idet det var almindeligt antaget, at interesseorganisationer eller lignende foreninger eller personer, der varetager andres interesser på idealistisk, faglig, organisatorisk, arbejdsmæssig eller lignende basis, i almindelighed ikke kan anses for parter eller i øvrigt være klageberettigede med hensyn til sådanne sager om strafferetlig forfølgning, m.m., uden at der foreligger et fuldmagtsforhold. Ombudsmanden erklærede sig enig heri.

Inden for miljøretten er visse foreninger i medfør af særlovgivningen tillagt partsstatus i videre omfang end efter forvaltningsrettens uskrevne regler, og der kan også herudover spores en tendens til at give foreninger og organisationer partsstatus, når disse er nedsat med henblik på at varetage netop de interesser, der efter lovgivningen er relevante i forhold til den enkelte sag.

Kapitel 1. Forvaltningslovens anvendelsesområde

MAD 2007.2253

Udtalt, at Naturklagenævnet efter fast praksis anerkender grundejerforeninger eller beboerforeninger som klageberettigede efter naturbeskyttelsesloven, når der er tale om afgørelser, som på væsentlig måde berører foreningens område. Ved afgørelsen af, om en grundejerforening er klageberettiget, lægges der bl.a. vægt på, om foreningen efter sit formål eller i øvrigt er knyttet til interesser, som er beskyttet efter naturbeskyttelsesloven. Hertil kommer en vurdering af, i hvilket omfang foreningens interesser berøres af den trufne afgørelse.

Se også U 2009.509 Ø og MAD 2008.2161 samt U 1994.780 Ø, U 2001.1594 V og U 2019.437 H om det beslægtede spørgsmål vedrørende foreningers søgsmålskompetence.

Til stk. 2. Inhabilitetsreglerne gælder også for privatretlige dispositioner

Bestemmelsen i § 2, stk. 2, fastsætter, at lovens regler om inhabilitet ikke blot gælder for afgørelsessager, men også for forvaltningens sager om indgåelse af kontraktforhold og lignende privatretlige dispositioner, jf. herom nærmere nedenfor indledningen til kapitel 2, der tillige viser, at uskrevne retsgrundsatninger af nogenlunde samme indhold som forvaltningslovens habilitetsregler også gælder for visse former for faktisk forvaltningsvirksomhed.

Til stk. 3. Reglerne om tavshedspligt og digital kommunikation gælder al offentlig virksomhed

Forvaltningslovens § 2, stk. 3, fastsætter, at reglerne i lovens kapitel 8 om tavshedspligt og videregivelse af oplysninger til andre forvaltningsmyndigheder gælder for al offentlig virksomhed, herunder såvel afgørelsessager som sager om indgåelse af kontraktforhold og anden faktisk forvaltningsvirksomhed. Det samme gælder for lovens kapitel 8 a om digital kommunikation.

Til stk. 4. Bemyndigelse til at inddrage anden forvaltningsvirksomhed under loven

Efter bestemmelsen i § 2, stk. 4, kan vedkommende minister fastsætte regler om, at lovens bestemmelser helt eller delvis skal gælde for andet end afgørelsessager. Der er således hjemmel til at udstede regler om, at forvaltningslo-

§ 2

vens regler skal finde anvendelse på visse former for faktisk forvaltningsvirksomhed såsom undervisning, klientbehandling eller lign.

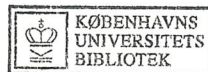
Bemyndigelsen kan kun udnyttes ved at fastsætte generelle regler – typisk i bekendtgørelsesform – og kun efter forhandling med justitsministeren.

Karsten Revsbech, Jens Garde,
Jørgen Albæk Jensen, Orla Friis Jensen,
Helle Bødker Madsen og Søren Højgaard Mørup

Forvaltningsret

Almindelige emner

6. udgave



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2016

*Karsten Revsbech, Jens Garde, Jørgen Albæk Jensen, Orla Friis Jensen,
Helle Bødker Madsen og Søren Højgaard Mørup*
Forvaltningsret – Almindelige emner

6. udgave, 3. oplag

© 2016 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Bo Helsted
Tryk: Clemensstrykkeriet, Viborg

Printed in Lithuania 2018
ISBN 978-87-574-3310-4
E-Bog ISBN 978-87-574-9728-1

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Hvis en sådan frifindelsespåstand tages til følge af domstolen, bliver forvaltningsafgørelsen stående og kan for så vidt anses for stadfæstet af domstolen (selv om domstolen ikke har anvendt udtrykket stadfæstelse).⁴³¹

Forholdet kan – om end sjældent – også være det, at forvaltningen har rejst en retssag mod en borger med påstand om, at denne skal anerkende en afgørelses lovlighed og/eller gyldighed. Tager domstolen denne påstand til følge, kan afgørelsen ligeledes anses for stadfæstet af domstolen.⁴³²

C. Ugyldighed

De vigtigste af domstolenes reaktioner over for fejlbehæftede forvaltningsafgørelser kan samles i begrebet ugyldighed.

Reglerne om ugyldighed af forvaltningsafgørelser er ulovbestemte⁴³³ og er udviklet gennem retspraksis (dommerskabt ret). Lovgivningsmagten har ikke taget stilling til, hvorvidt tilsidesættelse af lovgivningen skal medføre ugyldighed, men har overladt dette spørgsmål til domstolene og de uskrevne regler, der kommer til udtryk og dannes ved domstolenes praksis.⁴³⁴

1. Ugyldighedsbegrebet

Det er ikke altid, at domstolene anvender ordet ugyldighed, selv om der er tale om en ugyldighedsreaktion. Det hænger sammen med, at begrebet ugyldighed er bredt og kan antage flere forskellige former, f.eks. annullation og hjemvisning (som domstolene i nogle tilfælde nævner direkte uden at anvende udtrykket ugyldig eller ugyldighed).⁴³⁵ Domstolene anvender dog udtrykket ugyldig i betydeligt omfang – i nogen grad afhængig af påstandenes udformning.⁴³⁶ Udtrykket anvendes også i den teoretiske forvaltningsret som et vidt samlebegreb for forskellige reaktioner.⁴³⁷

431. Se f.eks. U 2000.2412 H.

432. Se som eksempel U 2003.202.

433. På andre områder er lovbestemmelser om ugyldighed ikke ualmindelige. Se f.eks. kap. 4 i lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv., jf. lovbek. nr. 645 af 8. juni 2011 (med senere ændringer).

434. Se også kap. 8.II.A nedenfor.

435. Se f.eks. U 2005.349 H (»Thi kendes for ret: Sagen hjemvises til fornyet behandling i Miljøstyrelsen ...«).

436. Se f.eks. U 1995.495 H, U 2006.1531 H og U 2003.1628.

437. Det skal dog nævnes, at Bent Christensen: Forvaltningsret – prøvelse, stort set ikke anvender begrebet, idet det findes for uklart. Se således a.st., s. 135.

Kapitel 6. Domstolskontrol med forvaltningen

Ved ugyldighed forstås, at afgørelsen ikke får retsvirkninger i overensstemmelse med sit indhold.⁴³⁸ Formuleret i et mere ligefremt sprog er ugyldighed et udtryk for, at afgørelsen ikke gælder.⁴³⁹

Som nævnt er ugyldighed et vidt begreb. Der er derfor også knyttet en vis usikkerhed til begrebet,⁴⁴⁰ navnlig fordi det i nogle situationer kan være tvivlsomt, hvilke videre følger det har, at en afgørelse erklæres ugyldig. Betyder eksempelvis det forhold, at en afgørelse om afskedigelse af en offentligt ansat er ugyldig, at vedkommende er tilbage i sin hidtidige stilling i fuldt omfang?⁴⁴¹ Og følger der en erstatning af ugyldigheden?

Denne usikkerhed har ført til, at Jørgen Mathiassen med inspiration fra norsk forvaltningsret har været inde på, at ugyldighed skal opfattes som et koblingsbegreb, hvor man først interesserer sig for ugyldighedsgrundene⁴⁴² og dernæst tager stilling til ugyldighedens virkninger (f.eks. annullation, hjemvisning, nedrivning af bygning, fortsat ansættelse af en embedsmand, erstatning). Den model, som ligger i det nævnte koblingsbegreb, er på flere punkter overbevisende, men den er tung at arbejde med og er heller ikke nødvendig i alle sammenhænge.

I denne bog anvendes på den baggrund ikke udtrykket koblingsbegreb, men uanset dette står der den pointe tilbage efter Jørgen Mathiassens overvejelser, at det i mange situationer er nødvendigt at præcisere nærmere, hvad man i en retssag vil opnå, eller hvad man i en teoretisk sammenhæng sigter til, når man anvender udtrykket ugyldighed. Eksempelvis bør det i en sag om afskedigelse af en offentligt ansat præciseres, at afskedigelsen påstås ugyldig med den virkning, at den pågældende har krav på løn for perioden fra den underkendte afgørelse (uberettiget) fik virkning (og indtil en eventuel ny mangelfri afskedigelse eller frivillig fratreden er gennemført).⁴⁴³ I den forbindelse bør man også gøre sig klart, at en række konsekvenser af konstaterede ulovligheder ikke følger automatisk af, at en afgørelse er ugyldig. Således beror det i nogle tilfælde på selvstændige overvejelser og en særskilt stilling-

438. Jf. Revsbech, Nørgaard og Garde: Forvaltningsret – sagsbehandling, s. 341 f..

439. Jf. Jørgen Mathiassen i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, 4. udg. (2004), s. 386, note 269.

440. Se hertil Revsbech: Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori – systemhensyn eller retssikkerhed, s. 110 ff.

441. Se hertil Revsbech: Forvaltningspersonalet, afsnit 7.6.

442. I hovedsagen svarende til ugyldighedsbetingelserne, der omtales i afsnit V.C.4 nedenfor.

443. Se hertil Revsbech: Forvaltningspersonalet, afsnit 7.6.

tagen, om en bygning skal nedrives, fordi byggetilladelsen til den er ulovlig og ugyldig.⁴⁴⁴

Det er dog ikke i alle situationer, at det er nødvendigt at præcisere, hvad man mener med ugyldighed. Hvis eksempelvis et påbud erklæres ugyldigt, er det klart, at borgeren ikke behøver at rette sig efter det (og ikke kan straffes for ikke at overholde det).

Det skal i øvrigt nævnes, at når ugyldighedsbegrebet stadig anvendes i praksis og i den teoretiske forvaltningsret, er årsagen dels en tradition, dels det forhold, at der knytter sig nogle fælles overvejelser til de forskellige reaktionsformer, som begrebet ugyldighed omfatter.⁴⁴⁵

I afsnit V.C.3.a-c nedenfor behandles ugyldighedsformerne annullation, rettelse og hjemvisning, og i afsnit V.C.8 omtales nogle særlige følger af ulovlige og ugyldige afgørelser i byggesager mv.

2. *Hvornår indtræder ugyldigheden og dens virkninger?*

En ugyldig forvaltningsakt kan være en nullitet, eller den kan være anfægtelig. Nullitet er den stærkeste ugyldighed⁴⁴⁶ og indebærer, at forvaltningsakten uden videre kan ignoreres af enhver offentlig myndighed og enhver borger. Nullitet forekommer, hvor forvaltningsakten er åbenbart eller groft ulovlig.⁴⁴⁷ En ugyldig forvaltningsakt kan som nævnt i stedet være anfægtelig, hvilket vil sige, at ugyldigheden i almindelighed er betinget af en autoritativ udtalelse herom fra den udstedende forvaltningsmyndighed selv,⁴⁴⁸ en overordnet forvaltningsmyndighed (herunder en rekursmyndighed) og i sidste instans fra domstolene.⁴⁴⁹ Nullitet forekommer sjældent inden for forvaltningsretten, hvilket bl.a. hænger sammen med, at forvaltningsafgørelsen bør stå med en vis autoritet, ligesom de særlige garantier omkring forvaltningsafgørelser skaber en vis begrundet formodning for, at de er mangelfri og dermed gyldige.⁴⁵⁰ Det skal nævnes, at en afgørelses nullitet naturligvis kan prøves og fastslås af bl.a. en domstol.

444. Se afsnit V.C.8 nedenfor om særlige følger af ugyldighed (og afsnit V.C.4).

445. Se nærmere i afsnit V.C.4 nedenfor om ugyldighedsbetingelser vedrørende disse fælles overvejelser.

446. Jf. Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret, s. 273.

447. Jf. Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret, s. 278. Åbenbar og grov ulovlighed er ikke nødvendigvis sammenfaldende kriterier, idet en fejl kan være grov, uden at den umiddelbart kan konstateres.

448. Se kap. 8.I nedenfor om forskellen mellem ugyldighed (i form af annullation) og tilbagekaldelse.

449. Jf. Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret, s. 272 ff.

450. Se nærmere a.st., s. 274 f.

Kapitel 6. Domstolskontrol med forvaltningen

Et andet spørgsmål er, om ugyldigheden har virkning *ex nunc* eller *ex tunc*. Hvis f.eks. ugyldighed i form af en annullation skal regnes *ex nunc*, anses forvaltningsafgørelsen kun for ikke eksisterende (uden retsvirkninger) for tiden efter annullationen. Skal annullationen derimod regnes *ex tunc*, anses forvaltningsafgørelsen for ikke eksisterende helt fra dens udstedelse. Dette har den konsekvens, at afgørelser og andre dispositioner på grundlag af den pågældende ugyldige forvaltningsafgørelse som udgangspunkt er retsstridige og ugyldige (hvilket indebærer, at annullation har tilbagevirkende kraft).⁴⁵¹ Eksempelsvis vil en ugyldig ansættelse af en embedsmand – hvis ugyldigheden regnes *ex tunc* – betyde, at de afgørelser, han eller hun har truffet siden ansættelsen, som udgangspunkt må tilsidesættes.

Normalt virker ugyldigheden *ex tunc* (fordi den grunder sig på en mangel ved forvaltningsafgørelsen, som har foreligget oprindeligt), men der er dog betydelige undtagelser af hensyn til adressatens eller tredjemands interesser mv.⁴⁵² Det må bero på en konkret, selvstændig afgørelse, om ugyldighed skal regnes *ex nunc* eller *ex tunc*. I sidste ende må spørgsmålet afgøres af domstolene.

I enkelte tilfælde har domstolene fastsat, at ugyldighedens virkning først skulle indtræde på et senere tidspunkt. I U 2005.397⁴⁵³ fandt Sø- og Handelsretten,⁴⁵⁴ at et påbud fra Sikkerhedsstyrelsen om standsning af salg mv. af barnevogne var behæftet med sådanne retlige fejl ved sagsbehandlingen, at det skulle ophæves (hjemvisning). Da det måtte antages, at der var alvorlige fejl ved de pågældende barnevogne, bestemte retten imidlertid samtidig, at ophævelsen (der lå i hjemvisningen) først fik virkning, når Sikkerhedsstyrelsen havde truffet en ny afgørelse i overensstemmelse med de forvaltningsretlige regler.⁴⁵⁵

En forvaltningsafgørelse mv., der oprindeligt var gyldig, kan efterfølgende blive ugyldig (efterfølgende ugyldighed) på grund af forandringer i retlige og faktiske forhold.⁴⁵⁶ Eksempelsvis kan det i princippet forekomme, at en lokalplan, der oprindeligt var gyldig, nu er ugyldig, fordi den fastlåser en ejendom

451. Jf. a.st., s. 282 f.

452. Jf. a.st., s. 282 f.

453. Se den efterfølgende erstatningssag i U 2007.1603.

454. Se U 2007.1603 om erstatningsmæssige konsekvenser.

455. Se også U 2003.435, hvor det fandtes berettiget, at en uhjemlet supplementsydelse blev nedsat efter et rimeligt varsel.

456. Jf. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, s. 287 f., og Karsten Revsbech i U 1990 B.400 (s. 408 f.).

til en anvendelse, som er helt urealistisk i dag, og dermed reelt tømmer ejendommen for værdi.⁴⁵⁷

Hvis en anordning eller en bestemmelse heri er retsstridig, vil der normalt ikke ske en formel annullation af anordningen (bestemmelsen), men ugyldigheden kommer til udtryk ved, at det fastslås, at anordningen (bestemmelsen) ikke er bindende for den pågældende borger.⁴⁵⁸ I visse særlige situationer er det dog forekommet, at domstolene har udtalt, at anordningsbestemmelser var ugyldige.⁴⁵⁹

Det skal nævnes, at hvis en forvaltningsmyndighed konstaterer, at dens afgørelse er ugyldig, har den pligt til at omgøre den (annullation eller rettelse).

3. Ugyldighedsformer

Ugyldighed kan antage tre hovedformer: Annullation, rettelse og hjemvisning.

a. Annullation

Ved annullation forstås, at forvaltningsafgørelsen ophæves (retsvirkningerne fjernes), uden at der samtidig sættes en ny afgørelse i stedet.⁴⁶⁰

457. Se hertil Revsbech og Puggaard: Lærebog i miljøret, s. 74 ff., med henvisninger, om lokalplaners detaljeringsgrad. Se i øvrigt kap. 2.V.D ovenfor om planer. Af U 2010.2655 fremgår, at et vilkår (et forbud) i en afgørelse ikke længere kunne opretholdes (kræves opretholdt), da de forhold, som i sin tid begrundede forbuddet, ikke længere i nævneværdig grad fandtes at være til stede.

458. Se nærmere Germer: Statsforfatningsret, s. 133 f., med henvisninger. Se også påstandene i U 1998.1639 H samt (straffesagen) MAD 1997.575, hvor landsretten udtalte, at »bygherren ikke er forpligtet af reglen i § 22 i erhvervsaffaldsregulativet, da denne bestemmelse uden lovhjemmel foreskriver en snævrere adgang til dispensation end Miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 5«.

459. Se således U 2006.2346 H, hvor bestemmelser i en ministeriel bekendtgørelse fandtes ugyldige. Dommen omtales i Germer, Statsforfatningsret, s. 134 (og 161), hvor det anføres, at Højesterets udtalelser reelt havde samme virkning, som hvis afgørelsen formelt havde haft virkning erga omnes.

460. Ikke alene domstole og administrative rekursorganer kan annullere. Også forvaltningsmyndigheden selv kan annullere sin egen afgørelse, hvis ugyldighedsbetingelserne er opfyldte (se afsnit V.C.4 nedenfor). Se i øvrigt kap. 8.I nedenfor om forskellen mellem annullation og tilbagekaldelse. U 1968.54 H er et eksempel på en myndigheds annullation af egen afgørelse (domstolene anvender i sagen korrekt udtrykket annullation, men borger og forvaltningsmyndighed bruger udtrykket »tilbagekaldelse«).

Kapitel 6. Domstolskontrol med forvaltningen

fornyset behandling.⁴⁹⁷ Begge parter havde nedlagt subsidiære påstande om hjemvisning.⁴⁹⁸ Et andet tilfælde er U 2004.982 H (hjemvisning til Advokatnævnet), hvor det i en sag ved Advokatnævnet, hvorved en advokat var idømt en bøde, var usikkert, om det var gjort advokaten klart, at en trussel fra ham om politianmeldelse indgik i klagesagen, og om han, inden Advokatnævnet traf afgørelsen, havde haft mulighed for at redegøre for baggrunden for denne trussel.⁴⁹⁹ Også i udlændingesager forekommer hjemvisning af og til.⁵⁰⁰ Det samme gælder i visse sager fra Ankestyrelsen.^{501 502}

Afslutningsvis skal det nævnes, at en annullation i nogle tilfælde i realiteten kan antage samme karakter som en hjemvisning. Det sker f.eks., hvor en forvaltningsafgørelse annulleres på grund af en sagsbehandlingsfejl. Her har forvaltningsmyndigheden som nævnt i afsnit V.C.3.a ovenfor mulighed for på ny at behandle sagen under overholdelse af reglerne om sagsbehandling, således som disse er fortolket af domstolene.⁵⁰³

4. Ugyldighedsbetingelser

Der findes ikke nogen almindelig skreven regel om, hvornår en retlig fejl medfører ugyldighed. En regel må derfor udledes af retspraksis mv.

Det forhold, at en forvaltningsafgørelse er retsstridig, medfører ikke altid, at forvaltningsakten er ugyldig. Det kan forekomme, at en ulovlig forvalt-

497. Se også U 2004.622. I U 2006.612 H fandt Højesteret ikke grundlag for at hjemvise en sag til behandling ved patentmyndighederne. I U 2009.370 H hjemviste Højesteret en sag om Skov- og Naturstyrelsens beslutning (om hjemvisning af en kommunes afgørelse) til fornyet behandling hos Skov- og Naturstyrelsen. Se også MAD 2007.124 om en sag vedrørende jordforureningsloven (hjemvisning i stedet for rettelse).

498. Se også U 2005.349 H, der ligeledes er en miljøsag, som hjemvist. Her havde kun sagsøgeren nedlagt (subsidiær) påstand om hjemvisning.

499. Se endvidere U 2005.2632, hvor sagen hjemvist til Advokatnævnet, idet nævnets kendelse var truffet på et åbenbart urigtigt grundlag. Se også U 2005.2277.

500. Se f.eks. de ovenfor i nærværende afsnit V.C.3.c nævnte domme U 2005.303 H og U 2006.1149 H. I U 2005.1780 H hjemvist en sag til fornyet behandling hos udlændingemyndighederne, idet det efter oplysningerne om disse myndigheders administrative praksis ikke kunne afvises, at en afgørelse truffet på et rigtigt og fyldestgørende faktisk grundlag kunne have ført til et andet resultat.

501. Se f.eks. U 2004.867 H og U 2007.572. Se også U 2010.2952 H.

502. Se også U 2014.3703 H, hvor der skete hjemvisning til Advokatsamfundets Erstatningsfond (der ikke er en del af den offentlige forvaltning).

503. Jf. Haagen Jensen og Nørgaard: Administration og borger, s. 255. Se i den forbindelse U 2014.1260 om et huslejenævn, hvis afgørelse var blevet kendt ugyldigt på grund af inhabilitet, og hvor den ene part (lejereren) efterfølgende anmodede huslejenævnet om at udsende en gyldig afgørelse.

ningsafgørelse bliver stående som gyldig. Skal ugyldighed indtræde, må følgende tre betingelser være opfyldte: *a.* Der skal foreligge en retlig mangel (ulovlighed). *b.* Manglen skal være væsentlig. *c.* Der må ikke foreligge særlige forhold (såkaldte tertiære momenter), som afgørende taler imod ugyldighed.⁵⁰⁴

De retlige mangler, der kan føre til ugyldighed, omfatter bl.a. hjemmelsmangler,⁵⁰⁵ retlige fejl i forbindelse med skønsudøvelse (f.eks. tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet eller lighedsgrundsætningen)⁵⁰⁶ og sagsbehandlingsfejl.⁵⁰⁷

Ved væsentlighed forstås i denne sammenhæng, at fejlen har eller kan have påvirket afgørelsens indhold (det, afgørelsen går ud på).⁵⁰⁸ Baggrunden for anvendelsen af et væsentlighedskriterium er, at det ved visse typer af fejl kan forekomme, at forvaltningsafgørelsen trods fejlen er lovlig og rigtig i sit indhold.⁵⁰⁹ Det kan f.eks. i nogle situationer være tilfældet ved fejl, der består i manglende partshøring, hvor det kan dokumenteres, at der ved forvaltningsafgørelsen er taget højde for alle de forhold, parten ville have anført, hvis en korrekt partshøring var blevet gennemført. I en sådan situation vil det være overdreven formalisme at anse afgørelsen for ugyldig med den (næsten) sikre efterfølgende konsekvens, at afgørelsen blot bliver gentaget under overholdelse af partshøringsreglerne. Væsentlighedskriteriet giver domstolene mulighed for at undgå en sådan overdreven formalisme, idet de efter omstændighederne kan lade afgørelsen blive stående som gyldig, uanset at den er be hæftet med en retlig fejl.⁵¹⁰

De såkaldte tertiære momenter (særlige forhold)⁵¹¹ er navnlig relevante ved afgørelser, der er begunstigende for adressaten.⁵¹² De tertiære momenter

504. Jf. Revsbech, Nørgaard og Garde: Forvaltningsret – sagsbehandling, s. 342.

505. Se kap. 4, 1. afsnit, ovenfor.

506. Se kap. 4, 2. afsnit, ovenfor.

507. Se Revsbech, Nørgaard og Garde: Forvaltningsret – sagsbehandling, kap. XI, Rønsholdt: Forvaltningsret – retssikkerhed, proces, sagsbehandling, bl.a. kap. 16, og Jon Andersen i Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, s. 847 ff.

508. Jf. Revsbech, Nørgaard og Garde, a.st, s. 342.

509. Se nærmere afsnit V.C.5 og 7 nedenfor vedrørende (manglende) ugyldighed ved sagsbehandlingsfejl og fejl angående skønsudøvelse.

510. Det skal i den forbindelse nævnes, at en væsentlighedsvurdering (f.eks. vedrørende en sagsbehandlingsfejl) kun har interesse, hvor der ikke sker en tilbundsgående prøvelse af en afgørelses materielle indhold. Endvidere er en sådan vurdering ikke relevant ved lovbundne afgørelser. Se Jørgen Mathiassen i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, 2. udg. (1989), s. 367.

511. De tertiære momenter synes i nogen grad at svare til betragtninger, der anvendes i privatretlige forhold, f.eks. ved en stillingtagen til konsekvenserne af, at en bygning

Kapitel 6. Domstolskontrol med forvaltningen

bygger på, at det i nogle tilfælde kan være urimeligt, at en retlig fejl skal medføre ugyldighed til skade for en borger⁵¹³ (eller til skade for betydende almene samfundsinteresser).⁵¹⁴ Tertiære momenter (særlige forhold), der kan styrke tilbøjeligheden til at opretholde en begunstigende forvaltningsafgørelse, kan bestå i, at adressaten (eller evt. tredjemand) i udpræget grad har indrettet sig på afgørelsen, f.eks. ved udnyttelse af en tilladelse.⁵¹⁵ Endvidere indgår, om tilladelsen har været udnyttet i lang tid. Ligeledes er det et tertiært moment, om den retlige mangel først gøres gældende lang tid efter, at den er blevet kendt (passivitet). Adressatens gode tro er også af betydning.⁵¹⁶ Det forhold, at afgørelsen ikke er åbenbart ulovlig (men kun tvivlsomt ulovlig), nævnes traditionelt som et tertiært moment.⁵¹⁷ Endelig vil bredere betragtninger, som f.eks. et hensyn til at undgå et samfundsmæssigt værdispild, kunne være et tertiært moment, der taler imod ugyldighed. Dette kan f.eks. være relevant, hvor en bygning er opført efter dispensation, uden at den i bygge-loven fastsatte nabohøring er gennemført. Her vil det værdispild, som en nedrivning vil indebære, kunne medvirke til, at dispensationen opretholdes trods den retlige fejl.⁵¹⁸

Ovenstående vedrører navnlig begunstigende afgørelser, men det kan ikke udelukkes, at tertiære momenter kan føre til, at bebyrdende forvaltningsafgø-

er opført i strid med en servitut, se således U 2007.1975 (hvor der i øvrigt i noten henvises til U 1986.143 H).

512. De tertiære momenter, der for de flestes vedkommende tilgodeser et hensyn til den adressat, der har modtaget en begunstigende afgørelse, vil typisk have mindre vægt, hvor der er tale om partstvister. Se eksempelvis U 2006.2724 (hegnsynssag). Hvorvidt en afgørelse er begunstigende må overvejende bero på adressatens subjektive vurdering, se kap. 2.V.B ovenfor og kap. 8.VI nedenfor.

513. Typisk adressaten, men efter omstændighederne også tredjemand (naboer) m.fl.

514. Jf. Jon Andersen i Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, s. 850.

515. Jf. U 1950.252.

516. Jf. Revsbech, Nørgaard og Garde: Forvaltningsret – sagsbehandling, s. 348 f. og U 1887.640 H. I Bent Christensen: Forvaltningsret – prøvelse, s. 139 ff., hvor udtrykket ugyldighed ikke anvendes, omtales i forbindelse med annulation, at en række forhold kan føre til, at der ikke annulleres, selv om der foreligger en hjemmelsmangel. Disse forhold svarer i hovedsagen til, hvad der andre steder i retslitteraturen betegnes tertiære momenter.

517. Jf. Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret, s. 394. Se også afsnit V.C.6 nedenfor.

518. Jf. Revsbech, Nørgaard og Garde: Forvaltningsret – sagsbehandling, s. 349. I nogle tilfælde vil det dog forekomme, at værdispildbetragtninger ikke indgår i selve ugyldighedsvurderingen, men først kommer ind i næste fase, hvor der skal tages stilling til, om konsekvensen af ugyldighed (af f.eks. en dispensation) skal være nedrivning (se afsnit V.C.8 nedenfor).

Sten Bønsing

Almindelig Forvaltningsret
– lærebog for statskundskab

1. udgave



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2016

Sten Bønsing
Almindelig Forvaltningsret – lærebog for statskundskab

1. udgave, 1. oplag

© 2016 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Marianne Tingkov
Tryk: Toptryk Grafisk, Gråsten

Printed in Denmark 2016

ISBN 978-87-574-3686-0
E-bog ISBN 978-87-719-8006-6

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Kapitel XII. Domstolskontrol

UfR 2010.2655 Ø er formentlig udtryk for efterfølgende ugyldighed. Et vilkår til en tilladelse blev ved dommen ophævet efter ca. 30 år, da vilkåret ikke længere kunne opretholdes, da de forhold, som i sin tid begrundede vilkåret, ikke længere i nævneværdig grad fandtes at være til stede. Dommen må skulle læses sådan, at vilkåret oprindeligt ville have været ugyldigt, hvis forholdene oprindeligt havde været som på domstidspunktet.

c. Ugyldighed: Nullitet eller anfægtelighed? Standpunktsrisiko

Endnu en sondring er desværre nødvendig: Ugyldighed kan underopdeles i hhv. nullitet og anfægtelighed.

Afgørelser kan lide af mangler (ulovligheder), der er så grove, at man kan tale om, at der slet ikke eksisterer en afgørelse. Man taler her om, at der foreligger en *nullitet*. Nulliteterne forekommer fortrinsvis blandt de fundamentale sagsbehandlingsmangler og hjemmelsmangler. Hvis fx en afgørelse lider af en særlig grov saglig kompetencemangel, fx at en skilsmissebevilling er udstedt af skatteforvaltningen, eller hvis en borgmester selv alene har holdt »kommunalbestyrelsesmøde« på sit kontor uden indkaldelse til møde. Nulliteter forekommer også, hvor afgørelser er rettet til en forkert person,⁹⁷ eller slet ikke meddelt.⁹⁸ En afgørelse, der lider af en nullitet, betragtes om ikke-eksisterende og kan umiddelbart ignoreres af enhver borger (og offentlig myndighed).⁹⁹ Ugyldighedsvirkningen gælder både ved bebyrdende og begunstigende afgørelser.

UfR 2012.1950 Ø må formentlig anses for en nullitet. Her havde en kommune i strid med indfødsretsreglerne (og grundlovens § 44) registreret en udlænding som dansk statsborger og bl.a. udstedt pas. Landsrettens præmisser må læses sådan, at der var tale om en nullitet.

Modstykket til nullitet kaldes *anfægtelighed*. Langt hovedparten af ugyldige forvaltningsakter er »kun« anfægtelige, hvilket betyder, at selvom forvaltningsakten er mangelfuld og ugyldig, så står den ved magt (dvs. får virkning som en gyldig), *medmindre nogen anfægter gyldigheden*, fx ved domstolene. Det må anses for ganske sjældent, at forvaltningsakter har karakter af nulliteter. Man må altså som part reagere og anfægte, hvis man mener, at en afgø-

97. Jf. fx *UfR 2004.1169 V*, hvor et påbud vedrørende en ejendom var rettet til en person, der imidlertid forinden havde solgt ejendommen. Påbuddet skulle have været rettet til køberen. Derfor var påbuddet ugyldigt. Denne ugyldighed må anses for at have karakter af en nullitet. Også selvom køberen var en virksomhed, som var ejet af sælgeren (personen).
98. Jf. *FOB 1985.93*, hvor Familieretsdirektoratet ikke havde sendt en bidragsresolution til den bidragspligtige, og hvor Ombudsmanden derfor anså den for en nullitet.
99. Jf. i øvrigt i det hele *Karsten Revsbech m.fl.*, Forvaltningsret Almindelige Emner, 5. udg., 2009, s. 427 ff.

relse er forkert og ugyldig. Første skridt kan i praksis normalt være kontakt til myndigheden, men ellers skal sagen indbringes for prøvelsesorganer – i sidste instans domstolene. Afgørelser, der er nulliteter, betragtes som nævnt som ikke-eksisterende. Disse behøver i principper ikke indbringes for domstolene. Borgeren kan blot undlade at følge »afgørelsen«.

Samtidig skal det dog nævnes, at man altid (dvs. i alle juridiske sammenhænge) har en *standpunktsrisiko*. Hvis man fx mener, at en afgørelse er en nullitet, og derfor ikke efterkommer den, men at det senere (fx efter at forvaltningen har indbragt den for domstolene) viser sig, at man tog fejl, idet afgørelsen faktisk var gyldig, så er borgeren ansvarlig for ikke at have efterkommet en gyldig afgørelse. Omvendt har forvaltningen også altid en *standpunktsrisiko*. Hvis forvaltningen håndhæver en afgørelse, som senere viser sig at være ugyldig, bliver forvaltningen ansvarlig for dette.

3. Andre retsfølger end ugyldighed

Som nævnt kan der være andre retsfølger af en ulovlighed end ugyldighed. Det kan være, at det slet ikke giver mening at statuere ugyldighed, fx hvis et hus fejlagtigt er påbudt nedrevet og dette er sket.¹⁰⁰ Der vil også være situationer, hvor ugyldigheden må suppleres med andre retsfølger.

Retsfølgen af en ulovlig afgørelse kan således fx være *erstatning*. Se fx *Sten Bønsing*, Almindelig Forvaltningsret, 3. udg., 2013, s. 455 ff.

Hvis den afgørelse, der er til prøvelse, er et *afslag* på en ansøgning, giver det normalt heller ikke mening at erklære afslaget ugyldigt. Det vil være meget sjældent, at domstolen giver medhold i en påstand om tildeling af en positiv afgørelse, fx en tilladelse. I disse situationer vil domstolene normalt enten erklære afslaget ulovligt (med efterfølgende mulighed for, at parten kan få sagen genoptaget hos forvaltningen), eller hjemvise sagen til fornyet behandling.

Overtrædelser af *persondataloven* vil sjældent (eller måske aldrig) kunne medføre ugyldighed. Derimod vil overtrædelser kunne medføre *erstatningsansvar*. Persondatalovens § 69 hjemler et culpaansvar med omvendt bevisbyrde, hvilket betyder en skærpelse i forhold til de almindelige erstatningsregler. Herudover vil der evt. kunne blive idømt en *godtgørelse (tort)* for den

100. I *UfR 2014.2639 Ø* var politiets aflivning af en hund sket i strid med proportionalitetsprincippet. Pålægget om aflivning blev erklæret ulovligt. I en sådan situation giver det ikke mening at statuere ugyldig. Der var ikke nedlagt andre påstande, fx om erstatning.

relser opretholdes som gyldige. F.eks. vil et ulovligt påbud om opførelse af en støjmur i princippet og efter omstændighederne kunne blive stående som gyldigt ud fra en samfundsmæssig værdispildsbetragtning, ligesom passivitet fra adressatens side kan betyde, at et ulovligt påbud eller forbud, som adressaten ønsker annulleret, anses for gyldigt.⁵¹⁹

5. Ugyldighed ved sagsbehandlingsfejl

Spørgsmålet om ugyldighed ved sagsbehandlingsfejl er behandlet udførligt i andre dele af retslitteraturen.⁵²⁰ For en nærmere behandling af spørgsmålet henvises derfor til denne litteratur. På dette sted skal alene omtales nogle hovedpunkter til belysning af, i hvilket omfang sagsbehandlingsfejl medfører ugyldighed.⁵²¹

Sagsbehandlingsreglerne kan inddeles i to hovedgrupper: Garantiforskrifter og ordensforskrifter. En garantiforskrift er en sagsbehandlingsregel, som i almindelighed vil udgøre en garanti for, at der vil blive truffet en afgørelse, som er lovlige og rigtig i sit indhold. De fleste sagsbehandlingsregler har karakter af garantiforskrifter, således f.eks. partshøringsregler og habilitetsregler. Ordensforskrifter er sagsbehandlingsregler, der typisk tjener mere begrænsede formål som f.eks. at sikre en praktisk arbejdsfordeling eller rene informationsformål. Men også mere betydningsfulde regler, der tager sigte på at styrke borgerens position over for forvaltningen, må i denne sammenhæng opfattes som ordensforskrifter. Det gælder eksempelvis offentlighedslovens regler om aktindsigt – i hvert fald når sagen af afgjort. Dette skyldes, at disse reglers overholdelse ikke kan antages at have betydning for indholdet af forvaltningens afgørelse i det enkelte tilfælde. Kun tilsidesættelse af garantiforskrifter kan medføre afgørelsens ugyldighed, idet alene overtrædelse af disse regler kan have betydning for afgørelsens indhold.⁵²² Ordensforskrifterne tje-

519. Jf. Jørgen Mathiassen i Garde m.fl.: Forvaltningsret – almindelige emner, 4. udg. (2004), s. 403 med henvisning til U 1991.973 H.

520. Jf. Revsbech, Nørgaard og Garde: Forvaltningsret – sagsbehandling, kap. XI, Rønsholdt: Forvaltningsret – retssikkerhed, proces, sagsbehandling, bl.a. kap. 16, og Jon Andersen i Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, s. 847 ff. Se også Vogter: Forvaltningsloven med kommentarer, s. 753 (henvisninger til stikordene ugyldig og ugyldighed), samt Fenger: Forvaltningsloven med kommentarer, s. 945 (stikordet ugyldighed).

521. De nævnte hovedpunkter bygger på Revsbech, Nørgaard og Garde: Forvaltningsret – sagsbehandling, kap. XI.D.

522. I U 2003.2173 lagde landsretten ved sin begrundelse for ugyldighed vægt på, at der var tale om tilsidesættelse af en garantiforskrift. Se også U 2003.922, hvor det blev

French Council of State discovers the 'philosopher's stone' of data retention

23. April 2021

Two of Europe's highest national courts have just published their decisions on how to implement the 6 October 2020 judgments of the European Court of Justice on data retention. The Belgian Constitutional Court opted, on 22 April 2021 for complete compliance. A day earlier, the French Council of State tried to

invent instead an alchemical formula capable of turning the CJEU judgments into a silver bullet for the French security and law enforcement authorities.

When reading the [press release](#) published by France's highest administrative Court on its eagerly expected decision concerning data retention, one discovers that the Council of State was able to "conciliate the implementation of European Union law and the effectiveness of the fight against terrorism and crime". No mean feat!

As we moved towards the date of the decision all signs indicated that a conciliation between [La Quadrature du Net](#) (LQDN) and the other data retention judgments issued by the Court of Justice of the European Union (CJEU) on 6 October 2020 (discussed [here](#)) with the needs of the intelligence and law enforcement authorities (LEAs) in France was simply impossible.

First, shortly after the CJEU judgments, France led efforts at the Council of the European Union to bypass the CJEU's case law by incorporating a broad national security exception into the proposed ePrivacy Regulation. I have discussed these developments extensively with Ken Propp [here](#).

Second, when the European Data Protection Board [reacted quickly](#) by sending the message that European Member States [cannot effect a Houdini-like escape](#) from the CJEU data retention judgments by amending ePrivacy, France hinted that, if secondary law cannot provide a solution to its security community's needs then probably the only way out of this would be to [change primary law](#), the founding EU treaty and, if necessary, even the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Third, whilst awaiting these political developments, the French government [filed](#) a long submission to the Council of State asking the high court not to apply the CJEU LQDN judgment. In its submission, the

government highlighted the important operational difficulties created by this judgment for its intelligence and law enforcement authorities and gave specific information in this respect (arguing, for instance, that access to connection data is necessary in more than 85% of all criminal investigations).

It argued that the CJEU did not respect the national security exemptions in EU primary and secondary law; that the primacy of EU law only exists insofar as Member States effectively transfer competences to the EU; and that in the present case Member States have never transferred powers relating to national security and the maintenance of public order to the EU. The government therefore relied on the position of certain constitutional courts in Europe (in particular the German Constitutional Court in terms of its 5 May 2020 decision on the European Central Bank) and argued that the CJEU acted *ultra vires* (i.e. in excess of its powers) and that the Council of State should not recognise this erosion of national state sovereign power, operated by the CJEU. This was the first time ever that a French Government had made such a request to the Council of State.

Everything therefore seemed to indicate that no compromise was possible between the CJEU's LQDN judgment and the operational needs of the security and law enforcement community in France, and that only radical solutions were on the table.

And then came the Council of State!

First, as a result of the 21 April decision, the Court averted in a very clear and determined way the institutional crisis that could have resulted if it had followed the government's submission. "It is not for the administrative judge to ensure that ... the CJEU respects the distribution of powers between the EU and the member states. It cannot therefore exercise control over the conformity with Union law of decisions of the Court of Justice and ... deprive such decisions of the binding force with which they are vested", affirms the Council of State (§8) in a compelling passage that may be read with interest by the German Constitutional

Court. As explained by the President of the Council of State in a press conference that followed the decision, it was impossible for the French High Court to “rebel” against the Luxembourg Court. This would have opened a Pandora’s box and would have “encouraged resistance” by “Eastern capitals” that are currently in a dispute with the CJEU over rule of law problems (see [here](#) and [here](#)). Far from declaring a “war among judges”, the Council of State preferred to continue a “dialogue between judges”, however “rough” (as opined by the Council of State President) this dialogue may sometimes be. Therefore, it proposed a “conciliatory” interpretation of the CJEU judgment (see below).

This being said, the decision of the Council of State far from adheres to a position of subordination to, or complete compliance with, the CJEU (in sharp contrast with the judgment issued by the Belgian Constitutional Court on 22 April 2021 – see post scriptum). The Council of State recalls, on the contrary, that the French Constitution remains the supreme norm within the French national legal system. It brandishes the spectre of its previous case law (the “Arcelor” precedent) to argue that it has the power to ensure that the application of EU law, as specified by the CJEU, “does not in practice jeopardise French constitutional requirements which are not guaranteed in an equivalent manner by EU law”. However, in terms of the most important issue at stake in this decision, the Council will not need to use this precedent, as it aims to find instead an alchemical formula capable of turning the decried CJEU judgment into a golden solution for the French security and law enforcement community.

A silver bullet?

The Council of State, of course, explains (§51-57) that none of the proposed CJEU solutions are workable or sufficient by themselves in order to satisfy the needs of security and law enforcement authorities. The Council explains, for instance, that in terms of prosecution of criminal offences, the CJEU’s suggested solution of *targeted* upstream data retention is neither possible in practice nor operationally effective.

Among other problems, it is neither possible to pre-designate who will be involved in a crime that has not yet been committed, nor the place where it will take place. This could be highly problematic given how the Council of State explains (§ 50) that access to connection data “is a decisive condition for the success of the investigations carried out with a view to the search, establishment and prosecution of the perpetrators of criminal and tortious offenses” and could also help exculpate “people wrongly suspected of being involved”.

Nevertheless, the Council of State considers that a *combination* of the solutions proposed by the CJEU could constitute a silver bullet! In particular, in §57, the Council of State argues that:

- 1) The CJEU accepted in its LQDN judgment that general, preventive, and indiscriminate retention of data would be acceptable if there is a serious threat to national security. The Council of State considered that such a threat exists in France and therefore general retention of data requirements currently imposed on operators by French law are legally justified due to the threat to national security, in conformity with the CJEU judgment.
- 2) The CJEU also accepted in LQDN (§ 160-168) that countries can adopt, as provided for by Article 16 of the 2001 Budapest Convention on cybercrime, legislative measures that provide for the “expedited retention” of traffic and location data for the purpose of combating serious crime.
- 3) Lastly, the Council of State considers that this method of “expedited retention” permitted by EU law can build on the stock of data generally retained for national security purposes and can therefore be used for the prosecution of criminal offences. The Council of State points to §164 of the LQDN judgment to explain the CJEU’s consideration that there is no purpose limitation problem with this solution, provided that Member States “make clear, in their legislation, for what purpose the expedited retention of data may occur”.

The solution is ingenious and also seems to indicate that there was “more flexibility” in the CJEU judgment than was initially thought. However, this solution is also very controversial.

A legal house of cards

The main problem is that basing the effectiveness/efficiency of criminal investigations on the continuous existence of a “serious threat to national security” constitutes a legal minefield. The whole house of cards risks crashing down if such a threat suddenly disappears. This, in turn, creates the need for a kind of permanent national security crisis and the risk of an ‘automatic’ and artificial declaration of the existence of such threats. The CJEU was clear, nonetheless, in the LQDN judgment, that general preventive retention of connection data for national security purposes would only be possible if a Member State faced a “serious” threat to its national security that proves to be “genuine” and “present or foreseeable”. The CJEU also noted that, even under these conditions, data retention could only be authorised “for a period that is limited in time to what is strictly necessary” (see also this).

The Council of State partially takes note of this and requires that the French Government change the legal framework so as to be able “to assess from time to time the existence of such a threat, subject to review by administrative courts”. However, the Council of State simultaneously adopts a very broad definition of what could constitute a “threat to national security”, which will definitely make it easier for the government to claim that there is a threat.

Indeed, in § 44 of the decision, the Council of State states that not only terrorism, but also the “risk of espionage and foreign interference”, “malicious actions” against French companies “through industrial or scientific espionage operations, sabotage, damage to reputation or poaching experts”, and “threats to public peace, linked to an increase in the activity of radical and extremist groups”, could constitute national security threats capable of justifying the general preventive retention of connection data. The Council of State thus paves the way for a kind of ‘systematic’ general preventive retention of connection data for

national security purposes – in a distortion of the CJEU's ruling and also in contrast to the position of the Belgian Constitutional Court (§138) that such data retention “cannot be systematic”.

The need for reform

For the sake of brevity, I will end this analysis with two conclusive thoughts on the decision and the way forward.

Firstly, despite the fact that the “magic formula” discovered by the Council of State does not really affect the core of the French data retention scheme and does not change anything for telecom operators and service providers either, it does nevertheless entail an important need for reform of the French Code of Criminal Procedure and the way data can be accessed for criminal investigations.

Accordingly, lawyers involved with the case for certain NGOs were not wrong in highlighting (in sharp contrast to the “catastrophic” discourse adopted by LQDN), that the decision requires a rewrite of the data retention rules in the French system which, if conducted correctly, could permit many of the CJEU limitations and safeguards to be incorporated. Among other things, it should be emphasised that the CJEU's “expedited retention” exception is only possible when important conditions and limitations are met, and only for “combating serious crime”. The CJEU stressed in LQDN (§166) that access to the stock of data generally retained for national security (or other legitimate) reasons “may in no event be granted” “for the purpose of prosecuting and punishing an ordinary criminal offence”. This requires serious legislative effort on the part of the French Parliament to define “serious crime”. It also leaves no room for independent administrative authorities to access this stock of data, as the Council of State unfortunately suggested in §57, which means that such authorities will need to find other ways, albeit compatible with EU law, of accessing data for their own needs.

Similarly, the French Parliament will need to take advantage of the six months deadline provided by the Council of State to introduce all new mechanisms, procedures and safeguards. For instance, the Council of State stressed that France needs to change its surveillance law so as to render *binding* the opinions given by the National Commission for the Control of Intelligence Techniques (CNCTR), an independent oversight body, with regard to the use of data that is retained for intelligence purposes. Similarly, France will need to take stock of the 2 March 2021 Prokuratuur judgment especially in view of the requirement that competent law enforcement authorities' access to retained data must always be subject to a prior review carried out either by a court or by an entirely independent administrative body.

More practical solutions

Second, and from a more general point of view, whilst it is legitimate and compelling to be critical of the Council of State decision's shortcomings, especially in the light of the "100% compliant" approach of the Belgian Constitutional Court (see post-scriptum), one should also try to understand the bigger picture and understand that this was a clever attempt to brush off the dispute with the CJEU in a non-confrontational way, and to "buy" the necessary time both for political initiatives and for the "dialogue among judges".

The CJEU's data retention judgments have often been accused, by several Member States (that sometimes used for years, unrestrained, broad data retention practices), of being unrealistic and unworkable, and ignoring the operational needs of the intelligence and law enforcement agencies in Europe. In a recent hearing at the European Parliament the Commission officially acknowledged that "there are elements of non-application [of the CJEU judgments] in most of the data retention schemes that exist in member states"; that "a majority of national governments have still not amended their rules"; that "even member states who have started changing their schemes haven't found the magic formula to be fully compliant with the court cases"; that the Commission won't launch infringement proceedings; and that finally we have no

consensus on the way forward (see Laura Kayali's reporting [here](#) & her article in Politico [here](#)). Against this background, the Council of State has proposed a solution which may of course be criticised, but which is also based on the "flexibilities" opened by the CJEU on 6 October 2020, while being pragmatic and providing hope that the "dialogue among judges" will lead to a convergence of views, and lead to an approach that will be both protective of human rights and workable for law authorities.

In a roundtable organised by the European Law Blog on 19 April 2021, one of the high-profile speakers said that "the fact that some criminals will go undetected and unpunished" [because of the restricted approach of the CJEU on data retention] is the price that must be paid to avoid an "Orwellian" society of mass surveillance". One wonders *why* time-limited, generalised preventive *retention* of data *by service providers* constitutes "mass surveillance" as such.

The CJEU and its national counterparts in Europe should probably focus instead on the really pressing problems: security of retained data by service providers; legal certainty – as opposed to obscure and non-transparent "voluntary" practices (i.e., pressing requests to service providers to retain the connection data "for business purposes"); and especially a compelling and clear legal framework concerning proportionate *access* to data by government authorities. They could insist that the important limitations and safeguards that govern such access to data are respected: *ex ante* independent authorisation; access only for the sake of national security and the fight against serious crime; necessity and proportionality; effective independent oversight; redress; transparency; etc. Then, probably, the dialogue among judges would lead to practical solutions that result in serious criminals *not* going unpunished and us *not* having a surveillance society either.

Post-scriptum

While this article was going through the editorial process, the Belgian Constitutional Court published its judgment on data retention (summarised [here](#)) which very much concerned the same subject matter as the French Council of State's decision: the Court had to decide how Belgium should implement the 6 October 2020 judgments of the CJEU on data retention. In contrast to the Council of State, the Belgian Constitutional Court applied the CJEU judgments to the letter: no exceptions, no legal inventions, no contradictions. The Court thus annulled Belgium's data retention scheme as being contrary to the CJEU judgments, and asked the Parliament to develop new legislation in this field, ensuring that it complies with the CJEU requirements.

There are two ways to assess this judgment and compare it with the decision produced by the French Council of State.

The first way is to approve and even celebrate the fact that the Belgian Constitutional Court applied the CJEU judgment to the letter. This is good news for the European public order – and also good news for the NGOs involved who were stunned by the Council of State's decision.

The other way, though, is to take into account that Belgian law enforcement authorities might presently be in an awkward position. First, following the Belgian's Court immediate annulment of the data retention scheme, ongoing criminal investigations could face severe challenges that could lead to substantial complication, partial inadmissibility of evidence, or even abandonment of pending procedures or annulments. Second, the immediate invalidation of the Belgian data retention scheme would probably compel the government to contact telecoms and service providers to request that they retain the data voluntarily (this will be described as being “for legitimate business purposes”) henceforward, so as to make them available to LEAs when needed. Third, a devil's advocate would suggest that the Belgian legislator might be tempted by the French Council of State's 'silver bullet'.

Interestingly, while activists may consider that they would “prefer to live in Belgium today”, LEAs may consider that they are better off in France! And while privacy pros will celebrate the Belgian Constitutional Court’s decision, security and law enforcement authorities in France will feel that the inventiveness of the French Council of State saved their investigations from the ‘sword of Damocles’ now hanging over their Belgian counterparts’ investigations.

1 COMMENT



Douwe Korff

23. April 2021, 18:23

I warned in 1982, in a presentation to the Council of Europe on behalf of Amnesty International, that anti-terrorist legislation threatened to create “semi-permanent quasi-emergencies” in the CofE countries – not meeting the A15 emergency conditions but also not really in line with the normal standards. The Conseil d’Etat judgment goes back in that direction.

ADD COMMENT

Name

POST COMMENT

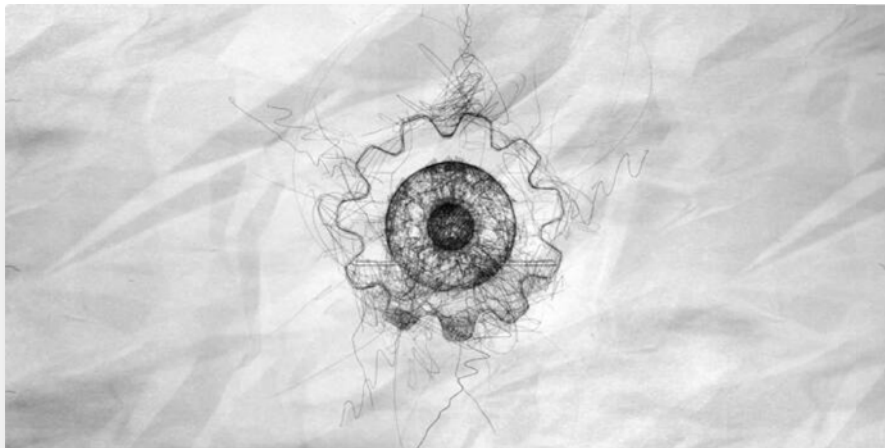


Theodore Christakis

Theodore Christakis (@TC_IntLaw) is Professor of International and European Law at University Grenoble Alpes (France), Director of Research for Europe with the Cross-Border Data Forum, and a former Distinguished Visiting Fellow at the New York University

[read more](#)

OTHER ARTICLES



EU-funded technology violates fundamental rights

Why the EU's iBorderCtrl project is...

Patrick Breyer

Member of the European Parliament (German Pirate Party/European Pirates Delegation in the Greens/EFA Group)



The EU's R&D process: unaccountable, unethical, even illegal?

European taxpayers likely fund...

Gemma Galdon-Clavell

Director Eticas Consulting



France's po haul

The French sta

Félix Tréguer

Félix Tréguer, p
Editor-in-Chief
French digital r

Logning af teledata i lyset af Tele2-dommen

Af ph.d.-stipendiat Lene Wachter Lentz, International Economic Crime and Cybercrime Research Centre (IECC), Juridisk Institut, Aalborg Universitet

De danske teleudbydere har siden 2007 været underlagt en pligt efter logningsbekendtgørelsen til at registrere data om al telekommunikation og opbevare disse data i et år. Logningspligten, som blev indført som led i Terrorpakke 1 i 2002 for at styrke politiets efterforskningsmuligheder, må nu revideres og i vidt omfang afvikles som følge af EU-domstolens præjudicielle afgørelse i »Tele2-sagen«, hvor domstolen tog stilling til svensk og britisk logningsregulering. Dommen medfører en række problemstillinger i forhold til den fremtidige danske regulering af logning af teledata og politiets adgang til disse data.

1. Indledning

EU-domstolen har den 21. december 2016 taget stilling til svensk og engelsk logningsregulering i den såkaldte »Tele2-sag«.¹ Først vurderede domstolen den svenske lovgivning, som fastsatte en generel pligt for teleselskaberne til at registrere oplysninger om brugernes telekommunikation og opbevare disse oplysninger i en nærmere fastsat periode for at sikre politiet adgang til brug for eventuel efterforskning. Denne »logningspligt« omfattede de teledata, der genereredes hos teleselskaberne om kommunikationen (bl.a. teleoplysninger i form af, hvem der ringede til hvem og hvornår, lokalisationsoplysninger i form af, hvilken geografisk mobilmast, der blev gjort brug af ved kommunikationen, samt brugerdata i form af identiteten bag abonnementet, såsom e-mailadressen, IP-adressen etc.) Derimod omfattede logningspligten ikke oplysninger om indholdet af kommunikationen. Dernæst tog domstolen stilling til svensk og britisk lovgivning om myndighedernes adgang til de loggede data.

Dommen var kulminationen på flere års debat om logning af teledata, hvor EU med logningsdirektivet i 2006² forsøgte at sikre en ensartet logning af teledata i alle EU-landene, hvilket imidlertid blev stoppet i 2014, hvor EU-domstolen erklærede logningsdirektivet ugyldigt ved Di-

gital Rights-dommen.³ Det svenske teleselskab, Tele2, nægtede herefter at fortsætte logningen efter svensk ret, hvilket var baggrunden for det svenske præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen.

EU-domstolen sonderer i Tele2-dommen mellem teleudbydernes pligt til logning af teledata og myndighedernes adgang til sådanne data. Først og fremmest slår EU-domstolen fast, at den generelle, udifferentierede logning af teledata er i strid med EU-retten. Dog kan der ifølge domstolen fastsættes nationale bestemmelser om en *målrettet* logning af teledata, forudsat at logningen i forhold til data, personer, varighed mv. begrænses til det strengt nødvendige, ligesom EU-domstolen kræver, at logning kun kan ske til brug for bekæmpelse af »grov kriminalitet« eller for at »forhindre en alvorlig fare for den offentlige sikkerhed«.⁴

Ligeledes i forhold til politiets adgang til teledata fastsætter EU-domstolen nærmere begrænsninger i forhold til den nationale lovgivning for at sikre, at politiet kun får adgang til sådanne oplysninger, når det er strengt nødvendigt. Efter EU-domstolens præmisser kan politiet kun få adgang til logningsdata i sager om grov kriminalitet, ligesom politiets adgang skal ske efter retskendelse eller en afgørelse fra en uafhængig administrativ enhed.

Formålet med denne artikel er at undersøge Tele2-dommens betydning for den danske logningspligt efter logningsbekendtgørelsen,⁵ som i sit indhold stort set svarer til den svenske logningspligt. For at sikre overensstemmelse med EU-retten må den danske logningsforpligtelse forventes at blive væsentligt revideret.⁶ Navnlig

1. De forenede sager Tele2 Sverige AB mod Post- och telestyrelsen (sag C-203/15) og Secretary of State for the Home Department mod Tom Watson m.fl. (sag C-698/15), hvor den svenske præjudicielle forelæggelse angik både lagringen og myndighedernes adgang til teledata, jf. præmis 51, mens den engelske del angik myndighedernes adgang, jf. præmis 59.

2. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15. marts 2006.

3. EU-domstolens dom af 8. april 2014 i de forenede sager Digital Rights Ireland Ltd mod Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Irland (sag C-293/12) og Kärntner Landesregierung (sag C-594/12), præjudicielle forelæggelse.

4. Præmis 111 (i den engelske oversættelse: »serious crime or to preventing a serious risk to public security«, i den franske: »criminalité grave ou de prévenir un risque grave pour la sécurité publique«).

5. Bekendtgørelse nr. 988 af 28. september 2006 om udbydere af elektroniske kommunikationsnets og elektroniske kommunikationstjenesters registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik, udstedt i medfør af retsplejelovens § 786, stk. 4 og 7, som ændret ved bekendtgørelse nr. 660 af 19. juni 2014.

6. Der gælder ikke nogen bestemt frist for, hvor hurtigt medlemsstaterne skal sikre overensstemmelse med en dom fra EU-domstolen. I forbindelse med revideringen af logningsreglerne i lyset af Te-

må Danmark sikre, at Tele2-dommens anvisninger for målrettet logning og politiets adgang hertil, og navnlig kravet om »grov kriminalitet«, indarbejdes i den danske regulering.

I det følgende vil afsnit 2 gennemgå Tele2-dommens konklusioner, hvorefter det i afsnit 3 undersøges, hvad der nærmere skal forstås ved begreberne »grov kriminalitet« og »alvorlig fare for den offentlige sikkerhed«. I mangel af præcise anvisninger på disse to begreber i Tele2-dommen, vil relevante EU-retsakter samt praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol blive inddraget i analysen.

Afsnit 4 vil gennemgå den danske logningspligt og Tele2-dommens indvirkning herpå, hvorefter afsluttende bemærkninger følger i afsnit 5.

2. Tele2-dommens konklusioner

Retsgrundlaget for dommen er e-datadirektivets⁷ artikel 5, stk. 1, som forpligter medlemsstaterne til at sikre kommunikationshjemmeligheden ved brug af offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, både for indholdet af kommunikationen og for de dermed forbundne trafikdata. Medlemsstaterne kan gøre undtagelser hertil i medfør af artikel 15, stk. 1, hvis en sådan indskrænkning af kommunikationshjemmeligheden 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 (-)).«

Direktivet finder anvendelse på udbydere af offentligt tilgængelige kommunikationsnet og -tjenester, jf. direktivets artikel 2, jf. Rammedirektivet,⁸ hvilket i den danske gennemførelse i telelovens⁹ § 2, nr. 1 er defineret som enhver, der med et kommercielt formål stiller produkter, elektroniske kommunikationsnet eller -tjenester omfattet af loven, til rådighed for andre. Herved forstås udbydere af infrastruktur til transport af kommunikation gennem elektroniske kommunikationsnetværk, i modsætning til udbydere af informations- og indholdstjenester, jf. telelo-

le2-dommen, ses det, at lovgiver er opmærksom på afgørelsen, U 2017.1243 H, hvor Højesteret tog stilling til den danske opfølgning på EU-domstolens afgørelse (C-277/08 *Pereda*) om sygdom opstået under ferie, og hvor Højesteret fandt, at det var velbegrunderet, at lovgiver brugte et års tid på at udrede dommens nærmere konsekvenser, jf. lovforslag L 191 fremsat den 26. april 2017, pkt. 3 til lov nr. 673 af 8. juni 2017 om ændring af tidspunkt for revision af logningsbestemmelsen i retsplejelovens § 786, stk. 4.

7. 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, implementeret ved teleloven (nugældende bekendtgørelse nr. 128 af 7. februar 2014 af lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, i det følgende kaldt »teleloven«).
8. Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2002/21/EC af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.
9. Lovbekendtgørelse nr. 128 af 7. februar 2014 om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester

vens § 2, nr. 9, eksempelvis indhold på hjemmesider, søgemaskiner, musiktjenester, apps mv.¹⁰

EU-domstolen fandt i Tele2-sagen indledningsvist, at direktivet var anvendeligt på det forelagte retsområde.¹¹ Dernæst fandt EU-domstolen, at en logningspligt, som fastsat i den svenske lovgivning, overskred det strengt nødvendige og ikke i et demokratisk samfund kunne anses for at være begrundet, således som det er påkrævet i henhold til e-datadirektivets artikel 15, stk. 1, sammenholdt med artikel 7, 8 og 52, stk. 1 i Chartret om grundlæggende rettigheder.¹² Domstolen lagde herved vægt på, at den svenske lovgivning foreskrev en generel og udifferentieret lagring af samtlige trafikdata og lokaliseringsdata vedrørende samtlige abonnenter og registrerede brugere i forbindelse med samtlige midler til elektronisk kommunikation, og at lagringen skete systematisk og uafbrudt.¹³ Disse data ville tilsammen gøre det muligt at drage meget præcise slutninger vedrørende privatlivet for de pågældende personer, såsom vaner i dagligdagen, midlertidige eller varige opholdssteder, daglige eller andre rejser, hvilke aktiviteter der udøves, personernes sociale relationer og de sociale miljøer, de frekventerer,¹⁴ hvilket er egnet til at skabe en følelse hos de berørte personer af, at deres privatliv er genstand for konstant overvågning.¹⁵

Når logning på denne måde blev hovedreglen – og ikke den undtagelse, der er lagt op til i e-datadirektivets artikel 15, stk. 1, og som ifølge EU-domstolen må fortolkes strengt¹⁶ – fandt domstolen ud fra en proportionalitetsafvejning, at den generelle, udifferentierede logning var i strid med e-datadirektivet og Chartrets bestemmelser.

Imidlertid anførte EU-domstolen, at e-datadirektivet og chartret ikke var til hinder for, at en medlemsstat vedtog en lovgivning, der som en forebyggende foranstaltning muliggør en *målrettet* lagring af trafikdata og lokaliseringsdata med henblik på bekæmpelse af grov kriminalitet, forudsat lagringen begrænses til det strengt nødvendige for så vidt angår kategorierne af data, der skal lagres, de omhandlede kommunikationsmidler, de berørte personer og den fastsatte varighed af lagringen.¹⁷ Dertil krævedes, at den nationale lovgivning fastsatte klare og præcise regler, der regulerede rækkevidden, navnlig under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser lagringen kunne ske, for at sikre at en sådan foranstaltning begrænses til det strengt nødvendige.¹⁸

10. Om den nærmere definition af udbydere og indholdsudbydere, se Søren Sandfeld Jakobsen (red.), Søren Johansen og Christian Bergqvist: »Teleretten«, s. 74 ff.
11. Se præmis 65-81, problematikken vil ikke blive nærmere berørt i det følgende.
12. Præmis 107. Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder (2000/C 364/01), som er en del af EU-retten på traktatniveau, jf. Traktaten om Den Europæiske Union (TEU), artikel 6, stk. 1.
13. Præmis 97.
14. Præmis 99.
15. Præmis 100.
16. Præmis 89.
17. Præmis 109.
18. Præmis 109.

Om den nærmere regulering af foranstaltningen foreskrev Tele2-dommen, at »lovgivningen skal være baseret på objektive forhold, der gør det muligt at fokusere målrettet på en personkreds, hvis data kan afsløre en forbindelse, i det mindste indirekte, til grov kriminalitet, bidrage til bekæmpelse af grov kriminalitet på den ene eller den anden måde eller forhindre en alvorlig fare for den offentlige sikkerhed.«¹⁹ Videre anføres i samme præmis, at en sådan afgrænsning kan sikres gennem et geografisk kriterium, når de kompetente nationale myndigheder på grundlag af objektive forhold finder, at der i et eller flere geografiske områder er en forhøjet risiko for, at sådan kriminalitet bliver planlagt eller begået.

Dernæst – og det var EU-domstolens svar på de præjudicielle spørgsmål fra både Sverige og Storbritannien – skal national lovgivning fastsætte de materielle og procesuelle betingelser for de kompetente myndigheders adgang til de lagrede data,²⁰ hvor det på området for forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af straffelovsovertrædelser alene er bekæmpelse af grov kriminalitet, der kan begrunde adgang til de lagrede data.²¹

I princippet kan der kun gives adgang til teledata vedrørende personer, der er mistænkt for at planlægge, ville begå eller have begået grov kriminalitet,²² dog kan der i særlige situationer, hvor vitale interesser for den nationale sikkerhed, forsvaret eller den offentlige sikkerhed er truet af terrorvirksomhed, også gives adgang til andre persons data, når der foreligger objektive forhold, som gør det muligt at antage, at disse data i en konkret sag kan bidrage effektivt til bekæmpelsen af en sådan virksomhed.²³ Dermed er adgangen til teledata for ikke-mistænkte skærpet yderligere til kun at kunne ske ved sådanne alvorlige trusler fra terrorvirksomhed, ikke blot ved »grov kriminalitet« eller »alvorlig fare for den offentlige sikkerhed.«

Om proceduren for adgangen fandt EU-domstolen det afgørende, at myndighedernes adgang til de lagrede data i princippet, undtagen i hastende tilfælde, er undergivet en forudgående kontrol, enten af en domstol eller af en uafhængig administrativ enhed.²⁴ Derudover fandt EU-domstolen, at det skulle sikres, at teledata lagres på EU's område og irreversibelt destrueres ved udløbet af lagringsperioden, ligesom det skulle sikres, at en uafhængig

myndighed fører tilsyn med overholdelsen af EU's beskyttelsesniveau for personoplysninger på dette område.²⁵

Som det ses af Tele2-dommens præmisser, udgør omdrejningspunktet for både den målrettede lagring af teledata og politiets adgang til disse data af, om der er tale om »grov kriminalitet«. I tilknytning til den målrettede lagring nævner dommen også, at lagring kan ske, hvis der er tale om at forhindre en »alvorlig fare for den offentlige sikkerhed.«²⁶ Det følgende afsnit vil angå en nærmere analyse af indholdet af disse to begreber.

3. Tele2-dommens krav om »grov kriminalitet« og »alvorlig fare for den offentlige sikkerhed«

Tele2-dommen giver ikke anvisninger på, hvad der præcist må forstås som »grov kriminalitet«. Som en del af proportionalitetsafvejningen vurderede EU-domstolen nødvendigheden af den generelle logningsforpligtelse over for »bekæmpelsen af grov kriminalitet, og navnlig organiseret kriminalitet og terrorisme ...«,²⁷ hvor man ved disse to eksempler kan udlede, at EU-domstolen anser organiseret kriminalitet og terrorisme som grov kriminalitet. At EU-domstolen bruger disse to eksempler må betyde, at anden kriminalitet også kan være omfattet, forudsat at der er tale om grov kriminalitet på samme niveau.

Generaladvokaten havde i sit forslag til domstolens afgørelse anført, at bekæmpelsen af grov kriminalitet var et mål af almen interesse, der kunne begrunde en generel pligt til datalagring, og at kravet om forholdsmæssighed udelukkede, at bekæmpelsen af simpel kriminalitet eller hensynet til sagsforløbet i sager, der ikke er straffesager, kunne begrunde en sådan lagring.²⁸ Hvor Generaladvokaten altså ikke afviste selve lagringen, går Tele2-dommen væsentligt videre ved afgørelsen om, at den generelle pligt til lagring er i strid med e-datadirektivet og Chartrets bestemmelser. Tele2-dommen følger Generaladvokatens synspunkter for så vidt angår kravet om »grov kriminalitet«. Dog er det værd at bemærke, at Tele2-dommen i forhold til andre sager end straffesager opregner de hensyn i e-datadirektivets artikel 15, stk. 1, der kan begrunde indskrænkninger i kommunikationshemmeligheden,²⁹ i hvilken forbindelse EU-domstolen henviser til *Promusicae*-dommen.³⁰ I den dom har EU-domstolen fastslået, at e-datadirektivet ikke var til hinder for, at en privat interesseorganisation til beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder kunne få adgang til personlige data om benyttelse af internettet via opkoblinger fra en teleudbyder. Tele2-dommens henvisning til *Promusicae*-dommen synes derfor at opretholde denne retstilstand.³¹

25. Præmis 122 og 123.

26. Præmis 111.

27. Præmis 103.

28. Forslag til afgørelse fra generaladvokat Henrik Saugmandsgaard Øe, fremsat den 19. juli 2016, præmis 172 og 173.

29. Præmis 90 og 115.

30. C-275/06, EU:C:2008:54, præmis 53.

31. Private aktørers adgang til teledata i sager om krænkelse af eksempelvis ophavsrettigheder er interessant set i lyset af, at politiet som følge af Tele2-dommens krav om grov kriminalitet næppe vil

19. Præmis 111 (engelsk: »the national legislation must be based on objective evidence which makes it possible to identify a public whose data is likely to reveal a link, at least an indirect one, with serious criminal offences, and to contribute in one way or another to fighting serious crime or to preventing a serious risk to public security.«)

20. Præmis 118.

21. Præmis 115.

22. Præmis 119 (i den engelske udgave af dommen er her anvendt begrebet »serious crimes«, som i den danske udgave er oversat til »alvorlig lovovertrædelse«, hvilket ikke er retvisende, henset til at den danske udgave i øvrigt konsekvent oversætter »serious crime« til »grov kriminalitet«.)

23. Præmis 119.

24. Præmis 120.

Med tanke på, at der nu forestår en større opgave for Sverige og Storbritannien, og andre EU-lande, herunder Danmark, med at bringe den nationale lovgivning i overensstemmelse med Tele2-dommens konklusioner, er det problematisk, at dommen ikke indeholder mere udførlige betragtninger om, hvad der må forstås ved »grov kriminalitet« og »alvorlig fare for den offentlige sikkerhed.« Dette er uden tvivl udtryk for EU-Domstolens tilbageholdenhed med at fastlægge for præcise anvisninger, idet domstolen i sit virke er konfliktløsende, ikke lovgivende. Konsekvensen kan imidlertid blive en række præjudicielle spørgsmål, hvor de nationale dømmende myndigheder vil forsøge at få EU-domstolens mere konkrete anvisninger på begreberne.

Ved fastlæggelsen af indholdet af de to begreber »grov kriminalitet« og »alvorlig fare for den offentlige sikkerhed«, må det haves for øje, at der i mange situationer vil være et naturligt overlap, eksempelvis vil planlægningen af en terrorhandling både være »grov kriminalitet«, og en »alvorlig fare for den offentlige sikkerhed.«³² Omvendt kan man forestille sig større ulykker, hvor der ikke er nogen efterforskning af et strafbart forhold, men hvor opgaven er at inddæmme skaden i forhold til befolkningen, f.eks. større skadelige udslip eller trusler mod fødevarer-sikkerheden, hvorved der kan være tale om »en alvorlig fare for den offentlige sikkerhed«, uden at der samtidig er tale om »grov kriminalitet«. Sådanne farer/ulykker uden efterforskning af strafbart forhold, hvor adgang til teledata samtidig er relevant for at begrænse skaderne af hensyn til den offentlige sikkerhed, vil selvsagt have undtagelses karakter.

Den mest præcise anvisning for området, hvor politiet kan få adgang til teledata, er derfor at forsøge at afdække begrebet »grov kriminalitet«. I fravær af direkte anvisninger i Tele2-dommen, vil de følgende afsnit nu angå, om der er fortolkningsbidrag at hente dels fra EU-retsakter, dels fra retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

3.1. EU-retsakter

Når Tele2-dommen er seneste udvikling i EU's stillingtagen til spørgsmålet om logning af teledata i medlemsstaterne, er det mest nærliggende at se på, om der i logningsdirektivet og Digital Rights dommen, der kendte direktivet ugyldigt, er bidrag at hente til forståelsen af grov kriminalitet.

kunne få adgang til samme data som led i en efterforskning af samme krænkelse. Problematikken om adgang til teledata for private aktører og andre myndigheder end politiet vil ikke blive berørt yderligere her.

32. Sammenhængen illustreres også af Digital Rights-dommens præmis 41-44, hvor Domstolen udtalte, at logningsforpligtelsen fastsat i logningsdirektivet bidrog til »bekæmpelsen af grov kriminalitet og dermed i sidste ende til den offentlige sikkerhed«, jf. også hertil Generaladvokatens forslag til afgørelse i Tele2 sagen, fremsat den 19. juli 2016, pkt. 162 og 163.

3.1.1. EU-retsakter om logning

Formålet med logningsdirektivet³³ var at sikre adgang til teledata i alle medlemsstater i forbindelse med efterforskning, afsløring og retsforfølgning af grov kriminalitet, men direktivet overlod det til de enkelte medlemsstater at definere »grov kriminalitet« i deres nationale lovgivning, jf. direktivets artikel 1, stk. 1.

Digital Rights-dommen kritiserede netop logningsdirektivet for ikke at fastsætte objektive kriterier for de nationale myndigheders adgang til de lagrede teledata, herunder at afgrænse den kriminalitet, der anses for tilstrækkelig grov til at begrunde en sådan adgang.³⁴ Om forståelsen af begrebet »grov kriminalitet« og den offentlige sikkerhed, henviste EU-domstolen i Digital Rights-dommen til sin egen praksis, hvorefter bekæmpelsen af international terrorisme med henblik på opretholdelse af international fred og sikkerhed udgør et mål for EU af almen interesse,³⁵ og det samme gjorde sig gældende for bekæmpelsen af grov kriminalitet med henblik på at sikre den offentlige sikkerhed. Domstolen henviste her til dommen *Tsakouridis*,³⁶ der handlede om udsendelse af Tyskland som følge af narkotikakriminalitet, hvor EU-domstolen var fremkommet med følgende betragtning: »Eftersom narkotikaafhængighed er et alvorligt onde for det enkelte menneske og rummer økonomiske og sociale farer for menneskeheden (--) kan handel med narkotika begået i en organiseret bande være på et sådant niveau, at den direkte truer roen og den fysiske sikkerhed hos befolkningen som helhed eller hos en stor del heraf.«

I Digital Rights-dommen er der således støtte for, at begrebet »grov kriminalitet« omfatter international terrorisme og organiseret kriminalitet i forhold til narkotikakriminalitet. Tele2-dommen henviser ved »grov kriminalitet« til præmisserne i Digital Rights-dommen,³⁷ dog uden udtrykkeligt at gentage Digital Rights-dommens henvisning til *Tsakouridis*-dommen.

3.1.2. Europol's kompetence som fortolkningsbidrag

For at klarlægge hvad der i EU-kontekst forstås ved »grov kriminalitet«, er der et fortolkningsbidrag at hente i retsakterne om Europol's kompetence.³⁸

33. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15. marts 2006.

34. Digital Rights-dommen, præmis 60.

35. Digital Rights-dommen, præmis 42, hvor der henvises til Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, C-402/05 P og C-415/05 P, EU:C:2008:461, præmis 363, og Al-Aqsa mod Rådet, C-539/10 P og C-550/10 P, EU:C:2012:711, præmis 130.

36. C-145/09, EU:C:2010:708, præmis 46 og 47.

37. Tele2-dommen præmis 102, der henviser til Digital Rights-dommens præmis 60.

38. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/794 af 11. maj 2016, der gjorde Europol til et overstatsligt samarbejde, og den danske samarbejdsaftale om Europol, trådt i kraft den 30. april 2017, www.eu.dk.

Det følger af Europol-forordningens³⁹ artikel 3, stk. 1, at Europol støtter og styrker medlemsstaternes kompetente myndigheders indsats for og deres indbyrdes samarbejde om at forebygge og bekæmpe grov kriminalitet,⁴⁰ der berører to eller flere medlemsstater, samt terrorisme og former for kriminalitet, der berører en fælles interesse, som er omfattet af en EU-politik, jf. listen i forordningens bilag 1.

Bestemmelsen knytter an til TEUF artikel 83,⁴¹ hvorefter Europa-Parlamentet og Rådet ved direktiv kan fastsætte 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 som følge af overtrædelsernes karakter eller konsekvenser eller af et særligt behov for at bekæmpe dem på fælles grundlag. Der er tale om kriminalitetsområderne terrorisme, menneskehandel og seksuel udnyttelse af kvinder og børn, ulovlig narkotikahandel, ulovlig våbenhandel, hvidvaskning af penge, korruption, forfalskning af betalingsmidler, edb-kriminalitet og organiseret kriminalitet. Derudover vil der kunne træffes beslutning om at omfatte andre kriminalitetsområder, der på baggrund af udviklingen i kriminalitet, kan opfylde de nævnte kriterier.

Europol-listen opremser meget konkret, hvilke kriminalitetsformer der er omfattet af Euopols kompetence, og udover områderne nævnt i TEUF artikel 83 omfatter listen bl.a. også manddrab og grov legemsbeskadigelse, bortførelse, frihedsberøvelse og gidseltagning, røveri og tyveri af særlig grov beskaffenhed, underslæb og bedrageri, insiderhandel og kursmanipulation på finansmarkederne, afkrævning af beskyttelsespenge og pengeafpresning, bestikkelse, seksuelt misbrug og seksuel udnyttelse, herunder materiale, der viser misbrug af børn, og hvervning af børn til seksuelle formål.

Listen kan tages som udtryk for, hvilken kriminalitet, der kan anses som grov – eller i hvert fald grovere – dog i den kontekst, der kræves efter artikel 3, stk. 1, at forbrydelsen skal berøre to eller flere medlemsstater, eller skal være tale om terrorisme eller der skal berøre en fælles interesse, omfattet af en EU-politik. Forbrydelser i form af underslæb, bedrageri og IT-kriminalitet, som kan forekomme i mange mindre grove varianter, bliver selvsagt grovere og ofte mere organiseret i den kontekst, hvor to eller flere medlemsstater er involveret, og forbrydelsen dermed har et grænseoverskridende element.

3.1.3. Den europæiske arrestordre

For at få et rent nationalt perspektiv på grov – eller grovere – kriminalitet, uden det grænseoverskridende element,

som Euopols kompetence forudsætter, er det relevant at se på Rådets rammeafgørelse om den europæiske arrestordre,⁴² hvoraf følger at udlevering kan ske på baggrund af et strafbart forhold begået i én medlemsstat, og der dermed ikke er krav om noget grænseoverskridende element. Det følger af rammeafgørelsens artikel 2, at en europæisk arrestordre kan udstedes for forhold, der efter den udstedende medlemsstats lovgivning *kan straffes* med frihedsstraf eller en anden frihedsberøvende foranstaltning af en maksimal varighed på mindst tolv måneder, eller når der *er idømt* en straf eller pålagt en anden frihedsberøvende foranstaltning for straffe på en varighed på mindst fire måneder.

Bestemmelsens stk. 2 indeholder den i denne sammenhæng interessante »positivliste«,⁴³ hvorefter de 32 nærmere oplyste forbrydelser (som defineret i den medlemsstat, der udsteder arrestordren), kan medføre en umiddelbar fuldbyrdelse af den europæiske arrestordre uden kontrol af dobbelt strafbarhed, forudsat forbrydelsen i den udstedende medlemsstat kan straffes med frihedsstraf af en maksimal varighed på mindst tre år.

Listen er i væsentlig grad sammenfaldende med Europol-listen, dog omfatter »positivlisten« også forbrydelserne voldtægt og forsætlig brandstiftelse, som selvsagt ofte vil være knyttet til konkrete personer og lokaliteter, og dermed uden et grænseoverskridende element. Samlet set synes de to lister at give et nogenlunde ens billede af, hvad der i Euopols grænseoverskridende regi og i relation til den europæiske arrestordres mere nationale kontekst må betragtes som grov – eller i hvert fald grovere – kriminalitet.

Spørgsmålet er, om forbrydelserne på de to lister er af den fornødne grovhed, henset til, at Tele2-dommen eksempelvis grov kriminalitet med terrorisme og organiseret kriminalitet. Umiddelbart synes opregningen af forbrydelser på Euopols liste og »positivlisten« ikke at være tilstrækkelig til at afgrænse den grove kriminalitet, når der ikke sker en yderligere kvalificering, eksempelvis ved kriminalitetens organiserede karakter, kriminalitetens omfang og skader for andre og for samfundet, hvilken strafferamme eller konkret forskyldt straf, der bliver relevant etc.

3.1.4. Begrebet »organiseret kriminalitet«

Under henvisning til Tele2-dommens konklusion om, at »grov kriminalitet« omfatter terrorisme⁴⁴ og organiseret kriminalitet, er der behov for at se nærmere på, hvad der forstås ved »organiseret kriminalitet«.

Efter Rådets rammeafgørelse om bekæmpelse af organiseret kriminalitet, artikel 1 og 2,⁴⁵ defineres organiseret

39. Euopols målsætning er en videreførelse af det hidtidige retsgrundlag om Europol, 2009/371/RIA, som Danmark har været omfattet af.

40. Begreberne i den engelske udgave »serious crime« og den franske »la criminalité grave« er enslydende med sprogbrugen i Tele2-dommen.

41. Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde.

42. Rådets rammeafgørelse af 13. juni 2002 (2002/584/RIA). Danmark deltager fuldt ud i dette samarbejde.

43. Jf. nærmere herom Jørn Vestergaard: »Den europæiske arrestordre – udlevering til strafforfølgning mv.«, TIK 2004.555.

44. Terrorismen er defineret i Rådets rammeafgørelse af 13. juni 2002 om bekæmpelse af terrorisme (2002/475/RIA).

45. Rådets rammeafgørelse af 24. oktober 2008 (2008/841/RIA).

kriminalitet som strafbare handlinger begået i forbindelse med en kriminel organisation, hvorved forstås en struktureret sammenslutning af en vis varighed bestående af mere end to personer, der handler i forening med henblik på at begå strafbare handlinger, som kan straffes med en frihedsstraf eller en sikkerhedsforanstaltning af en maksimal varighed på mindst fire år, med det formål direkte eller indirekte at opnå en økonomisk eller anden materiel fordel. Ved en struktureret sammenslutning udelukkes de vilkårligt dannede sammenslutninger, men der kræves ikke, at strukturen af sammenslutningen er nærmere fastlagt.

Der er tale om en forholdsvis bred definition, hvor navnlig formålet med den organiserede kriminalitet – »økonomisk eller anden materiel fordel« – synes ret løst defineret. Dog vil strafferammekravet på minimum fire års fængsel kvalificere forbrydelsen i forhold til art og omfang. Således vil eksempelvis en dansk forbrydelse som bedrageri skulle være af særlig grov beskaffenhed efter straffelovens § 286.

Til forståelsen af, hvad der i en dansk kontekst betragtes som den alvorligste organiserede kriminalitet, er det værd at bemærke, at PET frem til 1. marts 2017 havde kompetence til »at forebygge, efterforske og modvirke andre alvorlige forbrydelser, der truede den nationale eller internationale samfundsorden«,⁴⁶ hvilket ifølge forarbejderne⁴⁷ navnlig sigtede til »den bande- og netværkskriminalitet, som er kendetegnet ved sin internationale, grænseoverskridende og professionelle karakter og begås under anvendelse af vold, trusler og våben i svært tilgængelige miljøer, hvor sikkerhedsniveauet er højt. Det gælder eksempelvis sager om større våbenrøverier, organiseret våbenindsmugling, organiseret og omfattende narkotikasmugling, fabrikation af falske penge samt systematiske angreb på danske kommunikationsmetoder.«

Om end der i EU-regi og ved den danske fastlæggelse af den alvorligste organiserede kriminalitet er en vis inspiration at hente, er der dog stadig kun tale om meget løse konturer om Tele2-dommens begreber »grov kriminalitet« og »organiseret kriminalitet«.

3.2. *Praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol*

Koblingen til EMRK er interessant, idet der er væsentlige sammenfald i beskyttelsen af kommunikationshemmeligheden, hvad enten det sker i EU-regi som følge af artikel 7 i EU-chartret om grundlæggende rettigheder, eller det sker i medfør af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8.

Den tætte sammenhæng mellem Chartret og EMRK ses navnlig i Chartrets artikel 52, stk. 3, hvoraf fremgår, at i

det omfang, Chartret indeholder rettigheder svarende til rettigheder i EMRK, har de samme betydning og omfang som i EMRK, dog således at artikel 52, stk. 3 ikke er til hinder for, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse.

For at finde mulige fortolkningsbidrag til forståelsen af »grov kriminalitet«, er alle rettighederne i EMRK relevante, idet EMD meget ofte vil skulle foretage en proportionalitetsafvejning af, om indgrebet i den enkeltes rettigheder efter EMRK er nødvendigt i forhold til de samfundsmæssige hensyn, der er nærmere angivet i de enkelte artikler, eksempelvis hensynet til bekæmpelse af kriminalitet i EMRK artikel 8, 10 og 11.⁴⁸

Ved gennemgang af retspraksis,⁴⁹ hvor EMD i domsbegrundelsen anvender begrebet »serious crime«, kan det konstateres, at begrebet indgår i meget forskellige sagstyper, lige fra konfiskation, inddragelse af asylstatus, frihedsberøvelse, tortur mv. Ud fra dommene må det konkluderes, at når EMD tager stilling til og anvender begrebet »serious crime« er det i en meget konkret kontekst i hver enkelt sag. Der er ikke tale om, at der i EMD i forhold til »serious crime« foretages en løbende, systematisk, analytisk begrebsdannelse, hvor man ved hver ny afgørelse forholder sig til tidligere domme, hvor begrebet har været anvendt, og hvorved »serious crime« udvikles og fasttømmes.

Som eksempel på sådan udtrykkelig begrebsudvikling kan nævnes kravet om, at et indgreb i en af rettighederne efter artikel 8-11 skal være »i overensstemmelse med loven«, jf. bestemmelse i stk. 2. Heraf følger, at loven må fastlægge med tilstrækkelig klarhed, under hvilke betingelser de nationale myndigheder kan gøre indgreb i den konkrete rettighed, som beskrevet i dommen *Gillan and Quinton v. The United Kingdom*,⁵⁰ der angik politiets visitationszoner, og hvor EMD netop ved sin behandling af kravet om »overensstemmelse med loven« henviser til en lang række tidligere domme, hvor domstolen har taget stilling til og fastlagt dette krav.⁵¹

At EMD ikke fastlægger nogen entydig standard for »serious crime« skal først og fremmest ses i lyset af, at EMD ikke fungerer som en fjerde retsinstans. Dernæst er det karakteristisk for Domstolens praksis, at medlemssta-

48. Hensynet til at »forebygge forbrydelse«, som indgår både i EMRK artikel 8, stk. 2 og § 10, stk. 2 omfatter også allerede begåede forbrydelser og den efterforskning, der relaterer sig hertil, jf. Jon Fridrik Kjølbro: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere«, 2017, s. 766 og Peer Lorenzen m.fl.: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer«, 2011, bind 1, s. 767.

49. Søgningen i EMD's database www.hudoc.echr.coe.int er sket ud fra domspraksis om »serious crime« med angivelse af keyword »proportionality«, idet denne søgning kunne give et dækkende udgangspunkt for at vurdere domstolens praksis. Søgningen gav 49 domme, hvoraf 22 blev udtaget, idet »serious crime« var anført i EMD's begrundelse. Ligeledes er søgt i forhold til synonymet »major offence.«

50. 12/1/2010, præmis 77

51. Se endvidere Jon Fridrik Kjølbro: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere«, 2017, s. 755 ff.

46. Jf. den tidligere gældende § 1, stk. 1, nr. 2 i Lovbekendtgørelse nr. 1600 af 19. december 2014 om Politiets Efterretningstjeneste. Ved lov nr. 1727 af 27. december 2016 blev kompetencen overført til Rigspolitiet.

47. Lovforslag til PET-loven (LFF 2013-02-27 nr. 161), de specielle bemærkninger til § 1, samt lovforslaget til den seneste ændring af PET-loven (LFF 2016-11-09 nr. 71, pkt. 2).

terne overlades et vist skøn, »margin of appreciation«, ved den endelige proportionalitetsafvejning mellem nødvendigheden af indgrebet over for den enkelte borgers konventionsbeskyttede rettigheder.⁵²

Dog kan enkelte domme fremdrages som interessante pejlemærker til forståelse af »serious crime«. Således er der flere eksempler på, at drab omtales som »serious crime«. I forhold til grov legemsbeskadigelse var spørgsmålet i *Bajsultanov v. Austria*,⁵⁴ hvorvidt asylstatus kunne inddrages på baggrund af to tidligere domme for bl.a. »aggravated bodily harm«, som af EMD blev karakteriseret som »serious offences«. I dommen *Bouchelkia v. France*,⁵⁵ blev voldtægt omtalt som »serious crime«, ligeledes seksuelt misbrug af eget barn i dommen, *Sanchez Cardenas v. Norway*.⁵⁶

At der alene er tale om spredte, meget konkrete tilkendegivelser fra EMD's side, bekræftes af *Langner vs. Germany*,⁵⁷ hvor EMD fandt, at en ansats beskyldning om, at hans overordnede havde begået embedsmisbrug, hvilket kunne straffes med minimum et års fængsel, var en beskyldning om »serious crime«. Ligeledes i sagerne *Benet Praha, Spol. S.R.O. v. The Czech Republic* og *Benet Czech, Spol. S.R.O. v. The Czech Republic*,⁵⁸ der angik beslaglæggelse af værdier hos virksomheder, og hvor EMD kaldte en sag om svindel med told og skat for flere millioner Euro for »serious crime«.

På baggrund af den anførte EMD praksis synes at være en vis støtte for, at drab og grovere personfarlige forbrydelser betragtes som »serious crime«, hvilket dog kun i beskedent omfang bidrager til en større klarhed om begrebet.⁵⁹

Som det ses, er de to umiddelbart klareste konklusioner fra Tele2-dommen, at EU-domstolen afviser den generelle logning af teledata, hvorefter det tilkendegives, at målrettet logning og politiets adgang hertil vil kunne ske som led i forebyggelsen og efterforskningen af grov kriminali-

tet, uden at det umiddelbart ud fra EU-retsakter eller EMD-praksis kan fastslås, hvad der ligger heri.

I det følgende afsnit vil den danske logningsregulering blive gennemgået, hvorefter Tele2-dommens indvirkning på den danske logningsregulering vil blive inddraget.

4. Den danske logningspligt

Som en del af Terrorpakke 1 blev i 2002⁶⁰ indført en pligt for teleudbydere til at registrere oplysninger om teletrafik til brug for efterforskning og retsforfølgning af strafbare forhold i retsplejelovens § 786, stk. 4, hvor Justitsministeriet blev bemyndiget til at fastsætte nærmere regler om udmøntningen af logningspligten. Hjemlen blev først udnyttet i 2006, hvor der ved logningsbekendtgørelsen⁶¹ blev indført en pligt for teleudbydere til at registrere en række trafikdata om telekommunikationen, bl.a. teleoplysninger i forhold til, hvem der ringer til hvem og hvornår, og samme trafikdata for så vidt angår SMS-, EMS- og MMS-kommunikation, foruden lokaliseringsoplysninger i form af hvilken mobilmast, der gøres brug af ved kommunikation ved mobiltelefoni, samt brugerdata i form af navn og adresse på abonnenten samt brugeridentiteten ved internetadgang. Teleudbydere blev pålagt at opbevare oplysningerne i et år.

Logningsbekendtgørelsen indførte tillige den omdiskuterede sessionslogning ved at pålægge teleudbydere stikprovetvis at registrere en række oplysninger om brugerens internetadfærd, blandt andet ved at registrere de IP-adresser, dvs. de hjemmesider mv., borgerne besøgte på internettet. Som følge af Digital Rights-dommen samt længere tids kritik blev sessionslogningen ophævet i 2014. Dog skal en række brugerdata i forhold til internetadgangen fortsat registreres, bl.a. navn og adresse på den bruger, der gør brug af en internetprotokoladresse (IP-adresse) og tidspunktet for kommunikationens start og afslutning, jf. logningsbekendtgørelsens § 5.⁶²

Som det ses, indebærer den danske logningspligt, at trafikdata for telekommunikation registreres generelt og uden skelen til konkret, hvilke personer der er involveret, eller hvilken kriminalitet – mild eller grov – der tænkes opklaret hermed. Politiets efterfølgende adgang til de registrerede data til brug for en strafferetlig efterforskning er nærmere reguleret i retsplejelovens kapitel 71 og 74, om indgreb i meddelelshemmeligheden og edition, hvor det som hovedregel gælder, at adgang til teledata kræver retskendelse.⁶³

52. Jf. Jon Fridrik Kjølbro: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere«, 2017, s. 26 f. og 768 f. Se også Peer Lorenzen, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Schaumburg-Müller og Jens Vedsted-Hansen: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, Art. 1-9«, 3. udgave, 2011, s. 33 ff., samt dommene *Belgian Linguistic-case* 23/7-1968, s. 32, pkt. 10 og *Handyside v. The United Kingdom* 7/12/1976, §§ 48 og 49, m.fl. Princippet om »margin of appreciation« vil blive indføjet i præambelen til EMRK ved protokol 15, 24.VI.2013, jf. hertil William A. Schabas: »The European Convention on Human Rights – A commentary, 2015, Oxford University Press, s. 78 ff.

53. *Vinter and others v. The United Kingdom*, 17/01/2012, §§ 106 og 108, *Van der Heijden v. The Netherlands*, 03/04/2012, § 62 og *H.L. v. Poland* 15/09/2015.

54. Dom af 12/6/2012, § 84.

55. Dom af 29/1/1997, § 51.

56. Dom af 04/10/2007, § 37.

57. Dom af 17/09/2015, § 49.

58. Hhv. dom af 24/02/2011, §§ 58 og 104 og dom af 21/10/2010, § 39.

59. I lyset af det sparsomme udbytte, er søgningen ikke gentaget i de franske udgaver.

60. Lov nr. 378 af 6. juni 2002. I forbindelse med indførelsen af § 786, stk. 4 blev det fastsat, at bestemmelsen senere skulle revideres, hvilket er udskudt flere gange, senest ved lov nr. 673 af 8. juni 2017, hvor revisionen blev udskudt til folketingsåret 2017-18.

61. Bekg. nr. 988 af 28. september 2006, trådt i kraft den 15. september 2007.

62. Bekg. nr. 988 af 28. september 2006, som ændret ved bekg. nr. 660 af 19. juni 2014.

63. Supplerende hertil er retsplejelovens § 786 a, der blev indført ved lov nr. 352 af 19. maj 2004 (og dermed inden logningspligtens indførelse), og som giver politiet mulighed for, som led i en efter-

4.1. Den fremtidige danske logning

Den svenske og den danske logningspligt er stort set ens, idet begge omfatter de data, der skulle lagres i henhold til det nu ugyldige logningsdirektiv.⁶⁴ Dog går den danske logningspligt for så vidt angår lagringsperioden videre end den svenske, navnlig ved at foreskrive lagring af data i 1 år, jf. logningsbekendtgørelsens § 9, hvor de svenske data alene var lagrede i seks måneder.⁶⁵

Tele2-dommens klare synspunkter om den svenske, generelle logning af teledata, må nødvendigvis medføre, at den danske logningspligt i sin nuværende form heller ikke kan opretholdes. I fravær af en logningspligt, vil der som udgangspunkt ikke være sikret teledata for politiet at få adgang til, medmindre der er iværksat en målrettet logning, jf. Tele2-dommens anvisninger, eller oplysningerne er lagret hos teleudbyderne på andet grundlag, eksempelvis baseret på brugerens samtykke, eller lagringen er sket til udbydernes eget brug for debitering af abonnenter og afregning for samtrafik, jf. udbudsbekendtgørelsen.⁶⁶

Ved revideringen af logningsreglerne er spørgsmålet, om den nugældende generelle logningspligt kan beskæres på en sådan måde, eksempelvis ved at begrænse lagringsperioden til under seks måneder, som var gældende for den svenske logning, således at logningen kan betragtes som en målrettet logning i Tele2-dommens forstand. På baggrund af Tele2-dommens konklusioner vil dette næppe være tilstrækkeligt, når betingelserne for den målrettede logning »i praksis skal være af sådan art, at de faktisk kan afgrænse omfanget af foranstaltningen og følgelig den berørte personkreds«,⁶⁷ hvilket synes at udelukke en logning i forhold til alle abonnenter.

Et andet spørgsmål er, om det vil være muligt at opretholde en logning af brugerdata og lokaliseringsoplysninger, såfremt logningen sker uafhængigt af den underliggende kommunikation, som netop er kernen for e-data-direktivets og Chartrets beskyttelse. Tele2-dommens synspunkter om overvågning synes dog så stærke, at de formentlig også vil blive tillagt væsentlig – og måske afgørende – betydning, hvis EU-domstolen skulle tage stilling til en systematisk og undtagelsesfri logning af lokaliseringsdata og brugerdata, idet en sådan pligt vil skulle

vrurdes efter Persondatadirektivet,⁶⁸ men stadig sammenholdes med Chartret om grundlæggende rettigheder.

Det logningssystem, som der efter Tele2-dommen lægges op til, er en ny, præcis lovregulering, hvor der administrativt kan iværksættes en målrettet logning af teledata til brug for bekæmpelse af »grov kriminalitet« eller for at forhindre en alvorlig fare for den offentlige sikkerhed. Politiets adgang til de loggede data forudsætter retskendelse eller afgørelse af en uafhængig administrativ enhed i sager, der angår forebyggelse, efterforskning, afsløring eller retsforfølgning af »serious crime«.

For så vidt angår proceduren for iværksættelsen, må der tages stilling til, hvem der i Danmark skal kunne afgøre, om målrettet logning skal iværksættes. Efter Tele2-dommen kræves alene administrativ beslutning, og der ville derfor ikke være noget til hinder for, at kompetencen henlægges til politiets regi. Det må dernæst overvejes at etablere et tilsyn eller en kontrolinstans for indsamlingen af denne type personoplysninger.⁶⁹ Desuden må der tages stilling til, om beslutningen om logning skal offentliggøres, hvilket ville muliggøre påklage fra berørte borgere til en eventuel klageinstans eller indbringelse for domstolene. Skulle ordningen blive, at beslutningen ikke offentliggøres, kunne man i forhold til et tilsyn med indsamlingen af oplysningerne lade sig inspirere af det tilsyn, der er etableret til at påse lovligheden af efterretningstjenesternes indsamling og behandling af personoplysninger.⁷⁰

Meget taler for i Danmark at indføje proceduren i retsplejeloven og henlægge afgørelsen til domstolene, der i forvejen håndterer tvangsindgreb i de mest følsomme sager, herunder når Politiets Efterretningstjeneste foretager tvangsindgreb for at efterforske og modvirke terrorisme, jf. PET-lovens §§ 1 og 6.⁷¹ I retsplejelovens regi kunne der etableres mulighed for beskikkelse af en »logningsadvokat« til at varetage de berørtes interesser (på samme måde som en indgrebsadvokat efter retsplejelovens § 784), og heri vil indgå muligheden for at påkære rettens kendelse om logning.

68. Persondatadirektivet 1995/46/EF og senere Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016.

69. Etablering af et tilsyn af en uafhængig instans i forhold til indsamling og behandling af personoplysninger kræves efter artikel 8, stk. 3 i Chartret om Grundlæggende Rettigheder, artikel 51 i Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF samt artikel 41 Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv (EU) 2016/680 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med kompetente myndigheders behandling af personoplysninger med henblik på at forebygge, efterforske, afsløre eller retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af Rådets rammeafgørelse 2008/977/RIA.

70. Tilsynet påser lovligheden efter klage eller af egen drift, jf. kapitel 9 i lovebekendtgørelse nr. 231 af 7. marts 2017 om Politiets Efterretningstjeneste og kapitel 7 i lov bekendtgørelse nr. 1 af 4. januar 2016 om Forsvarets Efterretningstjeneste.

71. Lovbekendtgørelse nr. 231 af 7. marts 2017 om Politiets Efterretningstjeneste.

forskning, hvor elektronisk bevismateriale kan være af betydning, at pålægge teleudbydere at foretage hastesikring af elektroniske data, dvs. både trafikdata og indholdsdata, der opbevares af udbyderen på det tidspunkt, hvor pålægget meddeles, jf. § 786 a, stk. 1 og 2. Politiet kan efterfølgende få adgang til de sikrede data efter retsplejelovens regler om retskendelse mv.

64. Tele2-dommens præmis 17-19, hvor den svenske logningspligt er gennemgået sammenholdt med den danske logningsbekendtgørelse (bekg. nr. 988 af 28. september 2006, som ændret ved bekg. nr. 660 af 19. juni 2014).

65. Den danske logningspligt går desuden videre end logningsdirektivet ved at pålægge udbydere af »hotspots« (gratis internet hos cafeer, hoteller mv.) at registrere netværkets geografiske placering og identiteten på det benyttede kommunikationsudstyr, jf. logningsbekendtgørelsens § 5, stk. 2.

66. Bekg. nr. 715 af 23. juni 2011 (Udbud af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester), § 23.

67. Præmis 110.

Det bliver helt centralt for de danske overvejelser at fastlægge, hvad der i en dansk kontekst må forstås som »grov kriminalitet«, der efter Tele2-dommen er betingelsen for både den målrettede logning og politiets adgang til de loggede data. Som ovenfor gennemgået er der kun begrænset vejledning at hente om begrebet »serious crime« i retsakter fra EU og retspraksis fra EMD.

Når Tele2-dommen har eksemplificeret »grov kriminalitet« med terrorisme og organiseret kriminalitet, synes det ikke tilstrækkeligt med en generel strafferamme – eksempelvis 6 års fængsel – som udtryk for kriminalitetens grovhed. Snarere må det overvejes præcist at angive, hvilke straffelovsovertrædelser der er omfattet, og eventuelt hvilke nærmere kvalificerede omstændigheder ved kriminaliteten, der skal være til stede. Her kan indgå, om der er tale om en enkeltstående eller en flerhed af episoder, om der er en eller flere gerningsmænd, om forbrydelsen er organiseret og planlagt af flere, foruden graden af trussel, som forbrydelsen udgør for samfundet, og hvor oplagt i den konkrete type sag, at der er – eller vil – blive gjort brug af telekommunikation (fx kidnapning, narkotikakriminalitet med bestillinger af leverancer og vareprøver), og hvorvidt der foreligger andre efterforskningsmuligheder.

5. Afsluttende bemærkninger

EU-domstolen har meget klart afvist den generelle logningspligt af al telekommunikation, og dermed har domstolen på dette område ret kategorisk fastlagt afvejningen mellem den enkelte borgers grundlæggende ret til privatliv og kommunikation over for hensynet til kriminalitetsbekæmpelse, herunder efterforskning af strafbare forhold.

Danmark er fuldt ud med i EU-samarbejdet om reguleringen af teleudbyderne, og EU-domstolens afgørelse i Tele2-sagen bliver dermed også bindende for Danmark. Det er dog vigtigt at have for øje, at EU-domstolen har taget stilling til logning af teledata som en del af en sektorregulering af telebranchen, og at det er i den kontekst, EU-domstolens anvisninger skal ses.

Den danske strafferet og straffeprocess er i sit udgangspunkt rent nationalt reguleret, hvilket først og fremmest følger af det danske retsforbehold.⁷² Derudover fremgår

det af TEUF artikel 82-86, at det henhører under medlemsstaternes kompetence at fastlægge dels den materielle strafferet, herunder hvad der må betragtes som grov kriminalitet, dels strafferetsplejen og dermed den regulering, der gælder for politiets efterforskning. Dog indebærer TEUF artikel 83 som ovenfor nævnt et samarbejde om den grove kriminalitet, der er opregnet i bestemmelsen.

Uanset dette udgangspunkt om national kompetence er tendensen imidlertid, som Jørn Vestergaard anfører, at forholdet mellem national strafferet og EU-retten i tiltagende grad præges af EU-Domstolens tolkning af bestemmelser i Chartret om grundlæggende rettigheder, og selv om Chartret som følge af retsforbeholdet ikke umiddelbart finder anvendelse på området for retlige og indre anliggender for dansk vedkommende, har danske domstole som følge af loyalitetsprincippet pligt til at følge EU-domstolens praksis.⁷³ Tele2-dommen er netop udtryk for et retsområde, i dette tilfælde reguleringen af telebranchen, som ses i lyset af Chartrets grundlæggende rettigheder, og dermed ved Tele2-dommens anvisninger også får betydning for reguleringen af den danske strafferechtspleje.⁷⁴

Tele2-dommen skal næppe ses som en forskrift på, hvordan det nationale strafferetlige og straffeprocessuelle system skal reguleres. En række spørgsmål melder sig imidlertid, når Tele2-dommens anvisninger skal indarbejdes i den danske kontekst. Der forestår en særdeles vanskelig opgave med at fastlægge den fremtidige hjemmel til målrettet logning og politiets adgang hertil i forhold til begrebet »grov kriminalitet«. Derudover skal der ved etableringen af en sådan ny regulering for målrettet logning og politiets adgang hertil sikres en systematik og kongruens med de eksisterende regler i retsplejeloven, der regulerer politiets adgang til teledata på et mere konkretiseret mistankegrundlag til brug for efterforskningen af straffesager.

Et større arbejde venter for at sikre, at den fremtidige regulering af lagring af teledata og politiets adgang til teledata bliver sammenhængende, stringent og praktisk anvendelig.

72. Om end Danmark for at sikre samme strafferetlige værn som de øvrige EU-lande ses at indføre samme tiltag som fastlagt i EU-direktiver, se lovforslaget til ændringen af straffelovens § 262a om menneskehandel (LFF 2011-12-14 nr. 57, pkt. 1.1.) og ændringen af straffelovens § 227, stk. 2 om pornografisk optræden, hvor der medvirker et barn under den seksuelle lavalder (LFF 2013-02-06 nr. 141 pkt. 17 og Straffelovrådets Betænkning 1534/2012, pkt. 3.1.10.) Se endvidere Trine Baumbach: »Strafferetten og EU« i Trine Baumbach og Peter Blume (red.): »Retskildernes kamp – Forholdet mellem national offentlig ret og udefra kommende ret«, 2012, s. 49 ff.

73. Jørn Vestergaard: EU-strafferetten og individets grundlæggende rettigheder, TIK 2016.429.

74. Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder (2000/C 364/01), som er en del af EU-retten på traktatniveau, jf. Traktaten om Den Europæiske Union (TEU), artikel 6, stk. 1.

EMD's nye tilbageholdende linje må antages også at have konsekvenser for dansk retspraksis på udvisningsområdet. Danske domstole skal efter udlændingeloven allerede gå til grænsen af Danmarks internationale forpligtelser i afgørelser om udvisning og synes i de senere år at have gjort dette. Det forekommer utvivlsomt, at denne grænse med EMD's seneste tilkendegivelser er rykket længere ud og således vil muliggøre udvisning i et noget videre omfang end tidligere.

Det bør tilføjes, at i de tilfælde, hvor en udvisning ikke findes at stride imod hensynet til udlændingens privat- og familieliv efter EMRK artikel 8, kan en reel risiko for, at

udlændingen i oprindelseslandet udsættes for tortur mv. i enkelte tilfælde betyde, at den pågældende alligevel ikke tvangsmæssigt kan udsendes af landet. Dette følger af forbuddet mod tortur mv. i EMRK artikel 3, som efter EMD's praksis også indebærer et forbud mod udsendelse (refoulement) til en behandling i strid med artikel 3;⁶⁰ dette forbud er efter EMD's praksis endvidere absolut og dermed uafhængigt af udlændingens tidligere adfærd eller farlighed.⁶¹ Her er der således ikke på samme måde som ved vurderingen efter artikel 8 plads til en afvejning af hensyn og dermed en skønsmargin for staterne.

60. Jf. den ledende *Soering v. Storbritannien* [note 10], præmis 85-88.

61. Jf. den ledende *Chahal v. Storbritannien*, 15/11 1996 (sag 24414/93), præmis 79.

Available online at www.sciencedirect.com

ScienceDirect

www.compseconline.com/publications/prodclaw.htm

**Computer Law
&
Security Review**

Comment

The judgment of the Grand Chamber dated 21 December 2016 in the two joint *Tele2 Sverige* and *Watson* cases: The need for a harmonised legal framework on the retention of data at EU level

Xavier Tracol *

Data Protection Service, EUROJUST, The Hague, The Netherlands

A B S T R A C T

Keywords:

European Court of Justice
Tele2 Sverige and Watson
Digital Rights Ireland and Seitlinger
Article 15(1) of e-privacy Directive
2002/58/EC of 12 July 2002
Telecommunications metadata
Retention of personal data
Legal validity
Articles 7, 8, 11 and 52(1) of the
Charter of Fundamental Rights
Access to data
Prior review by a court or
independent administrative
authority

As a follow up to the *Digital Rights* judgment of 8 April 2014 in which the Grand Chamber invalidated the data retention directive, the Administrative Court of Appeal in Stockholm and the Court of Appeal in London both referred questions to the Court of Justice for a preliminary ruling. On 21 December 2016, the Grand Chamber rendered a landmark judgment in which it interpreted Article 15(1) of e-privacy directive 2002/58/EC dated 12 July 2002 in light of Article 7 on the right to privacy, Article 8 on the protection of personal data, Article 11 on freedom of expression and Article 52(1) on the principle of proportionality of the Charter of Fundamental Rights. The Grand Chamber ruled that EU law does not allow a general and indiscriminate retention of all traffic and location data. It also ruled that access of competent national authorities to retained data must be restricted solely to fighting serious crime and subject to prior review by a court or an independent administrative authority.

© 2017 Xavier Tracol. Published by Elsevier Ltd. All rights reserved.

“Justice raises her voice, but she has difficulty making herself heard amid the tumult of the passions.”

Charles-Louis de Sécondat, Baron of Brède and of Montesquiou a/k/a Montesquieu, *Persian Letters*, Letter 81, Usbek to Rhedi, in Venice, 1721.

1. Introduction

In its judgment of 8 April 2014 in *Digital Rights*, the Grand Chamber held data retention directive 2006/24/EC to be invalid *ex tunc* since it seriously interfered with the fundamental rights

* P.O. Box 16183, 2500 BD, The Hague, The Netherlands.

E-mail address: xtracol@eurojust.europa.eu.<http://dx.doi.org/10.1016/j.clsr.2017.05.003>

0267-3649/© 2017 Xavier Tracol. Published by Elsevier Ltd. All rights reserved.

to respect for private life and protection of personal data and exceeded the limits of the principle of proportionality which are provided for in the Charter of Fundamental Rights. A harmonised legal framework regulating the retention of data has consequently been unavailable at EU level since the date of this judgment. The latter has however not impacted on the legal validity of national laws adopted by Member States to enact the invalidated directive.

The two cases at hand of *Tele2 Sverige* and *Watson* precisely dealt with national laws which enacted the invalidated directive. The landmark judgment of the Grand Chamber accordingly focused on the results and implications of its earlier judgment invalidating the data retention directive for the legislative reality in Member States as well as on the compatibility of national data retention measures with fundamental rights set out in the Charter.

2. Relevant law

Article 15(1) of e-privacy directive 2002/58/EC gives Member States an option to retain data in the electronic communications sector. This provision sets out that traffic and location data may both be exceptionally retained for a limited period on the basis of a specific legislative measure taken by Member States. The retention is only allowed when it “constitutes a necessary, appropriate and proportionate measure within a democratic society to safeguard national security (i.e. State security), defence, public security, and the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences or of unauthorised use of the electronic communications system.”

3. Procedural background of the cases

The day after the judgment was handed down, *Tele2 Sverige* which is a provider of electronic communications services notified the Swedish Post and Telecommunications Authority (“PTS”) of its decision to cease retaining the data referred to in Chapter 6 of Law 2003:389 on electronic communications (“the LEK”) from 14 April 2014. *Tele2 Sverige* also proposed to delete the data which had been retained until then in accordance with this chapter.¹ *Tele2 Sverige* had concluded that the Swedish legislation enacting then invalidated data retention directive 2006/24 was not in conformity with the Charter.²

By decision of 29 April 2015, the Administrative Court of Appeal in Stockholm stayed the proceedings and referred the following question to the Court of Justice for a preliminary ruling:³

“Is a general obligation to retain data in relation to all persons and all means of electronic communication and extending to

all traffic data, without any distinction, limitation or exception being made by reference to the objective of fighting crime [...] compatible with Article 15(1) of Directive 2002/58, taking into account Articles 7, 8 and 52(1) of the Charter?”⁴

In the UK, the deputy leader of the Labour party, Tom Watson, Peter Brice and Geoffrey Lewis brought actions against the rules provided for in the Data Retention and Investigatory Powers Act 2014 (“DRIPA”) which authorised the Home Secretary to require public telecommunications operators to retain all communications data except their content for a maximum period of 12 months. By judgment of 17 July 2015, the High Court of Justice in London ruled that the regime of the DRIPA was inconsistent with EU law in that it did not meet the requirements laid down in the *Digital Rights* judgment that it regarded as applying to the rules in the Member States on the retention of data relating to electronic communications and on access to such data.⁵ The Home Secretary appealed against this judgment.

By judgment of 20 November 2015, the Court of Appeal considered that the Court of Justice had simply identified and described protections which were missing in the harmonised EU regime in the *Digital Rights* judgment.⁶ The Court of Appeal requested the Court of Justice to clarify the impact of its judgment which limited both the collection of and access to data. The Court of Appeal specifically asked the Court of Justice whether the *Digital Rights* judgment and especially paragraphs 60 to 62 thereof “lay down mandatory requirements of EU law applicable to a Member State’s domestic regime governing access to data retained in accordance with national legislation, in order to comply with Articles 7 and 8 of the [Charter]”.⁷

The approach of the two referring courts is thus quite different since the relevant national systems of data retention substantially differ: the Swedish legislation provides for a general obligation of retention whilst the British legislation is based on the discretion of the Secretary of State for the Home Department.

In granting the expedited procedure pursuant to Article 105(1) of the Rules of Procedure of the Court, the president of the Court of Justice, Judge Koen Lenaerts, considered that the dispute in the UK was over the Secretary of State’s powers “to require public telecommunications operators to retain communications data for a maximum period of 12 months, retention of the content of the communications concerned being excluded.”⁸ Regarding Sweden, the judge also noted that “it is clear that national legislation that permits the retention of all electronic communications data and subsequent access to that data is liable to cause serious interference with the fundamental rights laid down in Articles 7 and 8 of the Charter”.⁹

The Commission and governments of 15 Member States including Sweden and the UK submitted observations. Privacy International, the Law Society and Open Rights Group intervened in the case.¹⁰ The Council did however not intervene.

¹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 44.

² Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 50; Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] paras 15 and 63.

³ Regarding this decision, see Pam Storr, “Blanket Storage of Communications Data – Proportional or Not? Sweden Asks CJEU for Clarification on Data Retention”, *European Data Protection Law Review*, 2015, Volume 1, Issue 3, pp. 230–235.

⁴ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 55(1).

⁵ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 58.

⁶ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 59.

⁷ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 60(1).

⁸ Order of the President of the Court, Case C-698/15, 1 February 2006, para 3.

⁹ Order of the President of the Court, Case C-698/15, 1 February 2006, para 10.

¹⁰ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 57.

A high profile hearing took place on 12 April 2016.¹¹ Judge Rapporteur Thomas von Danwitz was also Judge Rapporteur in the cases of *Digital Rights*¹² and *Schrems*.¹³

4. Analysis of the opinion of Advocate General Henrik Saugmandsgaard Øe dated 19 July 2016

Advocate General Saugmandsgaard Øe first identified that the questions referred to the Court concerned the compatibility of domestic “regimes establishing a general data retention obligation [. . .] with Directive 2002/58/EC and Articles 7 and 8 of the Charter”.¹⁴ He added that the Court would in particular need to clarify how its *Digital Rights* judgment was to be interpreted in the domestic context to answer those questions.¹⁵ The Danish Advocate General started by strangely expressing his “feeling that a general data retention obligation imposed by a Member State may be compatible with the fundamental rights enshrined in EU law, provided that it is strictly circumscribed by a series of safeguards”.¹⁶ The latter turned out to form the backbone of the whole reasoning of the Advocate General.¹⁷

4.1. Applicability of the Charter to general data retention obligations

Advocate General Saugmandsgaard Øe considered that recourse by Member States to the option provided for in Article 15(1) of the directive of imposing a general data retention obligation is “subject to compliance with strict requirements”¹⁸ which flow from this provision and the relevant provisions of the Charter read in light of the *Digital Rights* judgment.¹⁹ He considered that “the provisions of the Charter are applicable to national measures introducing such an obligation, in accordance with Article 51(1) of the Charter”.²⁰ Being subject to Article 15(1) of the directive, national rules are implementing EU law which entails the applicability of the Charter.

The Advocate General has surprisingly not relied on the *Pfleger* judgment of 30 April 2014²¹ in which the Court of Justice found that where Member States adopt national measures

as exceptions provided for by EU law to the exercise of fundamental freedoms and rights, these measures have to comply with the Charter. He argued that general data retention obligations are “a serious interference with the right to privacy, enshrined in Article 7 of the Charter, and the right to the protection of personal data guaranteed by Article 8 of the Charter.”²²

4.2. Test of strict necessity

Advocate General Saugmandsgaard Øe went on to detail the necessary elements of the test of “strict requirements”.²³ First, he recommended that the general obligation to retain data and the accompanying guarantees must be “laid down by legislative or regulatory measures possessing the characteristics of accessibility, foreseeability and adequate protection against arbitrary interference.”²⁴ Second, the obligation must respect the essence of the right to respect for private life and the right to the protection of personal data provided for in the Charter.²⁵ Third, the Advocate General noted that any interference with fundamental rights should be in the pursuit of an objective in the general interest.²⁶ He deemed that “the requirement of proportionality within a democratic society prevents the combating of ordinary offences and the smooth conduct of proceedings other than criminal proceedings from constituting justifications for a general data retention obligation. The considerable risks that such obligations entail outweigh the benefits they offer in combating ordinary offences and in the conduct of proceedings other than criminal proceedings.”²⁷

In what is arguably the main consideration of his opinion, Advocate General Saugmandsgaard Øe further deemed that solely the fight against serious crime is an objective in the general interest which is capable of justifying a general obligation to retain data whereas combating ordinary offences and the smooth conduct of proceedings other than criminal proceedings are not.²⁸ Fourth, the general obligation to retain data “must be strictly necessary in the fight against serious crime, which means that no other measure or combination of measures could be as effective [. . .] while at the same time interfering to a lesser extent”²⁹ with fundamental rights and must comply with all the safeguards set out by the Grand Chamber in the *Digital Rights* judgment regarding “access to the data, the period of retention and the protection and security of the data”.³⁰ Last, the general obligation to retain data must be proportionate which means that the serious risks engendered by this obligation within a democratic society must not be disproportionate “to the advantages it offers in the fight against serious crime.”³¹

¹¹ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 259.

¹² See Xavier Tracol, “Legislative genesis and judicial death of a directive: the European Court of Justice invalidated the data retention directive (2006/24/EC), thereby creating a sustained period of legal uncertainty about the validity of national laws which enacted it”, *Computer Law & Security Review*, Volume 30, Issue 6, December 2014, pp. 736–746.

¹³ See Xavier Tracol, “Invalidator’ strikes back: The harbour has never been safe”, *Computer Law & Security Review*, April 2016, Volume 32, Issue 2, p. 346.

¹⁴ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 6.

¹⁵ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 6.

¹⁶ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 7.

¹⁷ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] paras 150, 152, 159, 195, 200–202, 204, 205, 216–221, 224, 226–228, 245, 262 and 263.

¹⁸ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 116.

¹⁹ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 116.

²⁰ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 122.

²¹ Case C-390/12, para 36.

²² Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 128.

²³ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] paras 131–248.

²⁴ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 153.

²⁵ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] paras 159 and 160.

²⁶ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 184.

²⁷ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 172.

²⁸ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 173.

²⁹ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 263, emphasis added.

³⁰ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 263.

³¹ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 262.

4.3. Respect for the essence of the fundamental right to privacy and access to communications metadata

Advocate General Saugmandsgaard Øe reiterated that the Grand Chamber held in the *Digital Rights* judgment that “Directive 2006/24 did not adversely affect the essence of the right to privacy or of the other rights enshrined in Article 7 of the Charter, since it did not permit the acquisition of knowledge of the content of the electronic communications as such.”³² He expressed the view that this “finding could equally apply to the national regimes at issue in the main proceedings, since they also do not permit the acquisition of knowledge of the content of the electronic communications as such.”³³ The Advocate General however emphasised that the risks associated with access to communications metadata “may be as great or even greater than those arising from access to the content of communications”.³⁴ On the basis of specific examples,³⁵ he added that metadata “facilitate the almost instantaneous cataloguing of entire populations, something which the content of communications does not.”³⁶

The Advocate General found that the general obligation to retain data must be strictly necessary to the fight against serious crime.³⁷ He did state that certain sensitive data such as data which is subject to professional privilege or makes it possible to identify the source of a journalist should be excluded from the scope of the retention obligation.³⁸

4.4. Adequate controls on geographical safeguards: retention and storage of personal data within the EU

Advocate General Saugmandsgaard Øe’s interpretation of paragraph 68 of the *Digital Rights* judgment contributes to the development of EU personal data law. In this paragraph, the Grand Chamber noted that the data retention directive did not require the data to be retained within the EU “with the result that it cannot be held that the control, explicitly required by Article 8(3) of the Charter, by an independent authority of compliance with the requirements of protection and security [. . .] is fully ensured.”³⁹ The Grand Chamber thus noted this missing requirement as one of the reasons why the data retention directive did not “provide for sufficient safeguards [. . .] to ensure effective protection of the data retained against the risk of abuse and against any unlawful access and use of that data.”⁴⁰

In his opinion, Advocate General Saugmandsgaard Øe however stated that in paragraph 68 of the *Digital Rights* judgment, the Grand Chamber “established that service providers are under an obligation to retain data”⁴¹ within the EU. He thus turned the finding of the Grand Chamber about a missing

requirement⁴² into a positive obligation and “requirement”⁴² to retain data within the EU.⁴³

The Advocate General considered that all the guarantees described by the Grand Chamber in paragraphs 60 to 68 of the *Digital Rights* judgment “are mandatory and consequently must accompany any general data retention obligation in order to limit the interference [with the fundamental rights] to what is strictly necessary.”⁴⁴ In addition, this obligation must be proportionate, within a democratic society, to the objective of fighting serious crime.⁴⁵

Last but not least, domestic courts bear the onus to determine, in light of all the relevant characteristics of the national regimes, whether the requirements are met and sufficient safeguards are in place for data retention.⁴⁶ Advocate General Saugmandsgaard Øe thus questionably left it to domestic courts to make their own assessment of proportionality in individual cases.

5. Analysis of the judgment of the Grand Chamber dated 21 December 2016

On 21 December 2016, the Court of Justice sitting in the Grand Chamber composed of 15 judges⁴⁷ rendered its judgment in the two joint *Tele2 Sverige* and *Watson* cases. It ruled that EU law does not allow a “general and indiscriminate retention of all traffic and location data”.⁴⁸ The Grand Chamber also ruled that access of competent national authorities to retained data must be “restricted solely to fighting serious crime”⁴⁹ and “subject to prior review by a court or an independent administrative authority”.⁵⁰

5.1. National legislation on the retention of data falls within the scope of EU law

The Grand Chamber first considered that “the legislative measures that are referred to in Article 15(1) of Directive 2002/58 concern activities characteristic of States or State authorities, and are unrelated to fields in which individuals are active”.⁵¹

⁴² Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] paras 240 and 241.

⁴³ See Xavier Tracol, “Legislative genesis and judicial death of a directive: the European Court of Justice invalidated the data retention directive (2006/24/EC), thereby creating a sustained period of legal uncertainty about the validity of national laws which enacted it”, *Computer Law & Security Review*, volume 30, issue 6, December 2014, pp. 744 and 745.

⁴⁴ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 244.

⁴⁵ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 247.

⁴⁶ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] paras 160, 209, 211, 215, 245 and 261.

⁴⁷ See Composition of the Grand Chamber, *Official Journal of the European Union*, C 296, 16 August 2016, p. 2.

⁴⁸ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 134(1).

⁴⁹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 134(2).

⁵⁰ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 134(2).

⁵¹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 72.

³² Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 156.

³³ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 157.

³⁴ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 259.

³⁵ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] paras 257 and 258.

³⁶ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 259.

³⁷ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 205.

³⁸ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 212.

³⁹ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] para 68.

⁴⁰ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] para 66.

⁴¹ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 238.

Whilst Articles 1(3) and 15(1) of the directive seem to overlap, it does not mean that matters permitted on the basis of Article 15(1) of the directive fall outside its scope since “otherwise that provision would be deprived of any purpose. Indeed, Article 15(1) necessarily presupposes that the national measures referred to therein [. . .] fall within the scope of that directive, since it expressly authorises the Member States to adopt them only if the conditions laid down in the directive are met.”⁵² By adopting measures which are expressly excluded from the scope of EU law, States continue being paradoxically regarded as implementing EU law. The scope of the latter thus depends on the purpose of Article 15(1) of the directive.

The Grand Chamber held that retention and access both lay within the field of the directive.⁵³ It ruled that “a legislative measure whereby a Member State, on the basis of Article 15(1) of Directive 2002/58, requires providers of electronic communications services, for the purposes set out in that provision, to grant national authorities, on the conditions laid down in such a measure, access to the data retained by those providers, concerns the processing of personal data by those providers, and that processing falls within the scope of that directive.”⁵⁴

The Charter as interpreted by the Grand Chamber in its *Digital Rights* judgment accordingly applies to national regimes about both retention of data and access thereto by public authorities on security grounds.

5.2. Interpretation of Article 15(1) of the directive

The Grand Chamber noted that “as a general rule, any person other than the users is prohibited from storing, without the consent of the users concerned, the traffic data”.⁵⁵ It noted that:

*Under Article 6 of that directive, the processing and storage of traffic data are permitted only to the extent necessary and for the time necessary for the billing and marketing of services and the provision of value added services. As regards, in particular, the billing of services, that processing is permitted only up to the end of the period during which the bill may be lawfully challenged or legal proceedings brought to obtain payment. Once that period has elapsed, the data processed and stored must be erased or made anonymous.*⁵⁶

In addition, recital 30 of the directive sets out the principle of data minimisation.⁵⁷ Whilst Article 15(1) of the directive permits exceptions, they must be interpreted strictly so that the exception does not become the rule. The latter would otherwise “be rendered largely meaningless.”⁵⁸ The Grand Chamber emphasised that the list of objectives provided for in Article 15(1) of the directive is exhaustive.⁵⁹ In fine, this provision requires that all the measures referred to in Article 15(1) of the directive including the retention of data be in accordance with

general principles of EU law. The latter encompass the Charter in light of which this provision must be interpreted.⁶⁰

The Grand Chamber emphasised that the obligation to retain traffic data raises questions on the compatibility with Articles 7, 8 and 11 of the Charter on freedom of expression and information.⁶¹ Contrary to the *Digital Rights* judgment,⁶² the Grand Chamber emphasised that Article 15 of the directive provided further detail in the context of communications whilst recital 11 requires measures to be “‘strictly’ proportionate to the intended purpose”.⁶³

5.3. A very far-reaching and particularly serious interference

The scope of the judgment dealt with the Swedish legislation which “provides for a general and indiscriminate retention of all traffic and location data of all subscribers and registered users relating to all means of electronic communication, and [. . .] imposes on providers of electronic communications services an obligation to retain that data systematically and continuously, with no exceptions.”⁶⁴

The Grand Chamber considered that communications metadata described in detail⁶⁵ allows “very precise conclusions to be drawn concerning the private lives of the persons whose data has been retained”.⁶⁶ They make the profiling of data subjects possible, as observed by Advocate General Saugmandsgaard Øe in his opinion that the Grand Chamber expressly approved, which is as sensitive information as the actual content of communications. The interference by national legislation which provides for the retention of traffic and location data “in the fundamental rights enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter is very far-reaching and must be considered to be particularly serious. The fact that the data is retained without the subscriber or registered user being informed is likely to cause the persons concerned to feel that their private lives are the subject of constant surveillance”⁶⁷ which are the same terms as the *Digital Rights* judgment.⁶⁸ The Grand Chamber however considered that the relevant legislation did not affect the essence of fundamental rights since the retention did not include the content of communications.⁶⁹ The Grand Chamber justified the different findings on freedom of expression made in this case and in the *Digital Rights* judgment by holding that the retention of traffic and location data could “have an effect on the use of means of electronic communication and, consequently, on the exercise by the users thereof of their freedom of expression, guaranteed in Article 11 of the Charter”.⁷⁰ Accordingly, “only the objective of fighting

⁵² Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 73.

⁵³ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 76.

⁵⁴ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 78.

⁵⁵ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 85.

⁵⁶ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 86.

⁵⁷ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 87.

⁵⁸ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 89 in fine.

⁵⁹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 90.

⁶⁰ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 91.

⁶¹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 92.

⁶² Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] paras 28 and 70.

⁶³ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 95.

⁶⁴ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 97.

⁶⁵ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 98.

⁶⁶ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 99.

⁶⁷ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 100.

⁶⁸ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] para 37.

⁶⁹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 101.

⁷⁰ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 101.

serious crime is capable of justifying such a measure”.⁷¹ Although the Grand Chamber did not cross-refer to the opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe, it agreed with him that the seriousness of the interference implied that the retention of communications data should be restricted to “serious crime”.⁷²

Even in this case, the Grand Chamber found that “while the effectiveness of the fight against serious crime, in particular organised crime and terrorism, may depend to a great extent on the use of modern investigation techniques, such an objective of general interest, however fundamental it may be, cannot in itself justify that national legislation providing for the general and indiscriminate retention of all traffic and location data should be considered to be necessary for the purposes of that fight”.⁷³ In line with its *Digital Rights* judgment,⁷⁴ the Grand Chamber acknowledged that the use of modern investigation techniques may contribute to this fight.

The Grand Chamber emphasised that the directive requires the retention of traffic and location data to be the exception and not the rule as in the Swedish legislation.⁷⁵ It applied the same logic as in its *Digital Rights* judgment and reiterated its essential finding that:

*National legislation such as that at issue in the main proceedings, which covers, in a generalised manner, all subscribers and registered users and all means of electronic communication as well as all traffic data, provides for no differentiation, limitation or exception according to the objective pursued. It is comprehensive in that it affects all persons using electronic communication services, even though those persons are not, even indirectly, in a situation that is liable to give rise to criminal proceedings. It therefore applies even to persons for whom there is no evidence capable of suggesting that their conduct might have a link, even an indirect or remote one, with serious criminal offences. Further, it does not provide for any exception, and consequently it applies even to persons whose communications are subject, according to rules of national law, to the obligation of professional secrecy.*⁷⁶

The Swedish legislation thus provides for generalised mass processing and surveillance of metadata which infringes upon the fundamental right to respect for private life⁷⁷ and is outlawed in the EU. As in the *Digital Rights* judgment,⁷⁸ the Grand Chamber noted that the Swedish legislation does not require

“any relationship between the data which must be retained and a threat to public security.”⁷⁹ It also noted that this legislation is not limited to retention of “(i) data pertaining to a particular time period and/or geographical area and/or a group of persons likely to be involved, in one way or another, in a serious crime, or (ii) persons who could, for other reasons, contribute, through their data being retained, to fighting crime”.⁸⁰

5.4. “Targeted retention” of both traffic and location data is permitted

The Swedish legislation “therefore exceeds the limits of what is strictly necessary and cannot be considered to be justified, within a democratic society, as required by Article 15(1) of Directive 2002/58, read in the light of Articles 7, 8 and 11 and Article 52(1) of the Charter.”⁸¹

The Grand Chamber however found that:

*Article 15(1) of Directive 2002/58, read in the light of Articles 7, 8 and 11 and Article 52(1) of the Charter, does not prevent a Member State from adopting legislation permitting, as a preventive measure, the targeted retention of traffic and location data, for the purpose of fighting serious crime, provided that the retention of data is limited, with respect to the categories of data to be retained, the means of communication affected, the persons concerned and the retention period adopted, to what is strictly necessary.*⁸²

Importantly, the Grand Chamber did therefore not question or challenge the appropriateness and effectiveness of targeted retention of traffic and location data which remains a lawful purpose for both preventing and fighting serious crime subject to compliance with requirements to be met by domestic law. In addition, the findings of the Grand Chamber went against the opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe who felt that “a general data retention obligation imposed by a Member State may be compatible with the fundamental rights enshrined in EU law, provided that it is strictly circumscribed by a series of safeguards”.⁸³

The Grand Chamber set out two cumulative requirements, i.e., first, “clear and precise rules governing the scope and application of such a data retention measure and imposing minimum safeguards, so that the persons whose data has been retained have sufficient guarantees of the effective protection of their personal data against the risk of misuse.”⁸⁴ National data retention laws “must, in particular, indicate in what circumstances and under which conditions a data retention measure may, as a preventive measure, be adopted, thereby ensuring that such a measure is limited to what is strictly necessary”.⁸⁵ Second, the Grand Chamber observed that while “conditions may vary according to the nature of the measures

⁷¹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 102.

⁷² Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 262.

⁷³ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 103.

⁷⁴ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] para 51.

⁷⁵ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 104.

⁷⁶ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 105, emphasis added.

⁷⁷ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] paras 57 and 58; Case C-362/14 *Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner* [2014] paras 93 and 94. See Xavier Tracol, “‘Invalidator’ strikes back: The harbour has never been safe”, *Computer Law & Security Review*, Volume 32, Issue 2, April 2016, p. 355.

⁷⁸ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] para 59.

⁷⁹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 106.

⁸⁰ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 106.

⁸¹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 107.

⁸² Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 108, emphasis added.

⁸³ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 7.

⁸⁴ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 109.

⁸⁵ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 109.

taken for the purposes of prevention, investigation, detection and prosecution of serious crime, the retention of data must continue nonetheless to meet objective criteria, that establish a connection between the data to be retained and the objective pursued. In particular, such conditions must be shown to be such as actually to circumscribe, in practice, the extent of that measure and, thus, the public affected.”⁸⁶

5.5. Scope of data retention

The Grand Chamber specified that “the national legislation must be based on objective evidence which makes it possible to identify a public whose data is likely to reveal a link, at least an indirect one, with serious criminal offences, to contribute in one way or another to fighting serious crime or to prevent a serious risk to public security.”⁸⁷ The Grand Chamber accepted that a geographical criterion could be used to set limits on the basis of objective evidence that “there exists, in one or more geographical areas, a high risk of preparation for or commission of such offences.”⁸⁸ The Grand Chamber thus repeatedly required that national legislation be based on objective evidence to meet the standards of proportionality and the test of strict necessity although its analysis about their meaning is far from being as detailed and structured as that of Advocate General Saugmandsgaard Øe.⁸⁹ In addition, the Grand Chamber required objective evidence for competent national authorities to consider the level of risk and prevent it if assessed as serious or high.

In contradiction to the opinion of the Advocate General,⁹⁰ the Grand Chamber found concerning the first question in *Tele2* Case C-203/15 that:

Article 15(1) of Directive 2002/58, read in the light of Articles 7, 8 and 11 and Article 52(1) of the Charter, must be interpreted as precluding national legislation which, for the purpose of fighting crime, provides for the general and indiscriminate retention of all traffic and location data of all subscribers and registered users relating to all means of electronic communication.⁹¹

5.6. Criteria for national legislation about access of national authorities to retained data

Regarding the second question in *Tele2* Case C-203/15 and the first question in *Watson* Case C-698/15, the Grand Chamber

found that the scope of access to retained data must be restricted to the purpose of “fighting serious crime”.⁹² As in the *Digital Rights* judgment,⁹³ it framed the obligation to retain data⁹⁴ and to make it accessible to national law enforcement authorities⁹⁵ as two distinct interferences with fundamental rights.

A data retention measure must “lay down clear and precise rules indicating in what circumstances and under which conditions the providers of electronic communications services must grant the competent national authorities access to the data. Likewise, a measure of that kind must be legally binding under domestic law.”⁹⁶ Although the Grand Chamber did not expressly cross-refer to the opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe on the latter issue, the Advocate General made this specific point and relied on codes of practice or internal guidelines.⁹⁷ The national legislation must “lay down the substantive and procedural conditions governing the access of the competent national authorities to the retained data”.⁹⁸

The Grand Chamber emphasised that “the national legislation concerned must be based on objective criteria in order to define the circumstances and conditions under which the competent national authorities are to be granted access to the data of subscribers or registered users.”⁹⁹ As Advocate General Saugmandsgaard Øe,¹⁰⁰ the Grand Chamber referred to the judgment of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (“ECHR”) dated 4 December 2015 in the case of *Roman Zakharov v. Russia*.¹⁰¹ Regarding the scope of access in relation to the persons whose data can be accessed, the Grand Chamber specified that:

Access can, as a general rule, be granted, in relation to the objective of fighting crime, only to the data of individuals suspected of planning, committing or having committed a serious crime or of being implicated in one way or another in such a crime.¹⁰²

The Grand Chamber however lowered the bar for terrorist activities: Access to the personal data of other data subjects might be granted where there is “objective evidence”¹⁰³ that the data might effectively contribute to combat them.

⁸⁶ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 110, emphasis added.

⁸⁷ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 111 as rectified by Order of the Grand Chamber dated 16 March 2017 in Joined Cases C-203/15 REC and C-698/15 REC, emphasis added.

⁸⁸ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 111 *in fine*.

⁸⁹ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] paras 186–263. See also Report of the Special Rapporteur on the right to privacy, Joseph A. Cannataci, A/HRC/34/60, 24 February 2017, p. 8, para 17.

⁹⁰ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 116.

⁹¹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] paras 112 and 134(1).

⁹² Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 115.

⁹³ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] paras 34 and 35.

⁹⁴ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] paras 100 and 102.

⁹⁵ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 115.

⁹⁶ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 117, emphasis added.

⁹⁷ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 150.

⁹⁸ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 118, emphasis added.

⁹⁹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 119.

¹⁰⁰ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 243.

¹⁰¹ CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, para 260.

¹⁰² Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 119, emphasis added.

¹⁰³ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 119.

The Grand Chamber also followed the opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe¹⁰⁴ in requiring that “access of the competent national authorities to retained data should, as a general rule, except in cases of validly established urgency, be subject to a *prior review* carried out either by a court or by an independent administrative body, and that the decision of that court or body should be made following a reasoned request by those authorities submitted, inter alia, within the framework of procedures for the prevention, detection or prosecution of crime”.¹⁰⁵ The Grand Chamber did not only refer to its own *Digital Rights* judgment but also to the judgment of the ECHR in *Szabó and Vissy v. Hungary*.¹⁰⁶ The Grand Chamber considered that data subjects should be notified by competent national authorities that access has been granted to their own retained personal data “as soon as that notification is no longer liable to jeopardise the investigations being undertaken by those authorities”.¹⁰⁷ The United Nations Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism welcomed these specific findings of the judgment.¹⁰⁸

5.7. Data location and destruction

The Grand Chamber listed the mandatory requirements for the lawfulness of relevant data retention that it had already enumerated in its *Digital Rights* judgment, i.e., the notification of data subjects so that they may exercise their right to a legal remedy, rules relating to the security and effective protection of retained data by providers of electronic communications services who must ensure “a particularly high level of protection and security by means of appropriate technical and organisational measures”,¹⁰⁹ the retention of the latter within the territory of the EU – which raises the issue of cloud computing¹¹⁰ – and “the irreversible destruction of the data at the end of the retention period”.¹¹¹

¹⁰⁴ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] paras 205, 234 and 236.

¹⁰⁵ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 120, emphasis added.

¹⁰⁶ CE:ECHR:2016:0112JUD003713814.

¹⁰⁷ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 121.

¹⁰⁸ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Ben Emmerson, A/HRC/34/61, 27 January 2017, p. 12, para 34.

¹⁰⁹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 122.

¹¹⁰ Regarding cloud computing, see Xavier Tracol, “Legislative genesis and judicial death of a directive: the European Court of Justice invalidated the data retention directive (2006/24/EC), thereby creating a sustained period of legal uncertainty about the validity of national laws which enacted it”, *Computer Law & Security Review*, volume 30, issue 6, December 2014, p. 745; “‘Invalidator’ strikes back: The harbour has never been safe”, *Computer Law & Security Review*, April 2016, Volume 32, Issue 2, p. 360. On 27 January 2017, an industry body of Cloud Infrastructure Services Providers operating in Europe has established and signed up to a new data protection code of conduct available at <https://cispe.cloud/wp-content/uploads/2017/02/CISPE-CodeOfConduct-27012017.pdf>. The code requires providers to offer customers the option to process and store personal data entirely within the European Economic Area (pp. 7 and 14).

¹¹¹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 122.

5.8. Prior review by either a court or an independent body

Member States must also ensure that an independent authority controls compliance with applicable rules on the protection of personal data as required by Article 8(3) of the Charter and previously noted in both the *Digital Rights* and *Schrems* judgments (strict legality scrutiny).¹¹² Unlike Advocate General Saugmandsgaard Øe,¹¹³ the Grand Chamber did not specifically examine whether the safeguards that it had laid down in the *Digital Rights* judgment¹¹⁴ were mandatory requirements of EU law applicable to a Member State’s domestic regime for access to data retained in accordance with national legislation to comply with Articles 7 and 8 of the Charter.¹¹⁵

The Grand Chamber however considered that referring courts bear the onus “to determine whether and to what extent the national legislation at issue in the main proceedings satisfies the requirements stemming from Article 15(1) of Directive 2002/58, read in the light of Articles 7, 8 and 11 and Article 52(1) of the Charter, as set out in paragraphs 115 to 123 of this judgment, with respect to both the access of the competent national authorities to the retained data and the protection and level of security of that data.”¹¹⁶

The Grand Chamber then summed up its findings and held that Article 15(1) of the directive read in light of Articles 7, 8, 11 and Article 52(1) of the Charter

*Must be interpreted as precluding national legislation governing the protection and security of traffic and location data and, in particular, access of the competent national authorities to the retained data, where the objective pursued by that access, in the context of fighting crime, is not restricted solely to fighting serious crime, where access is not subject to prior review by a court or an independent administrative authority, and where there is no requirement that the data concerned should be retained within the European Union.*¹¹⁷

The retention of personal data must accordingly not only be targeted but access by the authorities to retained data must be limited to the purpose of fighting against serious crime, be subject to a prior review carried out either by a court or by an independent administrative body and personal data must remain on the territory of the EU.

6. Comments

For the first time, the judgment of the Grand Chamber set EU standards about the retention of personal data for surveillance purposes that Member States need to comply with. The Grand Chamber applied Article 7 of the Charter on the respect for private life and Article 8 of the Charter on the protection

¹¹² Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 123.

¹¹³ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] paras 221, 226, 244 and 262.

¹¹⁴ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] paras 60–68.

¹¹⁵ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 59(1).

¹¹⁶ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 124.

¹¹⁷ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 125.

of personal data together in its analysis of the consequences of domestic measures which provide for retention of personal data¹¹⁸ as it had already done in the *Google Spain* case.¹¹⁹ The Grand Chamber has however clearly distinguished the application of these two different provisions in the *Digital Rights*¹²⁰ and *Schrems*¹²¹ judgments. In the judgment rendered in the two joint Dutch immigration cases,¹²² the Court of Justice also applied Article 8 of the Charter but not Article 7 of the Charter. In this case, the Grand Chamber thus regrettably blurred the different scopes of the two provisions which had however been clearly distinguished in the three *Digital Rights*, *Schrems* and joint Dutch immigration judgments.

6.1. Legal effects of the judgment

6.1.1. Effect ex tunc

The interpretation of Article 15(1) of the directive by the Grand Chamber in its judgment delivered on a reference for a preliminary ruling clarifies the meaning and scope of this provision as it must be or ought to have been understood and applied from the date when it entered into force.¹²³ Pursuant to Article 20 of this directive, it entered into force on the day of its publication in the *Official Journal*, i.e. 31 July 2002. The judgment of the Grand Chamber is purely declaratory with the consequence that it takes effect from this date.¹²⁴

6.1.2. Effect erga omnes

The judgment of the Grand Chamber has an effect *erga omnes*. The consequences of the interpretation of Article 15(1) of the directive as well as Articles 7, 8, 11 and 52(1) of the Charter apply to the parties to the proceedings before the two referring courts, all other national courts, third parties, institutions and Member States as well as to all situations covered by these five provisions.¹²⁵

¹¹⁸ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] paras 53, 92 and 100.

¹¹⁹ Case C-131/12 *Google Spain and Google* [2013] paras 69, 74, 81, 97, 99 and 100(4).

¹²⁰ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] paras 29, 30, 34 to 36, 39, 40, 53, 66 and 68.

¹²¹ Case C-362/14 *Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner* [2014] paras 39, 47, 53, 54, 58, 65, 72, 94 and 99.

¹²² Joined Cases C-141/12 and C-372/12 *YS v. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel and Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel v. M, S* [2013], paras 58–60. See Xavier Tracol, “Back to basics: The European Court of Justice further defined the concept of personal data and the scope of the right of data subjects to access it”, *Computer Law & Security Review*, Volume 31, Issue 1, February 2015, pp. 112–119.

¹²³ Case C-453/00 *Kühne & Heitz* [2003] paras 21 and 22.

¹²⁴ Case C-2/06 *Kempton* [2007] para 35; Cases C-89/10 and C-96/10 *Q-Beef and Bosschaert* [2010] para 48; Case C-429/12 *Pohl* [2013] para 30.

¹²⁵ Case 69/85 *Wünsche v. Germany* [1985] para 13: “a judgment in which the Court gives a preliminary ruling on the interpretation [. . .] of an act of a Community institution conclusively determines [. . .] questions of Community law”; C-231/06 to C-233/06 *Jonkman* [2006] para 38.

6.2. Plea raised ex officio

Although the two referring courts had not asked any question about the compliance of national measures on the retention of data with Article 11 of the Charter for a preliminary ruling, the Grand Chamber examined the compatibility of the data retention obligation imposed on providers with this provision in light of “the particular importance accorded to that freedom in any democratic society.”¹²⁶ It characterised this fundamental right as “one of the essential foundations of a pluralist, democratic society, and is one of the values on which, under Article 2 TEU, the Union is founded.”¹²⁷

The Court of Justice thus raised this plea *ex officio* for the first time concerning the substance of the case where fundamental rights set out in the Charter are involved. This precedent stands in stark contrast to the traditional reluctance of the Court of Justice to raise pleas *ex officio*.¹²⁸

6.3. Distinction between content and metadata

The reasoning of the Grand Chamber that communications metadata “is no less sensitive, having regard to the right to privacy, than the actual content of communications”¹²⁹ but that the Swedish legislation does not “affect adversely the essence” of both Articles 7 and 8 of the Charter since it “does not permit retention of the content of a communication”¹³⁰ is rather difficult to follow. It is even more challenging to reconcile the views of Advocate General Saugmandsgaard Øe that the risks associated with access to communications metadata may be greater than those arising from access to the content of communications¹³¹ with those that national regimes which provide for general data retention obligations do not adversely affect the essence of the right to privacy since they do not permit the acquisition of knowledge of the content of electronic communications as such.¹³²

Beyond the merged and confused application of the two different fundamental rights to respect for private life and protection of personal data which has already been pointed out, metadata about communications contain “very sensitive, valuable and extensive information.”¹³³ They “can provide a very detailed profile of an individual and processing it can be just as intrusive as processing ‘content’ of communications.”¹³⁴ The UNESCO report on human rights and encryption of 2016 noted “the pervasive availability of metadata and the possibility to use metadata to make inferences about people and user

¹²⁶ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 93.

¹²⁷ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 93.

¹²⁸ René Barents, *Remedies and Procedures before the EU Courts*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 880, § 24.12.

¹²⁹ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 99.

¹³⁰ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 101.

¹³¹ Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 259.

¹³² Opinion in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 [2015] para 157.

¹³³ United Nations, Summary of the Human Rights Council panel discussion on the right to privacy in the digital age, A/HRC/28/39, 19 December 2014, p. 9, para 28. See also *ibidem*, p. 4, para 9.

¹³⁴ Preliminary European Data Protection Supervisor Opinion 2/2016 on the review of the ePrivacy Directive (2002/58/EC), 22 July 2016, p. 17.

behavior”.¹³⁵ A study by Stanford University of 12 March 2014 showed that medical, financial and legal information could be obtained from metadata.¹³⁶ It has been shown that “intimate details about a person’s lifestyle and beliefs, such as political leanings and associations, medical issues, sexual orientation, habits of religious worship, and even marital infidelities can be discovered through mobile phone traffic data”.¹³⁷ A “trend towards increased protection of metadata”¹³⁸ has already been noted. For instance, the International Association of Lawyers stated that metadata “deserves strong privacy protections and at least same protection than the content” (sic).¹³⁹

The Grand Chamber has already held in the *Digital Rights* judgment that the essence of the fundamental right to private life was not adversely affected since the data retention directive did not permit the acquisition of content data.¹⁴⁰ The Grand Chamber thus examined whether the interference with this right was justified¹⁴¹ and applied the tests of proportionality¹⁴² and strict necessity.¹⁴³ In the subsequent *Schrems* judgment, the Grand Chamber consistently found that “legislation permitting the public authorities to have access on a generalised basis to the content of electronic communications must be regarded as compromising the essence of the fundamental right to respect for private life, as guaranteed by Article 7 of the Charter”.¹⁴⁴ The Grand Chamber did accordingly not examine whether the interference with this right was justified and did not apply the tests of proportionality and strict necessity either.

The distinction drawn by the Grand Chamber between retention and access to content data, which does not respect the essence of the fundamental right to private life provided for in Article 7 of the Charter and to telecommunications metadata which does, is far from being persuasive. The Court of Justice should accordingly depart from the two *Digital Rights* and *Tele2 Sverige* judgments and consider that both retention of and access to telecommunications metadata do not respect the essence of the fundamental right to respect for private life

within the meaning of Article 52(1) of the Charter and consequently infringe upon Article 7 of the Charter.

6.4. Notion of serious crime

The Grand Chamber repeatedly referred to the notion of serious crime¹⁴⁵ and ruled that “only the objective of fighting serious crime is capable of justifying”¹⁴⁶ the retention of both traffic and location data and that access of competent national authorities to retained data must be “restricted solely to fighting serious crime”.¹⁴⁷ The latter notion should accordingly become an autonomous concept of EU law.

The exhaustive list of ten “areas of crimes” set out in Article 83(1) of the Treaty on the Functioning of the EU (“TFEU”)¹⁴⁸ may provide guidance in this respect. These ten areas of crime should meet the two cumulative and undefined requirements of “particularly serious crimes” and “cross-border dimension” resulting from three alternative criteria, i.e. “nature or impact of such offences or from a special need to combat them on a common basis.”¹⁴⁹

6.5. Consequences and impact on national data retention laws

The two cases were remitted back to the Administrative Court of Appeal of Stockholm and the UK Court of Appeal which had referred the questions to the Court of Justice for a preliminary ruling and must now rule on the legal challenges to the relevant Swedish and British legislation. The situation of the UK is especially complex.

The judgment of the Grand Chamber relates to the DRIPA which expired on 31 December 2016. The decision to be rendered by the UK Court of Appeal will consequently be academic. New legislation, the Investigatory Powers Act 2016 (“IPA”), has however been in force since 1 January 2017. This very controversial law substantially extended the powers of government and its demands on firms. It requires telecommunications operators, providers of Internet access, social media companies and data storage firms to collect and retain communications data such as the Web browsing history of users for a year and give free access to public authorities including the police and security services. The IPA also allows State hacking of telephones and computers. The judgment of the Grand Chamber may trigger legal challenges to the IPA. Even though the British government is not legally bound to amend the IPA, it may elect

¹³⁵ Wolfgang Schulz and Joris van Hoboken, Human rights and encryption, UNESCO Series on Internet Freedom, 2016, available at <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002465/246527E.pdf>, p. 23.

¹³⁶ Jonathan Mayer and Patrick Mutchler, “MetaPhone: The Sensitivity of Telephone Metadata”, available at <http://webpolicy.org/2014/03/12/metaphone-the-sensitivity-of-telephone-metadata/>.

¹³⁷ Preliminary European Data Protection Supervisor Opinion 2/2016 on the review of the ePrivacy Directive (2002/58/EC), 22 July 2016, p. 13.

¹³⁸ United Nations, Summary of the Human Rights Council panel discussion on the right to privacy in the digital age, A/HRC/28/39, 19 December 2014, p. 9, para 28 *in fine*.

¹³⁹ Resolution on “Privacy in the Digital Communications”, Valencia Congress 2015, available at <http://www.uianet.org/en/content/resolution-privacy-digital-communications-valencia>.

¹⁴⁰ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] para 39.

¹⁴¹ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] para 60.

¹⁴² Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] para 61.

¹⁴³ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* [2013] paras 61, 62, 64 and 65.

¹⁴⁴ Case C-362/14 *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner* [2014] para 94.

¹⁴⁵ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] paras 102, 103, 106, 108, 110, 111, 114, 115, 118, 119, 125 and 134(2).

¹⁴⁶ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 102.

¹⁴⁷ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] para 134(2).

¹⁴⁸ “[T]errorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime and organised crime.”

¹⁴⁹ Perrine Simon, “The Criminalisation Power of the European Union after Lisbon and the Principle of Democratic Legitimacy”, *New Journal of European Criminal Law*, 2012, Volume 3, Issue 3-4, pp. 247 and 248.

to do so in light of the judgment of the Grand Chamber since some of its findings may be difficult to reconcile with it.

The judgment of the Grand Chamber may compel other Member States to reconsider, adjust and revise rules provided for in their national legislation to make sure that they comply with its requirements. For instance, Articles L. 34-1 III and R. 10-13 of the French Code of Posts and Electronic Communications both set out a general and indiscriminate retention by electronic communications operators including Internet access providers of all communications metadata of users for a year. In addition, Law No. 2015-912 of 24 July 2015¹⁵⁰ established a commission which may however carry out judicial or administrative review only *after* national authorities have already been granted access to intelligence.

Coming back to the UK, the latter may continue applying the General Data Protection Regulation (“GDPR”)¹⁵¹ after Brexit. If the UK however elects not to do so, transferring personal data to non EU countries will be subject to certification by the EU about the adequate level of protection of personal data in the UK. In this case, the judgment of the Grand Chamber could negatively impact on the ability of the UK to meet the requirement of essential equivalence and to obtain adequacy status for the purposes of foreign data transfers under the post-Brexit data protection regime. Transfers of personal data from the EU to the UK could then be challenged on the basis that British law is insufficiently adequate in comparison to EU standards. The judgment of the Grand Chamber may also provide an authority to support this challenge.

6.6. Need for a harmonised legal framework on data retention at EU level

The judgment of the Grand Chamber shows that the legislation in force in two Member States, *i.e.* Sweden and the UK, substantially differ. This situation is not surprising since the Grand Chamber did not invalidate national laws enacting the data retention directive in the *Digital Rights* judgment since it was not seized of the matter and does not have the jurisdiction to rule on their legal validity, pursuant to Article 267 of the TFEU. National laws consequently remain valid and applicable.

In the last three years, some Member States such as Sweden did accordingly not amend their national law enacting the judicially invalidated data retention directive. Other Member States such as the UK adopted a new law. National legislation of yet other Member States has been legally challenged before domestic courts. For instance, the Constitutional Court of Belgium has repealed the domestic law by judgment of 11 July 2015.

As a result, a mosaic if not a patchwork of inconsistent national legislation on the retention of data is currently in force. A harmonised legal framework on data retention at EU level is necessary to create a level-playing field on the issue.

On 11 January 2017, the Commission proposed a new e-privacy regulation which would replace the directive.¹⁵² The draft regulation aims to align the applicable regime to that of the GDPR. The draft regulation does no longer contain a provision similar to Article 15(1) of the directive on the retention of data. It however includes Article 11 which is similar to Article 23 of the GDPR and leaves the option of targeted retention measures for the EU and Member States subject to compliance with the Charter as interpreted in the case law of the Court of Justice.¹⁵³ As the directive, Articles 6(2)(b) and 7(3) of the draft regulation also allow providers of electronic communications to process and retain metadata if necessary for billing and calculating interconnection payments.

After the *Digital Rights* judgment, the Commission had to determine whether it intended to propose the adoption of a new data retention directive which would have needed to take account and address the findings contained in the judgment.¹⁵⁴ The Commission has elected not to do so more than three years later. In the meantime, the situation has evolved. If the Commission were to propose a new data retention directive, national legislation adopted by Member States to enact the directive would need to comply with all the requirements set out by the Grand Chamber in the *Tele2* judgment.

The current trend is however for the Commission to propose the adoption of regulations instead of directives in the area of personal data protection. For instance, the GDPR replaces directive 95/46/EC whilst the e-privacy regulation would replace the e-privacy directive. Regulations are directly applicable in the legal order of Member States without any need to adopt national legislation enacting them. If the Commission were to propose the adoption of a regulation on data retention, the latter would need to comply with the findings of the *Digital Rights* judgment. The adoption of a regulation on data retention would however avoid the need for Member States to adopt national legislation which would have to comply with the requirements set out by the Grand Chamber in the *Tele2* judgment.

7. Conclusion

The Grand Chamber showed by this new judgment its firm willingness to scrupulously monitor compliance with Article 7 on respect for private life, Article 8 on protection of personal data,

¹⁵² Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), COM(2017) 10 final.

¹⁵³ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), COM(2017) 10 final, p. 3, Section 1.3.

¹⁵⁴ See Xavier Tracol, “Legislative genesis and judicial death of a directive: the European Court of Justice invalidated the data retention directive (2006/24/EC), thereby creating a sustained period of legal uncertainty about the validity of national laws which enacted it”, *Computer Law & Security Review*, Volume 30, Issue 6, December 2014, p. 746.

¹⁵⁰ Published in the *Official Journal* of 26 July 2015, p. 12735.

¹⁵¹ Regarding an analysis of the GDPR, see Xavier Tracol, “The regulation and the directive on the protection of personal data”, *Europe*, October 2016, No. 10, pp. 5-10.

Article 11 on freedom of expression and Article 52(1) on the principle of proportionality of the Charter. This judgment thus represents a new step in the process of reconciling legislation of Member States against serious crime and terrorism with fundamental rights. The Grand Chamber is increasingly building up a real and effective privacy shield¹⁵⁵ to protect European values which are increasingly eroded by domestic legislation of Member States aiming to organise the fight against serious crime and terrorism.

Last, the Court of Justice may refer back to the list of requirements for access by competent national authorities to retained personal data¹⁵⁶ when it renders its opinion on the

draft EU-Canada passenger name record (“PNR”) agreement about data directly transferred by companies to law enforcement authorities in third countries with no limit.¹⁵⁷

Acknowledgement

The views expressed herein are those of the author in his personal capacity and do not necessarily reflect those of EUROJUST or the EU in general.

¹⁵⁵ See Xavier Tracol, “EU-U.S. Privacy Shield: The saga continues”, *Computer Law & Security Review*, Volume 32, Issue 5, October 2016, pp. 775–777.

¹⁵⁶ Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige* [2015] paras 119–121 and 125.

¹⁵⁷ Request for an opinion submitted by the European Parliament, draft EU-Canada PNR agreement (opinion 1/15).

CASE LAW

A. Court of Justice

Balancing data protection and law enforcement needs: *Tele2 Sverige* and *Watson*

Joined Cases C-203 & 698/15, *Tele2 Sverige AB v. Post- och telestyrelsen*, and *Secretary of State for the Home Department v. Tom Watson, Peter Brice and Geoffrey Lewis*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 December 2016, EU:C:2016:970.

1. Introduction

This judgment is a follow-up to *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*,¹ in which the ECJ annulled the Data Retention Directive.² Under the Data Retention Directive, States were required to provide for a duty on telecommunications providers to retain metadata for a period of 6 months (minimum) and two years (maximum) and make this data available for the investigation of serious crime.³ Metadata, simply put, is all data connected to a telecommunication, including all internet communications (duration of call, numbers called/websites visited, location of caller, subject-matter heading of emails, etc.) but not the actual content of the communication. The present case, *Tele2/Watson*, primarily concerns not the Data Retention Directive but a related Directive 2002/58, which lays down rules applicable to the processing of traffic and location data generated by using electronic communications services, and the anonymization or deletion of this data – while making certain

1. Joined Cases C-293 & 594/12, *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*, EU:C:2014:238. See the case comment by Lynskey in 51 CML Rev. (2014) 1789–1819.

2. Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 Mar. 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC, O.J. 2006, L 105, 54–56.

3. Under Art. 1, the data is to be “available for the purpose of the investigation, detection and prosecution of serious crime, as defined by each Member State in its national law.” Art. 5 lists the technical data to be retained, and Art. 6 provides for the retention period.

exceptions for the purposes of law enforcement and national security.⁴ It is these exceptions which were the focus of *Tele2/Watson*. The ECJ, sitting as a Grand Chamber, clarified its earlier judgment in *Digital Rights Ireland*. It ruled that Member States may not impose a general obligation on providers of electronic communications services to retain data, and that all the safeguards it laid down earlier were mandatory. The *Tele2/Watson* case has important implications for how police and intelligence services investigate crime and threats to national security.

2. Factual and legal background

2.1. Generally

The background to the Data Retention Directive was the need to improve the capacity of the police forces of the Member States to provide mutual legal assistance in investigating criminal offences. The Madrid and London terrorist bombings in 2006 were part of the official justification given for the adoption of the Directive. The Directive was controversial from the start. The competence of the (then) EC to adopt the Directive was challenged, unsuccessfully, in *Ireland v. Parliament and Council*.⁵ Its implementation was also delayed in several Member States due to constitutional challenges. The main focus of these challenges was the proportionality of the requirement to retain the metadata of *all* subscribers.

In most countries metadata had previously been regarded as less sensitive from the perspective of personal integrity, as compared to the content of a communication. However, the advent of the internet and mobile phones (and the fusion of these in smart phones) changed this. The digital footprint we leave means that a great deal of personal information is now obtainable by metadata, and machine analysis of communications patterns.⁶ Metadata accessing can thus target the personal lifestyle and contacts of a given person. The metadata of some people, such as journalists and defence lawyers, is particularly sensitive. It is a common suspicion among journalists that the

4. Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), O.J. 2002, L 201, 37.

5. Case C-301/06, *Ireland v. European Parliament and Council*, EU:C:2009:68.

6. See e.g. Opsahl, "Why metadata matters", Electronic Frontier Foundation, <www.eff.org/deeplinks/2013/06/why-metadata-matters> (all websites last visited 7 June 2017). This applies particularly if the record of websites visited or the header in an email is seen as metadata, rather than content data.

police use the “short-cut” of monitoring journalists to investigate leaks of official documents.⁷ But metadata has a “mass surveillance” dimension too. By “emptying” a mobile relay station one can discover the mobile phones in the area during a particular time period, e.g. helping the police identify whether mobiles belonging to known members of organized crime were present in the area when a bank robbery occurred, or more ominously, who was in the area when a large demonstration was going on against the government.⁸

Not all metadata is equally sensitive. Subscriber data simply answers the questions “who has this telephone number/IP address” and “what is X’s telephone number/IP address”. Subscriber data is often part of initial police inquiries to either identify suspects or rule people out from being suspects. It is almost invariably the first step in investigating internet crime, which tends to begin with an unidentified IP address. Telephone subscriber data does not, in itself, reveal sensitive information. Internet subscriber data does when it is connected to a particular website. Traffic data and location data undoubtedly reveal sensitive information, especially when these are combined over time.⁹

The disquiet shown by the public about surveillance in many States was compounded in 2013 by the extensive leaking of documents by former National Security Agency (NSA) contractor Edward Snowden, which revealed the existence of very large surveillance programmes.¹⁰ These revelations showed that content and metadata was being acquired in “bulk” by the NSA and allied European sister-organizations and was being accessed on the basis of loose criteria of “relevance” to combating terrorism and other foreign intelligence needs.¹¹ One of the major advantages with metadata, from an investigative perspective, is that it can be subjected to automated analysis.¹² Previously, cost considerations acted as a brake on overuse of such an investigative tool. But systems are already in use in a number of States

7. See e.g. the pending application before the ECtHR, *Bureau of Investigative Journalism and Alice Ross v. UK*, Appl. No. 62322/14. For the improved British safeguards in this regard, see *infra* section 2.4.

8. E.g. allegations were made against the Swedish company Teliasonera that they assisted authoritarian regimes in Belarus and central Asia in this way, see the Electronic Frontier Foundation site, <www.eff.org/deeplinks/2012/05/swedish-telcom-giant-teliasonera-caught-helping-authoritarian-regimes-spy-its>.

9. This is well illustrated by an experiment where a person downloaded spyware to his smartphone and then handed over this data to analysts, in order to find out how much they could tell about his life simply from the metadata, <www.bof.nl/2014/07/30/how-your-innocent-smartphone-passes-on-almost-your-entire-life-to-the-secret-service/>.

10. Greenwald, *No Place to Hide: Edward Snowden, the NSA, and the U.S. Surveillance State* (Metropolitan Books/Henry Holt, 2014).

11. <www.theguardian.com/us-news/the-nsa-files>.

12. For a discussion, see Lyon, “Surveillance, Snowden, and Big Data: Capacities, consequences, critique”, 1 *Big Data & Society* (2014) 1.

whereby intelligence agencies and police have direct access to metadata held by telecommunications companies, without the companies knowing about this.

2.2. *Digital Rights Ireland*

In *Digital Rights Ireland*, the ECJ held that the Data Retention Directive respected the essence of the right to privacy, as set out in Article 7 of the EU Charter on Fundamental Rights as it did not permit the acquisition of content data.¹³ Moreover the essence of the right to data protection as set out in Article 8 of the Charter was respected, as the Directive requires Member States to ensure that “appropriate technical and organizational measures are adopted against accidental or unlawful destruction, accidental loss or alteration of data”.¹⁴ The Court also stated that the Directive was suitable to achieve its purpose, i.e. the combatting of serious crime.¹⁵ The ECJ’s criticism was on the issue of proportionality: by providing for the general retention of metadata, the Directive entailed an interference in the rights of “practically the entire European population”.¹⁶ The Court’s criticism¹⁷ seemed to indicate that a general duty of retention is, as such, in violation of the proportionality clause, Article 52(1) of the Charter, and this is how some commentators interpreted this part of the judgment.¹⁸ However, the Court went on to lay down standards relating to *access* to this retained data, giving the impression that tight access requirements, and safeguards, could make up for the general retention duty. The Court considered it to be problematic that the Directive left it to Member States to decide for themselves what constitutes a serious crime.¹⁹ It was also problematic that the Directive did not require that access to information be subject to a prior check by a court or independent authority whose task it is to ensure that access is limited to what is strictly necessary.²⁰ The Directive did not contain any provisions which make a distinction

13. Joined Cases C-293 & 594/12, *Digital Rights Ireland*, para 39.

14. *Ibid.*, para 40.

15. *Ibid.*, para 49.

16. *Ibid.*, para 56.

17. *Ibid.*, paras. 57-59.

18. See, e.g. Peers, “The data retention judgment: the CJEU prohibits mass surveillance, EU Law analysis”, 8 April 2014, <eulawanalysis.blogspot.se>. However, other commentators considered that general retention could be justified if there were tight access requirements, see e.g. Ojanen, “Privacy is more than just a seven-letter word: The Court of Justice of the European Union sets constitutional limits on mass surveillance”, 10 *EuConst* (2014) 528–541.

19. Joined Cases C-293 & 594/12, *Digital Rights Ireland*, para 60.

20. *Ibid.*, paras. 61–62.

concerning the storage time for different kinds of traffic data based on the usefulness of the data, and it was not required that the storage time must be determined using objective criteria to ensure that it does not go beyond what is strictly necessary.²¹ Finally, the Directive contained no specific rules on the protection and security of personal data stored, adapting the requirements of both the amount and type of information that the risks of unauthorized access to them. The Court also pointed out that the requirement of independent oversight cannot be ensured if the data is stored outside the EU.²² The ECJ concluded: “Having regard to all the foregoing considerations, it must be held that, by adopting Directive 2006/24, the EU legislature has exceeded the limits imposed by compliance with the principle of proportionality in the light of Articles 7, 8 and 52(1) of the Charter”.²³

States reacted very differently to the legal limbo caused by *Digital Rights Ireland*.²⁴ The constitutional courts in a number of States followed the ECJ and annulled implementing legislation. Other States reviewed their laws providing for general data retention and accessing this data, but retained them in place, in some cases with amendments.

2.3. *The Swedish reaction*

The immediate reaction in Sweden to *Digital Rights Ireland* was that some telecommunications companies declared they would cease retaining metadata. The Swedish telecommunications market is very competitive; integrity issues are taken seriously by the Swedish public, and certain telecommunications companies have sought to profile themselves as particularly protective of customers’ integrity. Another factor behind telecommunications companies’ resistance to the Directive – generally speaking, not simply in Sweden – is the fact that storing this data in an accessible form costs them a lot of money; they claim that the recompense they receive per accessed telecommunications record compensates them insufficiently for this expenditure. The Swedish telecommunications regulatory body, Post-och telestyrelsen (PTS) charged with enforcing the retention obligation (through administrative penalties) considered that, with the Directive declared invalid, the Swedish implementing law could not be

21. *Ibid.*, paras. 63–64.

22. *Ibid.*, paras. 66–68.

23. *Ibid.*, para 69.

24. A useful overview and commentary can be found in Vainio, “Fundamental rights compliance and the politics of interpretation: Explaining Member State and Court reactions to *Digital Rights Ireland*”, in Bräutigam and Miettinen (Eds.), *Data Protection, Privacy and European Regulation in the Digital Age* (Unigrafica, 2016).

enforced. The police outcry about this led in turn to the speedy appointment of a Commission of inquiry.²⁵

The Commission of inquiry considered that the judgment did not mean that the Swedish laws providing for an obligation on telecommunications providers to retain metadata and make this available to the police were invalid. The Directive had been deliberately designed so as to leave discretion to the national legislature in implementing it and building in the necessary safeguards to national law. The question was whether the Swedish laws “cured” the deficiencies of the Directive which had been identified by the ECJ.

The Commission of inquiry concluded that the fact that the Court set out detailed access requirements must mean that a general retention duty can be compatible with EU law, as long as strict requirements on access etc. are imposed. The next question was whether all the standards set out by the Court were mandatory, or whether the Court’s holistic assessment (“having regard to all the foregoing considerations”) meant that States were free to make a holistic assessment of their own. The Commission concluded that the latter approach was correct: Swedish law already generally provided for strict definitions, reasonable suspicion, judicial authorization of access and short (one month) periods of monitoring under the Code of Judicial Procedure (CJP).

Thus, the Commission considered there was no problem with regard to the majority of decisions to access metadata. Accurate figures have been published since 2014, and these indicate that metadata access is used sparingly.²⁶ However, there are two situations where Swedish law does not require judicial authorization.²⁷ The first is subscriber data, which the police may request to investigate any offence, and also for a limited number of other reasons (to identify next of kin, help locate people who are lost, etc.). The need for speed in investigation is felt to outweigh the small interference this entails

25. Ds 2014:23. I should state that I sat as an expert in this inquiry, and the subsequent Commission of inquiry (*infra* note 28) and that I shared the conclusions that Swedish law was compatible with the Charter.

26. In 2015, the official report of the Prosecution service (*Åklagarmyndigheten*, ÅM) notes that the police and customs together, in the course of judicially authorized preliminary investigations, accessed the traffic and/or location metadata of 2014 people. This involved 5969 decisions. This higher number is explained partly by the fact that people have multiple devices and partly by the fact that a number of investigations go on longer than one month, meaning renewals of decisions. See ÅM-A 2016/0093, 30 May 2016. The great majority of these metadata access requests are to telecommunications companies, not internet service providers.

27. For a more detailed discussion of telecommunications interception in Sweden, see Cameron, “Sweden” in Sieber and Mühlen (Eds.), *Access to Telecommunication Data in Criminal Justice: A Comparative Analysis of European Legal Orders* (Dunker and Humblot, 2016).

in privacy. This power is used a lot: often to exclude people from investigations, but also to enable the police to begin investigation of a suspect IP-address in internet criminality. The second exception is that, under the CJP, a preliminary investigation cannot be started to find out *if* an offence has been committed. A special statute, the 2012 Act, provides that the police, the Security Police and the customs may access metadata where this is proportionate and where it is necessary to detect or prevent criminal activity involving crimes which have a minimum punishment of imprisonment for at least two years.²⁸ The threshold for this, intelligence-oriented, access to metadata is set significantly higher than the threshold for access to metadata within the context of a preliminary investigation. Instead of judicial authorization, decisions are reported to an independent oversight body, the Security and Integrity Protection Board (SIN). SIN can demand all the documentation behind decisions, and it performs regular *ex post* controls. SIN has in some cases criticized the police and the Security Police for deficient reporting and deficient routines (e.g. in connection with changing computer systems), but it cannot be said that this criticism, so far, has indicated any serious abuse of the power to access metadata.²⁹

The Commission of inquiry recommended in-depth case studies of the use of the 2012 Act to determine if the power was, in fact, being abused. The study in question, completed a year later, reveals a great deal of data on how the system works. This later Commission of inquiry considered that the system was, on the whole, operating properly, and the *ex post* control performed by SIN served at least as good a purpose as judicial authorization.³⁰ Thus the conclusion was reached that *Digital Rights Ireland* did not require changes to be made in Swedish law.

Whether or not one agrees with this conclusion – and, as shown below, the Advocate General and the ECJ did not – the official figures show that this special intelligence gathering power is also used sparingly. The police took 498 decisions, customs 200 decisions and the security police 109 decisions. For the police and customs, the great majority of the operations concerned drug crime. For the security police, most of the metadata accessing concerns the assessment of whether returning “foreign fighters” pose security threats.³¹

28. The information which may be collected in accordance with the Act is both historical traffic data (i.e. not real-time data) and location data (section 1) – both historical location data and real time location data. An exception is made from the two year minimum for certain specified security crimes.

29. See e.g. “Inhämtning av uppgifter om elektronisk kommunikation vid Säkerhetspolisen”, 2016-12-15 Dnr 110-2016.

30. See SOU 2015:31 pp. 286–304.

31. See ÅM-A 2016/0093, cited *supra* note 26, and SOU 2015:31.

2.4. The UK reaction

At the time of *Digital Rights Ireland*, the main relevant UK legislation was the Regulation of Investigative Powers Act 2000 (RIPA). However, significant provisions were contained in statutory instruments and codes of practice. As in Sweden, *Digital Rights Ireland* called into question the legal basis for data retention. The UK Parliament reacted by passing, very speedily, the Data Retention and Investigatory Powers Act 2014 (DRIPA), again supplemented by statutory instruments and a code of practice. DRIPA provided that a government minister may issue a public telecommunications provider with a notice to retain relevant metadata if the minister considered that this retention was necessary for one of the purposes specified in RIPA. The whole area has since been reformed by the enactment of an extremely detailed and complicated piece of legislation, the Investigatory Powers Act 2016. For present purposes however, the treatment of the British legislation then, and now, can be brief.

The British system for accessing metadata at the time of the *Tele2/Watson* application was seen as an investigative tool involving only limited interference with privacy. The purposes (set out in RIPA) which could justify the issuing of a retention notice included national security and the prevention or detection of crime or the prevention of disorder, but also a number of other interests (e.g. public health, tax, regulation of financial services and markets) as well as any other purpose specified in an order made by the Home Secretary. A large list of agencies, not simply the police and the intelligence agencies but also such bodies as local authorities, the food standards agency and tax authorities, decided for themselves if they needed to access metadata for the wide purposes stated above. There was a very limited degree of *ex post* control by an independent body, the Interception of Communications Commissioner, a senior judge working part-time. Although this oversight body was approved by the ECtHR in *Kennedy v. UK*,³² a case which concerned telephone tapping (i.e. the content of communications), it could only be described as minimal oversight, largely relying upon the professionalism of the bodies entitled to access metadata.

Although the UK safeguards have now been improved for telephone tapping, a similar system for oversight of metadata retention and accessing still applies after the 2016 Act has entered into force. The issuing of the order to the telecommunications provider by the government minister to retain given categories of metadata is to be authorized by a judicial commissioner, applying the principles of judicial review (meaning, simply put, that an unreasonable retention requirement will not be approved). When it comes to

32. ECtHR, *Kennedy v. UK*, Appl. No. 26839/05, judgment of 18 May 2010.

access, the investigation purposes are broadly the same, i.e. not limited to serious offences. Authorization is internal to the agency, with two exceptions, local authorities accessing of metadata and applications by any authority to secure journalists' metadata records. In both these cases, accessing needs to be authorized by a judicial officer. In the agency, there must be internal procedures in place to ensure that metadata interception is authorized by senior officials, someone not part of the investigation in question (section 61). A senior judge, the Investigative Powers Commissioner, who has a team of investigators at his/her disposal, has a general duty to keep the use of metadata retention and access "under review" (sections 87 and 229).

2.5. *The references for a preliminary ruling*

The origins of *Tele2/Watson* were requests (respectively, of 29 April 2015 and 9 December 2015) for preliminary rulings made by the Administrative Court of Appeal (*Kammarrätten*) in Stockholm, and the Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division). The background in both cases was the courts' doubts as to whether Swedish and English law, respectively, satisfied the requirements set out in *Digital Rights Ireland*. The first question posed by the referring court in *Tele2* was whether a general obligation of data retention is compatible with EU law. The second question was in substance the same as the first question in *Watson*, namely the compatibility with EU law of national law which prescribes a data retention duty but where that legislation does not restrict that access solely to the objective of fighting serious crime, where that access is not subject to prior review by a court or an independent administrative authority, and where there is no requirement that the data concerned should be retained within the EU.

Finally, the second question in *Watson* was whether the Court interpreted Articles 7 and/or 8 of the Charter in such a way as to expand the scope conferred on Article 8 ECHR by the ECtHR. Behind this question was the fact that the ECtHR has accepted, first that a general retention duty is compatible with Article 8 ECHR,³³ second, that prior judicial authorization before metadata access is allowed is not necessary,³⁴ and third, that law enforcement access need not be limited to the purpose of investigating serious crime.³⁵

33. ECtHR, *Roman Zakharov v. Russia*, Appl. No. 47143/06, judgment of 4 Dec. 2015, para 260. The ECtHR accepted in this case that a system whereby intelligence agencies have direct access to telecommunications companies' metadata, without them knowing, was compatible with Art. 8 ECHR, even if the room for abuse meant that much tighter controls had to be put in place.

34. ECtHR, *Kennedy v. UK*, Appl. No. 26839/05, judgment of 18 May 2010.

35. ECtHR, *K.U. v. Finland*, Appl. No. 2872/02, judgment of 2 Dec. 2008. This case concerned defamatory information published anonymously on a minor on an internet site and

3. The Advocate General's Opinion

The Advocate General addressed first, as a preliminary issue, the question whether the national legislation at issue falls within the scope of EU law.³⁶ Article 1(3) of Directive 2002/58 (the Directive on processing traffic and location data) excludes from its scope “activities of the State” in specified fields, including State activities in criminal law and in the areas of public security, defence and State security, including the economic well-being of the State when the activities relate to State security matters.³⁷ Article 15(1) of the Directive states that Member States may adopt, subject to the conditions laid down, “legislative measures to restrict the scope of the rights and obligations provided for ...” and expressly mentions retention of data as one of these. The positions taken on this issue by the intervening governments in the case differed: the Belgian, Danish, German, Estonian, Irish and Dutch governments considered that the issue was within EU law. The Czech Government considered that it was not. The UK Government took the position that national law dealing with retention fell within the scope of EU law, but not national laws on access.³⁸ A similar position to that of the UK Government was taken by the Commission, which nonetheless considered that the national laws on access could be taken into account in assessing the compatibility with EU law of the national laws on retention. The Advocate General considered that both retention and access were matters within EU law.

Having established this, the Advocate General turned to the first question posed in *Tele2*, whether a general obligation to retain data could be compatible with EU law. He considered that it could. He based this, first, on a textual analysis of *Digital Rights Ireland*.³⁹ Second, he relied on a textual analysis of a passage in the later *Schrems* case.⁴⁰ He drew the conclusion that, as such an interference must be strictly necessary in order to be justifiable, the crucial

the inability (at the time) of the police to investigate the perpetrator because the offence was not classified as sufficiently serious.

36. Opinion of A.G. Saugmandsgaard Øe, delivered on 16 July 2016, EU:C:2016:???

37. See also Recital 11 stating that “it does not alter the existing balance between the individual’s right to privacy and the possibility for Member States to take the measures referred to in Article 15(1) . . . Consequently, this Directive does not affect the ability of Member States to carry out lawful interception of electronic communications, or take other measures, if necessary for any of these purposes and in accordance with the ECHR”.

38. Puzzlingly, the Swedish Government appeared not to have taken a position on this issue.

39. Opinion, paras. 194–202.

40. Case C-362/14, *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*, EU:C:2015:65, para 93 (“Legislation is not limited to what is strictly necessary where it authorises, on a generalised basis, storage of all the personal data of all the persons whose data has been transferred from the European Union to the United States *without any* differentiation, limitation or exception being made in the light of the objective pursued *and without* an objective criterion being laid down by which to determine the limits of the access of the public authorities to the

question was whether alternative, less intrusive, means existed which could secure the objective of effectively investigating serious crime. He considered that this was an issue for national courts to determine. He stressed that these should “not simply verify the mere utility of general data retention obligations, but rigorously verify that no other measure or combination of measures, such as a targeted data retention obligation accompanied by other investigatory tools, can be as effectiveness in the fight against serious crime”.⁴¹

As regards the second main issue, whether all the safeguards identified in *Digital Rights Ireland* were mandatory, he rejected the view advanced by the German, Estonian, Irish, French and UK governments (and, as already mentioned, by the Swedish Commission of inquiry) that an approach should be taken by which the absence of one such safeguard could be compensated by strengthening the other safeguards.⁴² He stated, *inter alia*, that these safeguards were minimal standards, supporting this by reference to the ECtHR’s recent case law in *Szabó and Vissy v. Hungary*.⁴³ His view was that imposing all of these safeguards “would not . . . pose any major practical difficulties”.⁴⁴

The final issue (the second question in *Watson*) he argued should be regarded as inadmissible: the Charter may go beyond the minimum protection provided by the ECHR.

4. The judgment

The Court began by ruling that the national legislation at issue was within the scope of EU law. Despite the wording of Article 1(3) in Directive 2002/58 (see above), the Court nonetheless considered that Article 15(1) of the Directive

data, and of its subsequent use, for purposes which are specific, strictly restricted and capable of justifying the interference which both access to that data and its use entail”, emphasis in Opinion).

41. Opinion, para 209. He added, sceptically, that “several studies . . . call into question the necessity of this type of obligation in the fight against serious crime”. There is such a study: Albrecht and Kilchling (Eds.), *Schutzlücken durch Wegfall der Vorratsdatenspeicherung? Eine Untersuchung zu Problemen der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung bei Fehlen gespeicherter Telekommunikationsverkehrsdaten* (Duncker & Humblot, 2012). As against this, the in-depth studies in SOU 2015:31 demonstrate the value of metadata retention for law enforcement. It is fair to say that the police and intelligence agencies in many States have been too secretive about exactly how metadata retention helps them, and that this has now rebounded to their disadvantage.

42. Opinion, paras. 221–227.

43. ECtHR, *Szabó and Vissy v. Hungary*, Appl. No. 37138/14, judgment of 12 Jan. 2016, discussed further below.

44. Opinion, para 227.

“necessarily presupposes that the national measures referred to therein, such as those relating to the retention of data for the purpose of combating crime, fall within the scope of that directive, since it expressly authorizes the Member States to adopt them only if the conditions laid down in the directive are met”.⁴⁵ Moreover, “since data is retained only for the purpose, when necessary, of making that data accessible to the competent national authorities, national legislation that imposes the retention of data necessarily entails, in principle, the existence of provisions relating to *access* by the competent national authorities to the data retained by the providers of electronic communications services”.⁴⁶

As regards the first question posed by the referring court in *Tele2*, the Court considered that this involved examining Articles 7 and 8 of the Charter, as well as Directive 2002/58. Under Article 5(1) of the Directive, telecommunication providers are under a duty to maintain the confidentiality of communications and related traffic data and to destroy this data after a specified period. A national duty to retain the data constitutes an exception to this, and the Court began by stating that such an exception must be interpreted strictly.⁴⁷ It then followed the more modern approach to the infringement of privacy which metadata can pose, holding that metadata is as capable of undermining privacy as content data.⁴⁸ It considered that the retention of traffic and location data could “have an effect on the use of means of electronic communication and, consequently, on the exercise by the users thereof of their freedom of expression”,⁴⁹ i.e. a “chilling effect”. It went on to state that the undoubted societal interest of combating serious crime and even terrorism cannot in itself justify a general and indiscriminate retention of all traffic and location data.⁵⁰ The Court gave two main reasons for this. The first is that it would mean that retention of metadata became the rule rather than the exception.⁵¹ Secondly, it would mean that the data of wholly innocent people was retained, including the data of persons whose communications are subject, according to rules of national law, to the obligation of professional secrecy.⁵² Such legislation, the Court stated, “does not require there to be any

45. Judgment, para 73.

46. *Ibid.*, para 79 (my emphasis).

47. *Ibid.*, para 89.

48. “That data, taken as a whole, is liable to allow very precise conclusions to be drawn concerning the private lives of the persons whose data has been retained, such as everyday habits, permanent or temporary places of residence, daily or other movements, the activities carried out, the social relationships of those persons and the social environments frequented by them” (*Ibid.*, para 99).

49. *Ibid.*, para 101.

50. *Ibid.*, para 103.

51. *Ibid.*, para 104.

52. *Ibid.*, para 105.

relationship between the data which must be retained and a threat to public security. In particular, it is not restricted to retention in relation to (i) data pertaining to a particular time period and/or geographical area and/or a group of persons likely to be involved, in one way or another, in a serious crime, or (ii) persons who could, for other reasons, contribute, through their data being retained, to fighting crime”.⁵³ The Court thus concluded that “national legislation such as that at issue in the main proceedings therefore exceeds the limits of what is strictly necessary and cannot be considered to be justified, within a democratic society”.⁵⁴

However, the Court then went on to state that the *targeted* retention of *traffic and location* data, for the purpose of fighting serious crime, can be acceptable *as a preventive measure* “provided that the retention of data is limited, with respect to the categories of data to be retained, the means of communication affected, the persons concerned and the retention period adopted, to what is strictly necessary”.⁵⁵ It then went on to clarify the conditions for this. There must be “clear and precise rules governing the scope and application of such a data retention measure and imposing minimum safeguards, so that the persons whose data has been retained have sufficient guarantees of the effective protection of their personal data against the risk of misuse”.⁵⁶ While the actual conditions of retention may vary according to the nature of the measures taken for the purposes of prevention, investigation, detection and prosecution of serious crime, the retention of data must still meet objective criteria, that establish a connection between the data to be retained and the objective pursued. The Court added, presumably in an attempt to stop States from re-introducing a general retention duty by the back door, that “such conditions must be shown to be such as actually to circumscribe, in practice, the extent of that measure and, thus, the public affected”.⁵⁷ In an important qualification, however, the ECJ stated that “such limits may be set by using a geographical criterion where the competent national authorities consider, on the basis of objective evidence, that there exists, in one or more geographical areas, a high risk of preparation for or commission of such offences.”⁵⁸

The Court then proceeded to the second question in *Tele2* (which was in substance the same as the first question in *Watson*), namely the compatibility with EU law of national law which does not follow *all* the safeguards set out in *Digital Rights Ireland*.⁵⁹ To start with, the Court stated that “access can, as a

53. *Ibid.*, para 106.

54. *Ibid.*, para 107.

55. *Ibid.*, para 108.

56. *Ibid.*, para 109.

57. *Ibid.*, para 110.

58. *Ibid.*, para 111.

59. *Ibid.*, para 114.

general rule, be granted, in relation to the objective of fighting crime, only to the data of individuals *suspected of planning, committing or having committed a serious crime or of being implicated in one way or another* in such a crime”.⁶⁰ In doing so, the ECJ referred to the recent judgment of the ECtHR in *Roman Zakharov v. Russia*.⁶¹ It accepted, however, that in special particularly vital investigations, such as into terrorist activities, the data of other individuals could be accessed “where there is objective evidence from which it can be deduced that that data might, in a specific case, make an effective contribution to combating such activities”.⁶² Prior review is necessary “either by a court or by an independent administrative body” and the decision of that court or body should be made “following a *reasoned request* by those authorities”.⁶³ The persons affected must be notified “as soon as this is no longer liable to jeopardize the investigations being undertaken by those authorities”, as this is necessary for these persons to be able to exercise their right to a legal remedy.⁶⁴

The final issue was the question of whether the data must be retained within the EU. The Court stated that there are no exceptions in the Directive to the duty to provide for a high level of data security (i.e. protection of the data). It therefore concluded that the data must be kept within the EU and that the data must be destroyed when the retention period has ended. It ended its answer to this question by noting that there must be an independent authority body to ensure that these conditions are fulfilled.⁶⁵

The second question in *Watson* was whether the Court gave Articles 7 and/or 8 of the Charter a wider scope than Article 8 ECHR, as it has been interpreted by the ECtHR.⁶⁶ Article 52(3) of the Charter provides that insofar as the Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the ECHR, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the ECHR.⁶⁷

60. *Ibid.*, para 119 (my emphasis).

61. ECtHR, *Roman Zakharov*, Appl. No. 47143/06.

62. Judgment, para 119.

63. *Ibid.*, para 120 (my emphasis). The Court referred to Joined Cases C-293 & 594/12, *Digital Rights Ireland*, para 62, and *Szabó and Vissy*, cited *supra* note 43, paras. 77 and 80.

64. *Ibid.*, para 121, referring to Art. 15(2) of Directive 2002/58, read together with Art. 22 of Directive 95/46, to Case C-553/07, *Rijkeboer*, EU:C:2009:293, para 52, and Case C-362/14, *Schrems*, para 95.

65. Judgment, para 123.

66. *Supra* notes 33–35.

67. For a discussion, see e.g. Peers and Prechal, “Article 52 – Scope and interpretation of rights and principles” in Peers et al. (Eds.), *The EU Charter of fundamental rights: A Commentary* (Hart, 2014), pp. 1455–1522.

The ECJ first recollected its ruling in *J.N.*⁶⁸ that the purpose of this provision was to ensure consistency between the Charter and the ECHR “without thereby adversely affecting the autonomy of Union law and . . . that of the [ECJ]”.⁶⁹ Secondly, the ECJ noted that the second sentence of the same provision expressly does not preclude Union law from providing protection that is more extensive than the ECHR. Thirdly and finally, “Article 8 of the Charter concerns a fundamental right which is distinct from that enshrined in Article 7 of the Charter and which has no equivalent in the ECHR”.⁷⁰ It concluded that since giving an answer to this question was not necessary for the national court to decide the issue in accordance with EU law, it would therefore not answer it.

5. Commentary

5.1. *The reception of the judgment*

The judgment is likely to be hailed by many as a brave and necessary stand against the encroaching “total surveillance State”. The balance between investigative powers and privacy/data protection can indeed be criticized as wrongly drawn in a number of EU States. In some EU States, moreover, there is a deeply unsatisfactory system of control over the police and intelligence services, and thus justified public concern over surveillance. But in other EU States there are functioning systems of control, and, as explained below, the judgment flings a large spanner into the effective works of criminal investigations. In other words, how the Court’s judgment is received will very much depend upon the national context.

5.2. *The general duty of retention*

The main impact will be felt in the Court’s finding that a general duty of retention of location and traffic data violates EU law. This was somewhat unexpected. As previously noted, some writers – and some constitutional courts – interpreted *Digital Rights Ireland* in this way; however, that judgment was ambiguous. If the Court in *Digital Rights Ireland* had wanted to rule out a general duty of retention the simplest way to do this would have been to rule expressly that general retention, as such, does not “respect the essence of the

68. Case C-601/15 PPU, *J.N. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, EU:C:2016:84.

69. Judgment, para 129, referring to para 47 of Case C-601/15 PPU, *J.N.*

70. Judgment, para 129.

rights and freedoms” at issue (Art. 52(1) Charter).⁷¹ In *Tele2/Watson* the Court also went against the more cautious approach of the Advocate General in his Opinion, which would have required national authorities to justify empirically the need for a duty of general retention before national courts.

As already noted, the Court considered that general retention was in violation of EU law on the basis, first, that retention of metadata would be the rule rather than the exception, and, second, that it would mean that the data of wholly innocent people was retained, including the data of persons whose communications are subject to the obligation of professional secrecy. As regards the first argument: this was indeed the intention of the Member States. It was always intended that everything should be kept, but only for a limited time. As regards the second argument, this has more potency.

What is the argument for general retention? It is the simple fact that the police and intelligence agencies very often do not know who is involved in terrorism or other serious crime. However, once a suspicion against a given person arises, or a known suspect is connected to a new telephone number (on the basis of observation, a tip-off from an informer, etc.), a general duty of retention permits the police or intelligence agency to go “back in time”. The person’s location can – to some degree⁷² – be checked, as can the person’s (or the number’s) contacts with other persons. These persons or numbers can either be written out of the investigation, or tagged as persons of interest in turn to be investigated, (a process called “contact-chaining”). People engaged in organized crime, and terrorism is also organized crime, have to communicate with each other. They will often use pre-paid – anonymous – phonecards, but even these can, with careful investigative work, be analysed. A phone might be seized in evidence after a crime and its past communication with other, anonymous, devices analysed. Anonymous devices active in the same base station area as a device known to belong to a suspect can be linked together. Metadata analysis can thus reveal the structures, hierarchies and communication patterns involved – which is all the more useful bearing in mind the difficulties now involved in obtaining content data, because of difficult, or impossible, to break encryption.

Removing a general duty of retention means that this historical data is simply not there any more. The telecommunications companies will only retain this data as long as it necessary for billing purposes – perhaps as little as four weeks. This data can obviously be accessed (assuming that the telecommunications company has not anonymized it, or otherwise made it

71. For a discussion of the “essence” issue, see e.g. Ojanen, “Making the essence of fundamental rights real: The Court of Justice of the European Union clarifies the structure of fundamental rights under the Charter”, 12 *EuConst* (2016) 318–329.

72. See *infra* in this section.

useless for investigative purposes), but four weeks is a short time. Terrorist attacks, armed robberies and large-scale drug smuggling are often meticulously planned. Points of vulnerability, hiding places and escape routes are reconnoitered in advance. The retention periods adopted in different States have taken this into account. In the UK – a State with a history, and present threat of, terrorist violence – the legislature considered that it was necessary to be able to go back one year. The Swedish legislature came to the conclusion that three months was enough for most purposes, but to investigate some of the more serious crimes (e.g. armed robbery) it was necessary to be able to go back six months, and that was the maximum period which was set. In Germany, a State with a very good idea of the kind of society which mass surveillance can produce, a compromise was reached over a shorter maximum period, of ten weeks for traffic data and four weeks for location data.⁷³

Removing a general duty of retention thus severely undermines the investigative ability of the police and intelligence services. It does not totally remove the usefulness of metadata as an investigative tool. When a serious crime, e.g. a murder, or armed robbery, has been committed in a given area, the relevant base station can still be emptied, and the active devices in the zone can be identified. But it becomes very much more difficult to identify suspicious devices if there is no historical data to link these to. The communications in the future of persons of interest can be “tagged” and made subject to a data preservation order, but criminals constantly change their phones and without some historical data, there will be “black spots” and contact chaining in many cases will be made much more difficult, or even impossible.

Targeted data retention, however this is constructed, cannot satisfactorily replace a general duty of retention. Evidence to this effect was available to the Court⁷⁴ so it must have thought this a necessary price to pay for improved privacy and “de-chilling” freedom of expression. Thus, the Court’s judgment appears to be based on the fear that metadata surveillance is, or at least risks going, out of control. Here, it useful to make a number of points.

The first point is that, although intelligence agencies and law enforcement can use metadata in similar ways, the focus for the latter is the investigation of specific criminal offences. These provide the framework for the investigation. It is thus normal to require factual indications of criminal activity and reasonable suspicion before access to metadata is permitted. By contrast, an intelligence operation may apply a simple “relevance” criterion connected to

73. For a more detailed discussion, see Vogel, Köppen and Wahl, “Germany”, in Sieber and Mühlen, *op. cit. supra* note 27.

74. See in particular, Commission Staff Working Document, annexed to the proposal for a directive which led to the adoption of Directive 2006/24, SEC(2005) 1131, 21 Sept. 2005, “Data Preservation versus Data Retention”, referred to in Opinion, para 54.

the broad statutory functions of the intelligence body. So while there is undoubtedly room for misuse of *criminal investigation* powers, the room for misuse of *intelligence* powers tends to be much greater.

The second point is that, while one should be aware of the potential of the technology involved, and its constantly evolving nature, one should not overestimate it either. The great majority of requests for metadata access for law enforcement are for telephone metadata, not data on internet browsing.⁷⁵ When a telecommunications company hands over telephone metadata, it does not show the actual sites visited by a smartphone, simply that the phone has accessed the internet. The website data can also be obtained, but only by demanding, separately, disclosure of this data from the – possibly many – service providers involved. But internet browsing history is not usually of interest to law enforcement, except for internet offences such as child pornography possession or – admittedly much more controversially – support to terrorist groups. Nor does a mobile, when it has been switched off, identify its location. Both types of metadata – internet browsing history and continuous identification of location – can be obtained by law enforcement by *tapping or hacking* the device, but, for all EU States (as far as I know) for the police or a security agency to do this they need a warrant issued by a court, which in turn requires factual indications that the person is involved in crime, reasonable suspicion etc.

The actual and potential chilling effect on freedom of expression and information, and damage to privacy, is an empirical question, only answerable in each EU State.⁷⁶ But are *all* EU States massively overusing metadata access? I will confine my remarks to the two respondent States in the case. In C-203/15 the applicant, Tele2, claimed before the Court it was receiving 10,000 requests monthly. Other major telecomm providers in Sweden have presumably similar figures. But the official figures (as noted in section 2.3.) are a tiny fraction of this. What accounts for the discrepancy? The impression is given that someone – the government – is lying. However, the answer is that Tele2 is quoting all metadata queries, meaning subscriber queries. The same point can be made regarding the applicants in *Watson*. The UK figures quoted in the Advocate General's Opinion are extremely high – 517,236 authorizations plus 55,346 urgent oral authorizations. As already mentioned, in my view, the UK authorities allowed to access metadata are too many and the system of external control is very limited. Still, these UK figures also give a gravely misleading picture of the number of times metadata access was

75. This is the case in Sweden (SOU 2015:31) and I have no reason to doubt that other States have the same general pattern.

76. See further *infra*, section 5.5.

authorized for location and traffic data, because the great bulk of these figures consist of subscriber data queries. It seems clear that the Advocate General misunderstood this when he quoted these figures.⁷⁷

The Court in *Tele2/Watson* correctly referred only to location and traffic data. The question thus appears still to be open whether a general duty to retain subscriber data, and (naturally when provided for by law) to grant access to this to law enforcement, would be in violation of EU law. Accessing subscriber data is not part of Directive 2002/58, however, Article 12 of the Directive regulates *public* directories of subscriber data. It is clear from this and Recital 38 to the Directive⁷⁸ that subscriber data is personal data, and so subscribers have some sort of privacy/data protection interest in this data.⁷⁹ Subscriber telephone data is much less sensitive than internet subscriber data – at least when the latter is connected to a website visited.⁸⁰ At the same time, in order to investigate effectively internet criminality (such as child pornography), but also a wide variety of other offences (such as money laundering offences) it is vital that such a general duty to retain subscriber data exists. So, strong arguments exist for limiting the effect of the judgment to traffic and location data only. Of course, the conditions for giving law enforcement *access* to subscriber data can be discussed.⁸¹ Still, to limit law enforcement access to subscriber data only when investigating “serious” offences will be impracticable: not all internet offences are likely to be seen as “serious” in the national legal system.⁸² And it would be absurd if the State was forced to redefine its whole scale of criminal penalties in order to be able effectively to investigate internet offences.⁸³

The ECJ’s position on location and traffic data has implications for other legislation which provides for a duty of general data retention, and involves

77. See Opinion, para 260.

78. See also Recital 38 to the Directive: “The right to privacy of natural persons and the legitimate interest of legal persons require that subscribers are able to determine whether their personal data are published in a directory and if so, which.”

79. Thus, the processing of this data by law enforcement will fall under Art. 3(7) of Directive 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 Apr. 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, O.J. 2016, L 119/89.

80. Cf. the judgment of the Canadian Supreme Court in *R. v. Spencer*, [2014] SCC 43.

81. See *infra* section 5.5.

82. E.g. defamation. As noted, in *K.U. v. Finland*, the ECtHR stated there is a positive duty on States to protect individuals from defamation on the internet, something which will not be possible if there is no way of identifying the author of a particular statement.

83. Effective investigation of internet criminality is a requirement of the Council of Europe Cybercrime Convention 2001 (ETS No. 185) ratified by many EU States.

retaining personal data which can reveal a great deal about lifestyle, etc.⁸⁴ The obvious example of this is Passenger Name Records for air travel (PNR).⁸⁵ But there are many national duties on private companies to retain data, and so data systems to which the police and intelligence agencies can be given access, either on demand or on fulfilling certain conditions. Are all of these general duties to retain data (which in some way are within the scope of EU law) in violation of EU law? Or is metadata in some way special, because of the extent of the picture which can be derived of private life? Should it only be duties to retain data where the express (and only?) *purpose* is of making it accessible for the police or intelligence agencies? What about systems extensively used for, but not created expressly for, crime investigative purposes, such as the immigration and visa systems SIRENE and EURODAC? These questions do not have an answer yet, but it is clear that the mere fact that access to the data system under national law is made subject to a court order cannot in itself justify a general retention duty.

5.3. *Defensive reactions?*

The problems the judgment causes legitimate law enforcement interests means that defensive reactions by States are likely. To begin with, States may argue that the Court has only ruled out “the general *and* indiscriminate retention of *all* traffic and location data of *all* subscribers and registered users relating to *all* means of electronic communication”.⁸⁶ If simply removing one category of traffic data (e.g. unsuccessful connections) from the retention obligation means that it is not “general”, then the judgment will be easy to comply with. But it can hardly be squared with the Court’s emphasis on the chilling effect of retention. A bit more promising (for recalcitrant States) is to introduce differential time periods for location and traffic data, something, as already noted, which Germany has done.⁸⁷ The duty of retention would then not be “indiscriminate”. But although differential and shorter periods of

84. Cf. Woods, “Data retention and national law: The ECJ ruling in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 and Watson* (Grand Chamber)” <eulawanalysis.blogspot.se/2016_12_01_archive.html>.

85. The Court has since approved short-term general retention of PNR, during the passenger’s stay in the country being visited, on the basis that, under international law, a State is entitled to set conditions for admission to its territory. See Opinion 1/15, *Canada-EU PNR*, EU:C:2017:592, paras. 188–189.

86. Judgment, para 112 (my emphasis).

87. Cynically speaking, this would nonetheless provide the ECJ with a line of retreat in future cases if the opposition from States to the judgment— especially powerful tone-setting States like Germany and France — proves too great.

retention are, or should be, *less* chilling, the ability to combine albeit a smaller sub-set of metadata, is still likely to be seen as chilling.⁸⁸

States may try to reason that the judgment only rules out placing an *administrative law* duty to retain data on telecommunications companies, backed up by administrative and/or criminal law penalties. But it must also rule out a “voluntary” agreement between these companies and the State. This was how the issue was handled in many States before the adoption of the Data Retention Directive. The “voluntary” agreement was, however, often backed up by the threat of not awarding, or renewing, a licence to provide telecommunications services. It seems clear that it is the end result – the general retention of metadata – which the Court is ruling out, not the method by which this is accomplished. On the other hand, there is nothing to stop the State from granting law enforcement and intelligence agencies access to the metadata during the period (four weeks?) the telecommunications company retains the data for its own uses, primarily for billing purposes.

By necessary implication the judgment forbids the general retention of metadata by a public authority too. The judgment would be meaningless if the State could instead require companies continually to transfer bulk metadata, e.g. after the above four week period, to a police/intelligence databank. Admittedly, the sheer quantity of the data involved, even if the State developed a huge storage capacity, would mean that this data could probably only be stored for a short period. Still, even a further short period would involve “general retention”.

Bulk retention of metadata is already a feature of a certain type of State body, namely signals intelligence agencies. It can therefore be envisaged that the judgment will be used as a tool to demand tighter control over signals intelligence agencies,⁸⁹ even though EU States which have such agencies will insist that such agencies clearly fall outside of EU competence by virtue of the exclusion of national security (Art. 4(2) TEU).⁹⁰ The opposite can, of course, happen. In some States there is a risk that the work of signals intelligence agencies, which by and large have only a limited role to play in maintaining domestic security, will expand to fill the gap in investigative capability regarding terrorism created by the judgment.

88. See, however, the quite different approach of the ECtHR to this issue, noted *infra* section 5.6.

89. See generally Venice Commission, CDL-AD(2015)011-e, “Report on the democratic oversight of signals intelligence agencies”, (Venice, 20–21 Mar. 2015).

90. This exclusion is, unsurprisingly, interpreted restrictively by the Court. See, e.g. Case C-300/11, *ZZ v. Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2013:363. It can also be noted that if an extensive approach is taken to the concept of “public security”, e.g. as including combating terrorism, then relatively few activities are left to be covered by the national security exception.

Similarly, one can expect a growth in the use of devices to record International Mobile Subscriber Identity, so called “IMSI catchers”.⁹¹ In those States which have not yet regulated the use of IMSI catchers through statute – something which I would say is a requirement of the ECHR – then it would be strongly advisable to do so.

It is imaginable that some Member States rue the day they adopted Directive 2002/58. They might even be tempted to try to remove the issue entirely from EU competence. The retention requirement has already been annulled. If Directive 2002/58 is also annulled, would that not mean the issue is outside EU competence altogether, and can therefore be regulated exclusively by national law? Such legislative override is rare but not impossible, at least when it concerns secondary legislation.⁹² But however this is done, there would still be cross-border activity which might either be regulated by Member States and possibly thus form a barrier to trade or be left unregulated and then potentially violate EU rights linked to exercising, e.g. one’s right to receive services.⁹³ In any event, the Court stresses that general retention also violates the Charter and this presumably puts paid to any attempt to contract EU competence in the area, even if reaching an agreement on this among Member States with such diverse interests is possible at all.

Lastly on the issue of defensive reactions, the question can be posed whether better protection of people with duties of confidentiality would “cure” a general duty of retention. It is possible to devise a system whereby a list of the telephone numbers of such people is maintained and this data is automatically removed from the duty to retain metadata. Indeed, this was part of the compromise reached in Germany. However, this would seem insufficient: the lack of protection of these categories of people was only a subsidiary argument for the Court.

5.4. *The Court’s alternative to general retention*

The ECJ allowed collection of metadata for “preventive” purposes as long as it is for investigating serious crime and as long as it is targeted in some way. Here one can begin by noting that the restrictive conditions laid down in paragraphs 108 and 109 already existed in Swedish law, and even – in admittedly less stringent form – under English law. However the conditions obviously governed *access* requirements, not the general retention duty.

91. <en.wikipedia.org/wiki/IMSI-catcher>.

92. Davies, “Legislative control of the European Court of Justice”, 51 *CML Rev.* (2014) 1579–1608.

93. Thanks to Samuli Miettinen for this point.

The first thing that can be said here is that the Court, sensibly enough, provides no definition of serious crime. There are models to build on in EU law, such as the European Arrest Warrant or the PNR Directive, but even these give States considerable discretion on how to construct an offence. This matter must be left to States, even if it opens up possibilities for abuse.⁹⁴

The second thing is that the Court is referring to preventive (i.e. future) investigations, not the question of investigation of past serious crime. Thus, the emptying of mobile masts following the commission of a serious crime in the zone in question (e.g. murder or armed robbery) will still be possible. Preservation orders of suspected individuals' data future will also be possible.⁹⁵ However, in both cases, as already mentioned, the limitation, or absence, of historical data to compare this data with will undoubtedly reduce the usefulness of these techniques.

The third thing is that the Court states that an *indirect link* to serious crime can suffice, as long as this can “contribute in one way or another to fighting serious crime or to preventing a serious risk to public security”.⁹⁶ Moreover, the Court refers to preventive retention on the basis of a *geographic* criterion. Here the Court definitely leaves its role as a “negative legislature”.⁹⁷ No explanation is given for creating this exception. The Court simply states that, to employ such a power, there must be objective evidence that there exists a “high risk” of the commission of “such offences”. While this power would enable temporary monitoring of large public gatherings (such as sporting events), it also raises the spectre of permanent monitoring of, not simply zones surrounding government offices and other obvious terrorist targets, or even targets of organized crime, such as concentrations of banks, but, more disturbingly, large urban areas with marginalized populations, such as immigrant communities. The Court is presumably not wanting to open up a dangerous hole in rights protection. It must therefore be assuming that tight *access* requirements will continue to apply to such data retained on a geographic criterion.

Still, how meaningful this exception will be in practice for law enforcement is open for discussion. Bearing in mind the number of companies providing telecommunications and internet services in most States, it would be impossible to keep such geographic retention orders confidential. If metadata

94. By analogy, one can mention the ECtHR judgment of 14 Sept. 2009, in *Iordachi v. Moldova*, Appl. No. 25198/02, criticizing the fact that over 50% of offences in Moldova appeared to be seen as “very serious” (at para 44).

95. This too is a requirement of the Cybercrime Convention 2001.

96. In the *Iordachi* case, cited *supra* note 94, the ECtHR found the term “... other person involved in a criminal offence” to be too imprecise.

97. Kelsen's classic justification of the role of a constitutional court from *General Theory of Law and State*, 1945, 1st edn. (Lawbook Exchange, 2007), p. 269.

is needed from a given geographic area on a preventive basis, then there are simpler and more secret ways to get it, most obviously through the use of IMSI catchers.

5.5. *The other safeguards*

As noted, the Court made clear that the other safeguards it took up in *Digital Rights Ireland* were mandatory. In *Schrems*,⁹⁸ the ECJ found that, under Directive 95/46, when faced with a claim, national data supervisory authorities may examine whether the transfer of a person's data to the third country complies with EU data protection requirements even where the Commission has adopted a decision finding that a third country affords an adequate level of protection of personal data (the so-called "safe harbour"). In *Tele2/Watson* the Court confirmed that metadata must be retained within the EU. One can, of course, pose the legitimate question of how much safer metadata stored in, say, Romania is compared to such data stored in, say, Canada. The Court, here, as in *Schrems*, is obviously concerned about the allegations made by Snowden on the NSA's extensive programs of acquiring and searching foreign metadata. The transfer of "bulk" metadata to the USA – a common practice, apparently, of the UK signals intelligence agency GCHQ – would thus be unlawful, were it not for the exclusion of national security from EU competence. Of course, the UK will not be part of the EU for much longer, and this will mean that, when this happens, metadata must not be transferred to the UK either.

The Court insists on notification of people whose metadata has been accessed. This is, of course, a logical consequence of the requirement to provide effective remedies, as well as acting as a restraint on over-use of metadata. States are, however, likely to use the room for manoeuvre the Court has given them as regards jeopardizing ongoing operations. Organized crime and security operations tend to go on for a very long time. Non-notification is the rule rather than the exception. It is better to acknowledge this and create an alternative mechanism, most obviously a duty on the part of the police or intelligence agency to inform an independent oversight body of such decisions not to notify, and justify this in the specific case, plus giving the oversight body the power to overrule it. The notification requirement is also practically speaking problematic as concerns the geographic basis for retention the ECJ has expressly permitted. Are all these people to be notified too?

98. Case C-362/14, *Schrems*. For commentary, see Azoulai and Van der Sluis, "Institutionalizing personal data protection in times of global institutional distrust: *Schrems*", 53 CML Rev. (2016) 1343–1372.

Finally on other safeguards, one can discuss the requirement of judicial authorization. The value of a prior control is that the agency has to “go outside the house” and convince a court of the need for the measure. A court is moreover, experienced at weighing evidence and applying rules to secure a full and fair consideration of all the relevant factors. Finally, a court intervention occurs before, and so can prevent, the damage to individual rights which surveillance entails.⁹⁹

However, on closer analysis, the value of such a procedure for approving access to metadata is not always as clear as first appears, at least as regards investigations into organized crime and terrorism. The value of judicial authorization depends on the independence and expertise of the court, but also on what it is being asked to check. As already mentioned, where the threshold for gathering metadata is put at the level of “relevance” for an intelligence agency’s fulfilment of its mandate, a judicial authorization procedure is not worth much. Some States might well react to the removal of the duty of general retention of metadata by weakening the requirements for subjecting people to metadata preservation orders. If so, the removal of a general retention duty will be a Pyrrhic victory for civil liberterians.

Even if this is not the case, the threshold of suspicion of criminal activity cannot be placed too high without undermining the value of metadata access as an investigative measure. While the Court has, correctly, insisted on the need for some “factual evidence” to back this suspicion up, what a national authorizing court would really be testing in such situations would be the vaguer issue of whether or not the police or intelligence agency are behaving in accordance with “good intelligence-gathering practice”. The conclusion thus is that even if there is judicial authorization, some sort of follow-up independent control is necessary. This is indeed something which was also stressed by the Court, even if it did not specify how this should work.¹⁰⁰

5.6. *Fundamental divergence in approaches to fundamental rights?*

Tele2/Watson raises several questions regarding the role of the ECJ as a protector of fundamental rights. Only a few points will be made here regarding this broad and well-discussed topic.

99. See in this respect the famous judgment of the US Supreme Court in *Katz v. United States*, 289 U.S. 247 (1967), concerning telephone tapping.

100. Judgment, para 123. For a discussion of the weaknesses of the judiciary in controlling security agencies and the need for some sort of independent follow-up controls, see Venice Commission, Report on the Democratic Oversight of the Security Services, CDL-AD(2015)010. The Venice Commission also stresses that constitutional traditions and other national factors should determine the overall blend of controls chosen: it is the results, effective control, oversight and remedies which are important.

As noted in section 4, the Court stated that data protection (Art. 7 of the Charter) has no equivalent in the ECHR. It is correct that the wording of Article 8 includes nothing about data protection. However, as is well known, the ECtHR has interpreted Article 8 ECHR so as to include data protection.¹⁰¹ This is not to say that a *separate* right to data protection does not have an added value, especially in the area of surveillance of the “public space” where conceptions of privacy have their limitations.¹⁰² But this statement can be seen as yet another example of the ECJ’s “declaration of independence” from the ECtHR.¹⁰³

The very different starting point of the ECJ as compared to the ECtHR also comes across strongly.¹⁰⁴ In the *Siragusa* case, the ECJ stated that its main concern was to “avoid a situation in which the level of protection of fundamental rights varies according to the national law involved in such a way as to undermine the unity, primacy and effectiveness of EU law”.¹⁰⁵ This point of departure can be compared to that of the ECtHR, which is there primarily to provide a remedy for an individual complaining about a rights violation.

In *Tele2/Watson*, the Court is deliberately taking a particular criminal investigative tool “off the table” for all EU States.¹⁰⁶ That data retention is deeply unpopular in public opinion in many EU States is uncontroversial. But unlike the situation in *Digital Rights Ireland* or *Schrems*,¹⁰⁷ there was no

101. ECtHR, *S and Marper v. UK*, Appl. Nos. 30562/04 and 30566/04, judgment of 4 Dec. 2008 (Grand Chamber).

102. See Kremer, *The End of Freedom in Public Places? Privacy problems arising from surveillance of the European public space*, Phd thesis, Helsinki Law Faculty, 2017.

103. See e.g. de Búrca, “After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a human rights adjudicator?” 20 MJ (2010) 168–184 and Sánchez, “The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ’s approach to fundamental rights” 49 CML Rev. (2012) 1565–1612.

104. For a recent interesting exploration of the issue, see Gill-Pedro, *EU Fundamental Rights and National Democracies: Complementary or Contradictory?* (Lund University, 2016), particularly pp. 224–239 and 273–276.

105. Case C-206/13, *Cruciano Siragusa v. Regione Sicilia Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, EU:C:2014:126, para 32.

106. An analogy can be drawn between the US Supreme Court’s enunciation of the doctrine of the “fruits of the poisonous tree”, i.e. that evidence obtained as a result of illegal police action was not admissible in criminal proceedings, as a means of curbing such action. The doctrine still exists in US law though it is now subject to a number of exceptions. It is largely unknown in European States. In a sense the doctrine is a result of judicial desperation: it is obviously much better to govern, train and discipline police better, and remove or minimize the problem at its source.

107. For a discussion of the spectre (from the Court’s perspective) of data retention precipitating a “*Solange III*”, see Mayer, “The Force awakens – The *Schrems* case from a German perspective”, <verfassungsblog.de/the-force-awakens-the-schrems-case-from-a-german-perspective-2/>.

risk that the primacy of EU law would be imperiled: national courts had no need to *take* matters into their own hands, because the question was *already* in their hands. In taking the issue *out* of their hands, the ECJ could be said to be applying a single *EU-wide* level of (mis)trust in the police and intelligence agencies. Should such an EU level be situated on some form of average between the level of trust in, e.g. Romania and e.g. Sweden? The recurring surveillance scandals in Romania show that this State manages to suffer from both the classic security dangers, namely political policing and the “State within the State”,¹⁰⁸ as well as endemic leaking of confidential data, with telecommunications companies and State agencies penetrated by corruption. But how could such an EU average of trust be calculated? Is the Court not obliged to proceed from the lowest common denominator of trust? Looking at it this way, the EU countries which are not abusing, or over-using, metadata access are paying the price for the Snowden revelations on the surveillance programmes of the NSA, as well as the lack of safeguards which apply in practice in a number of EU States.

By contrast, the ECtHR can be said to have explicitly accepted the realities of differential (mis)trust in Europe. In *Roman Zakharov*, the ECtHR stated that it would henceforth apply two levels of scrutiny to allegations of abuse of powers of secret surveillance: where the national system of remedies ostensibly provided to individuals is not working in practice, the ECtHR will regard the “menace of surveillance” as sufficient to give an applicant standing.¹⁰⁹

A right is the result of a balancing exercise between competing social values.¹¹⁰ One can certainly ask, what *legitimacy* does the ECJ have to take this particular investigative tool – approved by the parliaments in 28 States – off the table? The idea behind Directive 2002/58 was better exchange of data between law enforcement bodies in EU States. This adds a *thin* EU level of trust (between law enforcement bodies in EU States) to what is essentially a national issue of trust, between the population in an EU State and its police and intelligence agencies.

108. Venice Commission, report cited *supra* note 100.

109. ECtHR, *Roman Zakharov*, Appl. No. 47143/06, para 171.

110. Naturally there are other perspectives on fundamental rights. One can argue that absolute rights are not to be balanced, but balancing comes in even here, when the scope of the absolute right is determined. Among many authorities seeing rights in this way, see Alexy, *A theory of Constitutional Rights* (OUP, 2002), Kumm, “Constitutional Rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice”, 2 I-CON (2004), 574–596 and Scanlon, “Adjusting rights and balancing values”, 74 *Fordham Law Review* (2002) 1477–86.

5.7. Concluding remarks

The official reaction to the judgment in the referring States has not been positive. The Swedish Chief Public Prosecutor, the heads of the Police, the Security Police, the Economic Crime Authority and the Customs wrote an open letter to the Government appealing to it to find a quick solution to the problem that metadata is no longer being kept by most telecommunications companies, with a resulting loss of investigative capacity.¹¹¹ The UK independent reviewer of terrorism legislation, David Anderson QC, quoted counsel for the applicant (!) in the *Watson* case that the position taken by the ECJ was wholly impracticable: what *Watson et al.* had been wanting was much tighter controls on access, not an end to general retention.¹¹² Others – particularly NGOs who are worried about police and intelligence powers – will certainly react more positively.

If one is optimistic, the judgment can spark a renewed interest in improving oversight of the police and intelligence services. This is undoubtedly needed in many EU States. The judgment gives a potent weapon to (economically powerful) telecommunications companies in all EU States. They can now afford to ignore national laws requiring general retention.¹¹³ If one is pessimistic, the judgment in itself is likely to do little to improve the situation in the EU States which most need improved controls on metadata access, telecommunications interception and, generally, on the activities of their police and intelligence services. Poorly regulated and controlled law enforcement and, particularly, intelligence agencies can find other ways to obtain metadata from telecommunications companies. The issue of oversight remains, as before, firmly in the hands of the Member States.¹¹⁴ Bearing this

111. <www.dn.se/debatt/datalagring-avgorande-for-att-hindra-och-utreda-brott/>. The government has given a directive to a new commission of inquiry.

112. <terrorismlegislationreviewer.independent.gov.uk/cjeu-judgment-in-watson/>.

113. As such, the judgment also fits into a familiar pattern of Court removal of regulatory burdens on companies in the interests of market integration. As a number of commentators have pointed out (e.g. Scharpf “Perpetual momentum: directed and unconstrained?” 19 *Journal of European Public Policy*, (2012) 127–139), the downside of this deregulatory bias is that it creates problems for the constitutional balance of the multilevel European polity.

114. The Commission proposes a new regulation to replace Directive 2002/58/EC which leaves the issue of controls still firmly in the hands of the Member States. See COM(2017)10 final, 2017/0003 (COD) 10.1.2017, Art. 11 of which provides “Union or Member State law may restrict by way of a legislative measure the scope of the obligations and rights provided for in Articles 5 to 8 where such a restriction respects the essence of the fundamental rights and freedoms and is a necessary, appropriate and proportionate measure in a democratic society to safeguard one or more of the general public interests referred to in Article 23(1)(a) to (e) of Regulation (EU) 2016/679 ...”.

in mind, in my view, it would have been better for the Court to have opted for the solution proposed by the Advocate General – to make the States justify their systems of retention and access before national supreme or constitutional courts.

Iain Cameron*

* Professor in International Law, Uppsala University.

DIGITAL RIGHTS IRELAND AS AN OPPORTUNITY TO FOSTER A DESIRABLE APPROXIMATION OF DATA RETENTION PROVISIONS

FRANCESCA GALLI*

ABSTRACT

Directive 2006/24/EC sets out data retention rules and is a useful tool for the investigation, detection and prosecution of serious crimes. The implementation process has been complex mainly due to concerns about data privacy rights, and led to ‘patchwork’ approximation of data retention provisions within the EU. The CJEU’s ruling in Digital Rights Ireland eventually invalidated the Directive so that EU policy makers must urgently reinvent the entire framework. In this context, this article argues that approximation is the most desirable policy option to ensure a balance between enhancing security and safeguarding data privacy rights, and assesses what form the new instrument could take. It explores selected factors that are likely to influence the policy design: unresolved issues at the time the Directive was negotiated; interplay between national/EU data retention frameworks; CJEU’s stringent requirements set out in Digital Rights Ireland and Schrems; current progress of the Data Protection Package.

Keywords: approximation; data privacy rights; data retention; law enforcement

§1. INTRODUCTION

Discussions on the need to adopt common data retention provisions began well before the issue of security was heightened pursuant to the terrorist attacks of 11 September 2001. However the idea of using data collected by telecommunication services and internet service providers (ISPs) for law enforcement purposes became a priority only

* Assistant Professor, Department of International and European Law, Faculty of Law, Maastricht University, Maastricht, the Netherlands.

after the terrorist bombings in Madrid in 2004 and in London in 2005. It was then that it became clear that telecommunications played a large role in the preparation of the attacks, whereas law enforcement authorities had limited access to useful data to establish records of transactions and communications between and the movement of individuals.¹

The first step towards the establishment of a harmonized data retention framework within the EU was Directive 2006/24/EC (the Data Retention Directive).² Grounded on ex Article 95 TEC (now Article 114 TFEU),³ the Directive required providers of publicly available electronic communications services or of public communications networks to retain traffic and location data, as well as related data necessary to identify the subscriber or user⁴ to ensure that such data is available for the purpose of the investigation, detection and prosecution of serious crime (a concept defined in national law).⁵

Data retention can be regarded as an exception to the right to privacy and to the protection of personal data (data privacy rights). Those rights stipulate that personal data can only be collected and retained for specific stated purposes and with the concerned individual's consent according to Articles 7 and 8 of the EU Charter of Fundamental Rights and Freedoms (EU Charter). Further use of the data is also subject to specific requirements.

The predecessor to the Data Retention Directive, the Directive on Privacy and Electronic Communications (e-Privacy Directive)⁶ requires traffic and location data to be erased or made anonymous by service providers when no longer needed for the transmission of a communication but still needed for billing or interconnection payments (Articles 5, 6 and 9 e-Privacy Directive). Member States are still able to restrict this requirement (and thus require telecommunication companies to retain traffic and location data) where necessary, appropriate and proportionate for specific purposes, including safeguarding national security, and preventing, investigating, detecting or prosecuting criminal offences (Article 15 e-Privacy Directive).⁷

The implementation of the Data Retention Directive proved complex because the data retention framework it entailed was vague and potentially in conflict with data privacy

¹ See Council of the European Union, Declaration on Combating Terrorism, 25 March 2004, 7906/04; Council of the European Union, Declaration on the EU response to the London bombings, 13 July 2005, 11158/1/05 Rev 1.

² Directive 2006/24/EC on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks, [2006] OJ L 105/54.

³ Proposal for a directive on the retention of data processed in connection with the provision of public electronic communication services, COM(2005) 438 final.

⁴ As defined in Directive 2006/24/EC, Article 2.

⁵ R. Panetta, 'The need for harmonized data retention regulation', 15 *E-Commerce Law & Policy* (2013), p. 15.

⁶ Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, [2002] OJ L 201/37.

⁷ National data retention provisions must still comply with the pre-existing Directive 2002/58/EC and in particular with Article 15 once the Data Retention Directive has been considered invalid.

rights. Eventually it was invalidated by the CJEU's ruling in *Digital Rights Ireland*⁸ which means the EU policy maker must now reinvent the entire data retention framework. This judgment led to disparate reactions among Member States, which mirrored national debates developed during the implementation process. The resulting legal uncertainty at the EU level has had serious indirect consequences for law enforcement authorities and a response from the EU policy maker is now urgent.

To address this uncertainty, this article puts past and current legislative developments into context and suggests what form the new data retention framework could take in terms of choice of instrument, obligations it should set out, and considering the need for compliance with data privacy rights.

In order to carry out this assessment with a law-in-context approach there is an exploration of some of the factors that are likely to influence the policy design of a new data retention instrument. Firstly it is argued that approximation is the most desirable policy option to ensure a balance between the need to enhance security (and fight serious cross-border criminal activities) and the safeguarding of data privacy rights. Secondly, there is consideration of unresolved issues at the time of negotiations of the Data Retention Directive entailing a complex implementation process as well as the interplay between national law and the EU data retention framework. Thirdly, there is an assessment of the stringent requirements that emerged from *Digital Rights Ireland* (as restated in *Schrems*), as they may provide indications *a contrario* when formulating new data retention provisions. Finally, the article takes into account current progress in the negotiation of the Data Protection Package, which could give indirect impetus to the negotiations of EU data retention provisions.⁹

§2. APPROXIMATION OF DATA RETENTION PROVISIONS AS A DESIRABLE POLICY OPTION

Approximation of criminal law plays different functions in the establishment of an Area of Freedom, Security and Justice. Firstly, it enables smooth judicial cooperation through various mechanisms based on mutual trust, especially mutual recognition. Secondly, it facilitates the fight against crime: approximation is necessary to effectively deal with serious crime as otherwise criminals may take advantage of the differences between criminal justice systems to identify less effective ones as safe havens (a kind of 'forum

⁸ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*, EU:C:2014:238.

⁹ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, COM(2012) 11 final; Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data, COM(2012) 10 final.

shopping’). Lastly, it fulfils the so-called crucial ‘shield function’ (as opposed to the ‘sword function’) of criminal law corresponding to the Member States’ commitment to respect and protect fundamental rights.¹⁰ It ensures protection of individual rights and equal treatment before the law.

Approximation of data retention provisions at the EU level would perform in a similarly positive manner. It is most appropriate for the EU to intervene because maintaining the existing differences between national data retention frameworks (for example with reference to data retention periods, authorities who have access to such data, purpose and scope of access, type of offences providing for the use for data retention means, level of judicial oversight requested) would be undesirable in light of the common objective of a cohesive fight against serious crime while also in compliance with data privacy rights. The smooth functioning of the internal market would also be disrupted because telecommunications companies and ISPs must address different costs and thus varied competitive advantages in different Member States. Most importantly for the purpose of this article, differences in data retention rules concerning the available means for national authorities to fulfil their tasks could in fact hamper cooperation on serious cross-border crimes to prevent ‘forum shopping’. The past and current situation is thus not a viable alternative.

In addition, approximation has a clear added value: it can indirectly ensure comparable data protection minimum standards throughout the continent because an EU data retention instrument would require Member States to define national provisions in such a way to respect minimum standards of data protection when retaining data. For the purpose of an enhanced protection of data privacy rights, approximation of data retention provisions would also indirectly avoid the perilous situation where data retention occurs in a legal void, should there be not yet be national provisions on data retention.

Having established that approximation of data retention provisions is the most suitable option to achieve the EU objective of creating an Area of Freedom, Security and Justice, it is necessary to discuss upon which legal basis such approximation process would develop. As the next section will show, this issue is by no means straightforward.

§3. LEGAL BASIS AND CHOICE OF INSTRUMENT

The controversial choice of legal basis to regulate data retention is what grounded the first legal challenge to the Data Retention Directive. Ireland – supported by the Slovak Republic – filed an action for annulment before the CJEU, claiming that the legal basis was inappropriate and that a framework decision instead of a directive should have been

¹⁰ See A. Weyembergh, ‘The Functions of Approximation of Penal Legislation within the EU’, 12 *MJECCL* (2005), p. 149–172; F. Galli and A. Weyembergh (eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU* (Éditions de l’Université de Bruxelles, 2013).

adopted instead under Title VI TEU. According to the Irish government, the CJEU's case law on the use of ex Article 95 TEC implies that this Article may only be used as a legal basis where the centre of gravity of the proposed measure is the approximation of national provisions for the purpose of ensuring the functioning of the internal market: it said that the contested instrument primarily concerned the fight against serious crime, the internal market purpose being at most ancillary.¹¹

Advocate General Bot suggested the dismissal of Ireland's action and the CJEU followed his view, upholding the Directive. The CJEU held that the substantive content of the Data Retention Directive is directed essentially at ISPs' activities in the relevant sector of the internal market. Several Member States had legislated on data retention by ISPs and national provisions varied substantially, particularly concerning retention periods and categories of data to be retained. Disparities could represent a significant financial burden on ISPs and thus a barrier to free movement, which would justify the adoption of a measure under Article 95 TEC. Adoption of new provisions by every Member State would likely widen the differences between existing frameworks even more. Such a situation justified the legislature's pursuit of approximation with the objective of safeguarding the proper functioning of the internal market. Finally, the provisions of the Directive were essentially limited to the activities of ISPs, and did not govern access to or use of data by law enforcement authorities.¹²

This case sheds some light on the possible legal basis of a new data retention instrument in the aftermath of *Digital Rights Ireland*. While the CJEU did not exclude the use of the internal market legal basis for regulating data retention, this legal basis would not be the most desirable option. Grounding the instrument on a legal basis that is meant for criminal law rather than internal market measures could indeed allow the EU policy maker to better seize the definition of specific concepts. The use of the specific criminal law legal basis would avoid the problem encountered by the EU legislator when drafting the old Data Retention Directive of having to draft provisions which were vague in scope. The vagueness of specific criminal law provisions (which will be elaborated on in detail in Section 4.A.) was due to the fact that the 'centre of gravity' requirement meant that the emphasis in the measure had to be placed on internal market provisions rather than criminal law ones. This policy choice underlying the structure of the existing Data Retention Directive was explicitly criticized as it leaves a wide margin of manoeuvre to Member States in the implementation process and eventually to law enforcement authorities in their use of data retention means.

The additional technical question that arises concerns the form the new piece of legislation will take: as a regulation or a directive. A new directive would be the most obvious course, leaving discretion to Member States as to the means to be chosen

¹¹ See Case C-317/04 *European Parliament v. Council of the European Union*, EU:C:2006:346.

¹² See Case C-301/06 *Ireland v. Council of the European Union*, EU:C:2009:68; Opinion of Advocate General Bot in Case C-301/06 *Ireland v. Council of the European Union*, EU:C:2008:558. See S. Poli, 'The legal basis of internal market measures with a security dimension', 6 *European Constitutional Law Review* (2010), p. 137–157.

for implementation purposes.¹³ This is crucial in criminal law matters given the vast differences between criminal justice systems. Furthermore, as the new EU instrument under negotiation to harmonize provisions in the EU for the protection of data processed for law enforcement purposes is a directive,¹⁴ it is most likely that there will be a new data retention directive. Such a choice seems to show Member States' wish to retain discretion in the field of data protection as there are still great differences in national legislation and traditions where the balance between security concerns (and thus constraints to law enforcement means) and the safeguarding of data privacy rights must be established. As this same balance needs to be found with regard to data retention, the argument based on wide national differences could certainly point to the likelihood of a directive being the most probable candidate for an instrument on data retention too.

Despite political difficulties arising from a more 'invasive' choice, the European Commission could still prefer to draft a new instrument on data retention in the form of a regulation. Such a policy choice would provide a number of benefits, including avoiding potential problems with the implementation of its requirements by Member States, as it would be directly applicable.

Irrespective of the choice of legal instrument, it will be interesting to observe whether negotiation of a future EU instrument on the matter in a post-Lisbon context, would entail any difference in terms of content given the greater involvement of the European Parliament in the decision making process,¹⁵ the current value of the Charter and the broadening of CJEU jurisdiction to criminal matters. It is to the content of a possible new instrument on data retention that the discussion now turns.

§4. REQUIREMENTS OF A POSSIBLE NEW DATA RETENTION INSTRUMENT AND COMPLIANCE WITH DATA PRIVACY RIGHTS

A harmonized data retention framework within the EU would build upon a longstanding process aimed at enhancing security and fighting cross-border crime more effectively. Member States have repeatedly indicated the value of the retention of communication and correspondence for criminal justice purposes.¹⁶ the use of retained data may help to clear persons suspected of serious crimes without resorting to other means of

¹³ A. Klip, *European criminal law. An integrative approach* (3rd edition, Intersentia, 2013), Ch. 5.

¹⁴ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data, COM(2012) 10 final.

¹⁵ The involvement of the European Parliament has been and is still crucial, for instance, with reference to negotiations of PNR Agreements concerning the possible share of PNR data within or out of the EU and made sure the data privacy rights are taken into account.

¹⁶ Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Evaluation report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC), COM(2011) 225 final, p. 21–25.

surveillance, such as interception of communications and searches of the home, which could be more intrusive as regards privacy rights. In this context, governments tend to prioritize the acquisition of a substantial amount of data in combating serious crime over an adequate protection of data privacy rights.¹⁷ The question remaining open however is where, in a new data retention instrument, the balance between security concerns and data privacy rights will be established.

Without being able to predict in detail the composition of a new data retention instrument, there are a number of items which may constitute the ‘outer limits’ of the content of the new instrument to ensure its compliance with data privacy rights. In particular, the new instruments will need to take the following four factors into account:

- (1) unresolved issues at the time of negotiations of the Data Retention Directive that led to a complex implementation process;
- (2) the interplay between national law (and legal traditions) and the EU data retention framework;
- (3) the CJEU’s stringent requirements as elaborated in *Digital Rights Ireland* and *Schrems*;
- (4) the negotiation of the Data Protection Package.

These factors will now be considered in turn.

A. UNRESOLVED ISSUES AT THE TIME OF NEGOTIATIONS AND A COMPLEX IMPLEMENTATION PROCESS

When the Data Retention Directive was being negotiated a number of issues were left unresolved and for this reason the final version was deeply criticized.¹⁸ As discussed in Section 2, in order to be adopted as a first pillar provision the directive had to leave broad substantive discretion to Member States in law enforcement matters, which would have fallen under the scope of a third pillar measure. Thus the directive only encompassed provisions related to data retention by relevant private companies and did not touch upon issues pertaining to judicial and police cooperation in criminal matters. For example it did not attempt to harmonize either the issue of access to, use and sharing of data by competent national law enforcement authorities. Such a policy choice has the unwanted

¹⁷ Interestingly no indication was found that retained traffic data would have prevented, or would have helped in the investigation of serious crime more effectively than other investigative measures. See H.J. Albrecht and M. Kilchling (ed.), ‘Schutzlücken durch Wegfall der Vorratsdatenspeicherung’, *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (2013), <https://www.mpg.de/5000721/vorratsdatenspeicherung.pdf>.

¹⁸ See C. Jones and B. Hayes, ‘The EU Data Retention Directive: a case study in the legitimacy and effectiveness of EU counter-terrorism policy’, *SECILE* (2013), www.statewatch.org/projects/secile/. For a positive assessment see F. Bignami, ‘Privacy and Law Enforcement in the European Union’, 8 *Chicago Journal of International Law* (2007), p. 233.

consequence of leaving certain concepts undefined and thus potentially restricting the province of data privacy rights.

Firstly, the Directive does not define ‘serious crime’: a broad range of offences could thus allow data retention, upon the discretion of each Member State’s implementing instrument.¹⁹ Secondly, it does not seize the concept ‘competent national authorities’ having access to the data retained (Article 4), potentially entailing the use of data retention for a variety of purposes.²⁰

In addition, the Article 29 Working Party and European Data Protection Supervisor (EDPS), which were involved in the drafting of the text for the sake of safeguarding data privacy rights at best, put forward several remarks linked to excessive vagueness of certain provisions of the Directive.

Firstly, a retention period range between 6 and 24 months (Article 6) was considered as going beyond what was necessary and too broad to foster any approximation.²¹ Secondly, there was criticism of the fact that the conditions and procedure for access of data by competent national authorities are not specified.²² Thirdly, in the EDPS’s view the instrument did not comply with data privacy rights requirements²³ as vaguely mentioned in Article 7: it lacked foreseeability, necessity of data retention means was not proven, and the matter could have been regulated in a manner less intrusive of privacy.²⁴

¹⁹ E. Kosta and P. Valcke, ‘Retaining the Data Retention Directive’, 22 *Computer Law and Security Report* (2006), p. 370–380.

²⁰ Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Evaluation report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC), COM(2011) 225 final.

²¹ Opinion of the EDPS on the Proposal for a Directive on the retention of data processed in connection with the provision of public electronic communication services and amending Directive 2002/58/EC, [2005] OJ C 298/1, points 26–28.

²² Article 29 WP, Opinion 4/2005 on the Proposal for a Directive on the Retention of Data Processed in Connection with the Provision of Public Electronic Communication Services, WP 113, 21 October 2005; L. Feiler, ‘The Legality of the Data Retention Directive in Light of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection’, 1 *European Journal of Law and Technology* (2010).

²³ As highlighted in Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*, para. 57, the instrument concerns ‘in a generalised manner all persons and all means of electronic communication as well as all traffic data without any differentiation, limitation or exception being made in the light of the objective of fighting against serious crime’. Interestingly, a previous and first proposal which came along in 2014 with a view to harmonize data retention provisions was left aside as the European Parliament strongly opposed, inter alia, bulk data retention imposed on ISPs for a period of 12–36 months without a prior law enforcement request on the grounds of investigation, detection and prosecutions. See Draft Framework Decision on the retention of data processed and stored in connection with the provision of publicly available electronic communications services or data on public communications networks for the purpose of prevention, investigation, detection and prosecution of crime and criminal offences including terrorism, 28 April 2004, 8958/04. For a critical assessment see Privacy International, ‘Invasive, Illusory, Illegal, and Illegitimate: Privacy International and EDRI Response to the Consultation on a Framework Decision on Data Retention’, *Privacy International* (2004), www.statewatch.org/news/2004/sep/data-retention.htm.

²⁴ Opinion of the EDPS on the Proposal for a Directive on the retention of data processed in connection with the provision of public electronic communication services and amending Directive 2002/58/EC,

Such criticisms are remarkably in line with the CJEU's arguments in *Digital Rights Ireland*, particularly with reference to necessity and proportionality concerns.

Vagueness in the wording of several key concepts in the Directive and its dubious compliance with data privacy rights sparked an intense debate between stakeholders and within civil society,²⁵ and made the implementation process of the Directive complex.²⁶ The result was a patchwork approximation, where some Member States even widened the scope of application of certain Directive's provision.

Firstly, as the Directive provided no harmonized definition of what constitutes 'serious crime', certain Member States extended the access and use of retained data to offences of a less serious nature.²⁷ Secondly, as the Directive allowed Member States to define which 'competent authority' may access retained data, and under which conditions, some national provisions gave intelligence agencies access, thereby allowing use of retained data for preventive purposes. This potentially enables intelligence services to use data with limited or no judicial or parliamentary oversight and/or review, adding further risk of fundamental rights infringements.²⁸

Having produced an evaluation report²⁹ – profoundly criticized by the EDPS³⁰ – the Commission took a long time to decide to whether and how to amend the Directive.³¹

[2005] OJ C 298/1; E. Stoeva, 'The Data Retention Directive and the right to privacy', 15 *ERA Forum* (2014), p. 575–592.

²⁵ Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Evaluation report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC), COM(2011) 225 final; T. Konstadinides, 'Destroying democracy on the ground of defending it?', 36 *European Law Review* (2012), p. 722–736.

²⁶ Constitutional courts in Romania (2009), Germany (2010) and Czech Republic (2011) declared the implementing legislation unconstitutional, considering it insufficiently limited circumstances in which data could be accessed, was ambiguous in scope and purpose, and had insufficient safeguards. See C. Murphy, 'Case note on the Decision of the Romanian Constitutional Court of October 2009 on the data retention law', 47 *CMLR* (2010), p. 933–941; A.B. Kaiser, 'German Federal Constitutional Court German Data Retention Provisions Unconstitutional in Their Present Form', 6 *European Constitutional Law Review* (2010), p. 503–517; K. de Vries et al., 'The German Constitutional Court Judgment on Data retention: Proportionality Overrides Unlimited Surveillance (Doesn't it?)', in S. Gutwirth et al (eds.), *Computers, Privacy and data protection* (Springer, 2011), p. 233; EDRI, 'Czech Constitutional Court rejects data retention law', *EDRI* (2011), <https://edri.org/czech-decision-data-retention>; EDRI, 'Czech Republic: Attempts to reintroduce data retention', *EDRI* (2012), <http://history.edri.org/edriagram/number10.11/data-retention-back-czech-republic>.

²⁷ E.g. Belgium, Italy, the Netherlands, Slovenia and the United Kingdom.

²⁸ C. Cocq and F. Galli, 'Comparative law paper on data retention regulation in a sample of EU Member States', *SURVEILLE* (2013), <https://surveille.eui.eu/wp-content/uploads/sites/19/2015/04/D4.3-Comparative-law-paper-on-data-retention-regulation-in-a-sample-of-EU-member-states.pdf>.

²⁹ Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Evaluation report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC), COM(2011) 225 final.

³⁰ Opinion of the EDPS about the Evaluation Report on the Data Retention Directive, 31 May 2011. The Opinion analyses the report from a data privacy rights' perspective and highlights that the evaluation process fails to show the necessity and proportionality of the Data Retention Directive. It thus does not set standards to ensure that only measures that are truly justified stay in place.

³¹ In this context, it was rather surprising that the Commission requested financial sanctions against Sweden for non-implementation of the Directive. See Case C-270/11 *Commission v. Sweden*, EU:C:2013:339.

It eventually inserted a ‘Proposal for a review of [the Data Retention] Directive’ in its 2010 Work Programme with the motivation that following an evaluation of the existing instrument as well as constitutional court judgments in many Member States, there was a need to review it to better match data retention requirements, law enforcement concerns, data privacy rights and the actual and potential impact on the functioning of the internal market.³² EU policy makers were thus aware of the need to devise a new instrument and some concrete steps were made before *Digital Rights Ireland*.

In light of the criticism expressed by civil society actors and other stakeholders, as well as national legislators and courts, a new data retention instrument should increase the level of clarity with respect to key concepts, for example by providing harmonized rules concerning the type of offences which allow personal data to be retained, by which authorities, for what purposes and for how long.

B. INTERPLAY BETWEEN NATIONAL AND EU DATA RETENTION FRAMEWORKS

Apart from the need to provide a clearer legislative framework to avoid the vagueness and consequent inconsistencies in the implementation process, a new instrument on data retention would have to take into account the complex interplay between national provisions (and legal traditions) and the EU data retention framework.

As mentioned above, national legislations were not fully harmonized by the adoption of the Data Retention Directive, with some Member States not having transposed the Directive and others going at times beyond what the Directive required. By invalidating the Directive, *Digital Rights Ireland* produced two noteworthy consequences.

First of all, it led to a legal void at the EU level. Law enforcement authorities considered that the legal vacuum could hinder their ability to cope with serious crimes with a cross-border dimension and at best cooperate with foreign national authorities because of wide differences existing in national legislations on data retention requirements.³³

Secondly, and unsurprisingly, the legal void created by *Digital Rights Ireland* lent itself to a variety of different reactions by national data protection authorities regarding complaints and enforcement issues.³⁴ The different positions adopted by the Member

³² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission Work Programme 2010, COM(2010) 135 final.

³³ This argument was presented for instance by the UK government to support the Data Retention and Investigatory Powers Act 2014 being rushed through Parliament in a matter of days in July 2014. See P. Ward, *The Data Retention and Investigatory Powers Bill*, House of Commons Library, 16 July 2014, SN/HA/6934, p. 4–5.

³⁴ Ligue des Droits de l’Homme, ‘La Cour Constitutionnelle annule la loi sur la conservation des données: un électrochoc au bénéfice des libertés citoyennes’, 11 June 2015; Autoriteit Persoonsgegevens, ‘Dutch Data Protection Authority issues advice on revision of data retention law’, *Autoriteit Persoonsgegevens* (2015), <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/en/news/dutch-dpa-issues-advice-revision-data-retention-law>.

States following *Digital Rights Ireland* somehow reflects debates that occurred during the implementation process focusing on a dynamic balancing exercise: enhancing security while safeguarding data privacy rights.³⁵ Member States' discretion as to where such a balance is to be found leads to remarkable differences in national provisions. An element of significance in differentiating approaches may be identified in the authoritarian past of Member States such as Italy, Germany and Austria, which are in fact more protective of (data) privacy rights than others.³⁶

A new data retention framework should thus consider national traditions and attempt at finding a minimum common denominator that, while able to meet security concerns that inspire the need for the instrument itself, is respectful of national differences in the safeguarding of (data) privacy rights.

C. THE CJEU'S REQUIREMENTS IN *DIGITAL RIGHTS IRELAND* AND *SCHREMS*

The CJEU's ruling in *Digital Rights Ireland*³⁷ and the subsequent *Schrems* ruling clearly develop a number of concerns that must be addressed by the European Commission when reformulating any future data retention instrument in compliance with data privacy rights.

In *Digital Rights Ireland*, although the CJEU acknowledged the value of data retention for the investigation, detection and prosecution of serious crimes, it concluded that the EU legislature had exceeded the limits imposed by the proportionality principle (Article 52(1) EU Charter) because of the extent and seriousness of interference of provisions on fundamental rights to privacy (Article 7 EU Charter) and protection of personal data (Article 8 EU Charter),³⁸ interferences which are not limited to what is strictly necessary.³⁹ This is the case because the Directive:

³⁵ For an in depth overview, please see C. Cocq and F. Galli, 'Data retention regime within the EU: Reinventing a common framework after the CJEU ruling?', *European Journal of Policing Studies* (forthcoming 2016).

³⁶ C. Cocq and F. Galli, 'Comparative law paper on data retention regulation in a sample of EU Member States', *SURVEILLE* (2013), <https://surveillance.eu.europa.eu/wp-content/uploads/sites/19/2015/04/D4.3-Comparative-law-paper-on-data-retention-regulation-in-a-sample-of-EU-member-states.pdf>; K. Hadjimatheou, 'Ethics and surveillance in authoritarian and liberal states', *SURVEILLE* (2013), <https://surveillance.eu.europa.eu/wp-content/uploads/sites/19/2015/04/D4.4-Ethics-and-surveillance-in-authoritarian-and-liberal-states.pdf>.

³⁷ The Irish High Court and the Austrian Constitutional Court brought a reference for preliminary ruling before the CJEU concerning the validity of the Data Retention Directive in light of data privacy rights enshrined in the EU Charter. For a comment see T. Ojanen, 'Privacy Is More Than Just a Seven-Letter Word', 10 *European Constitutional Law Review* (2014), p. 528; M.-P. Granger and K. Irion, 'The Court of Justice and the Data Retention Directive in *Digital Rights Ireland*', 39 *European Law Review* (2014), p. 836; E. Guild and S. Carrera, 'The Political and Judicial Life of Metadata: Digital Rights Ireland and the Trail of the Data Retention Directive', 65 *CEPS LSE Paper* (2014), <https://www.ceps.eu/system/files/EG%20and%20SC%20Data%20retention.pdf>, p. 5.

³⁸ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*, para. 26–27 and 35–37.

³⁹ *Ibid.*, para. 65.

- (1) concerns all individuals, all means of electronic communication and all traffic data without differentiation, limitation or exception made in the light of the objective of fighting serious crime;⁴⁰
- (2) fails to identify substantive or procedural conditions ensuring that competent authorities have access to the data and use them only for the purposes of prevention,⁴¹ investigation, detection and prosecution of serious crime;⁴²
- (3) establishes no distinction between categories of data or its usefulness in relation to the objective pursued, thus modulating data retention periods accordingly;⁴³
- (4) encompasses no objective criteria to determine retention periods and thus ensure that it is limited to what is strictly necessary;⁴⁴
- (5) provides insufficient safeguards against the risk of abuse, particularly with reference to unlawful access and use of data.⁴⁵

Digital Right Ireland provides a contrario a set of instructions to devise a new data retention framework. From the ruling it emerges first and foremost that bulk data retention (meaning indiscriminate retention of personal data of unsuspecting individuals) is an option to be excluded in a future data retention instrument. In the CJEU's opinion, this is because of its disproportionate impact on the data privacy rights.⁴⁶ Secondly, retention periods must be determined according to data's potential usefulness and should remain as short as possible. Thirdly, during retention periods effective mechanisms should ensure a very high level of protection and security, under the oversight of an independent authority. Fourthly, access and use of data by law enforcement authorities when it has been retained by ISPs for commercial purposes should be restricted to what is 'strictly necessary', and must respect the following procedural and substantive conditions: access and use by competent national authorities should be limited to the purpose of investigating, detecting and prosecuting precisely defined serious offences.⁴⁷ Requests for access to retained data should be reasoned and subject to prior review by a court

⁴⁰ Ibid., para. 58–59.

⁴¹ It is worth highlighting that prevention purposes appear only in the Preamble of the Directive and not in the body of the text, which refers only in its Article 1 (Subject matter and scope) to the investigation, detection and prosecution of serious crime. However the CJEU does not make such distinction in the judgment.

⁴² Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*, para. 60–62.

⁴³ Ibid., para. 63.

⁴⁴ Ibid., para. 64.

⁴⁵ Ibid., para. 66–68.

⁴⁶ In addition, although the Court does not address this issue, it must be highlighted that bulk data retention should be avoided because its effectiveness is doubtful for the purpose of an effective fight against serious crime. Given the huge amount of data to be processed, the human and economic resources available are too limited, data retention thus easily resulting in the use of profiling techniques (including racial profiling), and it is doubtful whether that is in compliance with other EU constitutional principles such as the right to non-discrimination (Article 21 of the EU Charter). On this issue see in detail D. Moeckly, *Human Rights and Non-discrimination in the war on terrorism* (OUP, 2008).

⁴⁷ M.-P. Granger and K. Irion, 39 *European Law Review* (2014), p. 836.

or an independent administrative authority charged with ensuring compliance with constitutional and legislative limits to data access and use. Specific legislative safeguards should provide access to and use of data to a limited number of agencies or law enforcement authorities as well as a limited number of individuals inside the requesting institutions.⁴⁸

In the *Schrems* case,⁴⁹ the CJEU invalidated the Commission's decision putting into effect the 'Safe Harbour' agreements.⁵⁰ By means of this decision, and pursuant to powers conferred upon the Commission by the Data Protection Directive, the Commission, when putting the agreements into effect, assesses whether data transfers outside the EU receive an 'adequate level of protection' in particular countries.⁵¹

The CJEU elaborates upon the validity of the Safe Harbour decision in the context of an overall analysis of the architecture of EU data protection law. Firstly, as it does not clearly emerge in the Directive what an 'adequate level of protection' is, the CJEU interprets it as a 'high level' of protection in the third country, which does not need to be 'identical' to EU standards, but must be 'essentially equivalent' to it. Means used in the third state to ensure data protection rights must be 'effective', although they 'may differ' from that in the EU.⁵² The adequacy assessment must also be dynamic, with regular automatic reviews and an obligation for a further review if 'doubts' emerge; general changes in circumstances since the adoption of a decision must be taken into account.⁵³ Secondly, in light of the significance of data privacy rights and the amount of people affected by an inadequate level of protection in a third country, the CJEU considers the Commission has reduced discretion, and is subject to 'strict' standards of judicial review.⁵⁴

⁴⁸ Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*, para. 61–62.

⁴⁹ Case C-362/14 *Schrems*, EU:C:2015:650. Mr Schrems complained to the Irish data protection authority (DPA) about the transfer of his personal data pursuant to Safe Harbour provisions, as a Facebook user. However the DPA refused to consider the complaint because it was bound by the Commission's decision. Mr Schrems challenged the DPA's decision before the Irish High Court, which doubted the system's compliance with EU law (or indeed the Irish constitution), and thus sent a reference for a preliminary ruling to the CJEU asking whether the DPA was bound by the Commission's Decision, and whether it can conduct its own examination.

⁵⁰ The 'Safe Harbour' agreements refer to the seven 'Safe Harbour Privacy Principles': Notice – Individuals must be informed that their data is being collected and about how it will be used. They must provide information about how individuals can contact the organization with any enquiries or complaints; Choice – Individuals must have the option to opt out of the collection and further transfer of the data to third parties; Onward Transfer – Transfers of data to third parties may only be to other organizations that follow adequate data protection principles; Security – Reasonable efforts must be made to prevent loss of collected information; Data Integrity – Data must be relevant and reliable for the purpose it was collected for; Access – Individuals must be able to access information held about them, and correct or delete it if it is inaccurate; Enforcement – There must be effective means of enforcing these rules.

⁵¹ See Commission Decision 2000/520/EC of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the Safe Harbour privacy principles and related frequently asked questions issued by the US Department of Commerce, [2000] OJ L 215/7; Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, [1995] OJ L 281/31.

⁵² Case C-362/14 *Schrems*, para. 73–74.

⁵³ *Ibid.*, para. 76.

⁵⁴ *Ibid.*, para. 78.

Thus the Safe Harbour decision considering adequate data protection standards in the US was declared invalid. According to the Court, the Commission should base Adequacy Decisions on the level of protection afforded by domestic legislation or the international commitments of the third country in question. As such, in the CJEU's view, the self-certification system adopted in the challenged Adequacy Decision⁵⁵ does not meet this requirement as it only binds US companies and not US public authorities.⁵⁶

In addition, the CJEU scrutinized the exceptions contained in the Adequacy Decision that allowed derogations to data protection without any limitation, based on legitimate interests such as national security requirements established by US law. Within the EU, interference with data privacy rights requires 'clear and precise rules' which set out minimum safeguards, as well as strict application of derogations and limitations.⁵⁷ Those principles were considered by the CJEU as being breached where, 'on a generalised basis', legislation authorizes 'storage of all the personal data of all the persons whose data has been transferred' to the US 'without any differentiation, limitation or exception being made in light of the objective pursued' and without any objective test limiting access of the public authorities for specific purposes.⁵⁸ The CJEU expressly reasserted the limits to mass surveillance established in *Digital Rights Ireland*: general access to the content of communications compromises the 'essence' of the right to privacy⁵⁹ and thus constitutes an unjustifiable violation of the Charter (Articles 7 and 8).

In order to address challenges that emerged following the *Schrems* case, the Commission presented on 29 February 2016 a draft adequacy decision of the US data protection framework for transfers of commercial data⁶⁰ under the protection of the so-called EU-US privacy shield.⁶¹ Some authors regret the very strong resemblance of this new instrument with the Safe Harbour regime (for example with regard to the self-certification process). Most importantly, mirroring the pre-existing framework is the general exception of national security, public interest or law enforcement. It is thus still doubtful whether the new regime is satisfactory in light of the CJEU's recent case law.⁶² The most recent terrorist

⁵⁵ A self-certification process entails that US companies may self-certify that they would comply with EU data protection standards in order to allow for transfer of personal data from the EU to the US. The CJEU considered in *Schrems* that although the Commission's adequacy decision could be based on self-certification, this has to be accompanied by 'effective detection and supervision mechanisms' ensuring that infringements of fundamental rights would be 'identified and punished in practice' (para. 81).

⁵⁶ Case C-362/14 *Schrems*, para. 82.

⁵⁷ *Ibid.*, para. 91–92.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 93.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 94.

⁶⁰ In addition, the European Union has negotiated with the United States for an international framework agreement ('Data Protection Umbrella Agreement') in order to ensure a high level of protection of personal data transferred between the EU and the US for the prevention, detection, investigation and prosecution of criminal offences, including terrorism. See Europa Rapid Press Release, *Questions and Answers on the EU-US data protection "Umbrella agreement"*, 8 September 2015, MEMO/15/5612.

⁶¹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *Transatlantic Data Flows: Restoring Trust through Strong Safeguards*, COM(2016) 117 final.

⁶² For an in depth analysis of novelties and shortcomings enshrined in the privacy field see G. Vermeulen, 'The Paper Shield', in D. Svantesson and D. Kloza (eds.), *Transatlantic data privacy relationships as a challenge for democracy* (Intersentia, 2016).

attacks in 2015 and at the beginning of 2016 could have once again pushed EU policy makers towards enhancing security at the expense of safeguarding data privacy rights.⁶³

For the purposes of a new data retention framework, the *Schrems* case reasserts requirements that have been in place since *Digital Rights Ireland*: a new data retention instrument should provide sufficient safeguards to limit the storage of personal data of targeted unsuspecting individuals; public authorities' access to retained data should be based on objective criteria and further use of such data should be restricted, the content of electronic communications being accessible under limited circumstances only. Finally, individuals should be granted the possibility to pursue legal remedies to access their personal data, or to obtain the correction or erasure of such data.⁶⁴

D. INTERPLAY WITH THE NEGOTIATION OF THE DATA PROTECTION PACKAGE

For the purpose of finding a balance between the need to enhance security and safeguarding data privacy rights, a new data retention framework may require both data retention and data protection to be developed in parallel at the EU level as well as an even implementation at the national level of EU instruments drafted in both realms. The Commission indeed drafted a new framework for data protection in the EU including two legislative proposals: the first being a proposal for a regulation,⁶⁵ setting out a general EU framework for data protection, and repealing Directive 95/46/EC; and the second a proposal for a directive on protecting personal data processed for law enforcement purposes,⁶⁶ currently organized under Framework Decision 2008/977/JHA.⁶⁷

The two-fold aim of the Regulation is to enhance the level of personal data protection for individuals and to increase business opportunities in the Digital Single Market.⁶⁸ The purpose of the Directive is to protect personal data processed for the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal offences or the safeguarding against and the prevention of threats to public security. The

⁶³ To place the current debates in a broader context, see K. Irion, 'Accountability unchained: Bulk Data Retention, Preemptive Surveillance, and Transatlantic Data Protection', in M. Rotenberg et al. (eds.), *Privacy in the Modern Age* (New Press, 2015).

⁶⁴ Case C-362/14 *Schrems*, para. 91–93.

⁶⁵ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, COM(2012) 11 final.

⁶⁶ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data, COM(2012) 10 final.

⁶⁷ Council Framework Decision 2008/977/JHA of 27 November 2008 on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters, [2008] OJ L 350/60.

⁶⁸ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, COM(2012) 11 final, p. 5–6.

new Directive would apply to both the cross-border processing of personal data as well as the processing of personal data by the police and judicial authorities at purely national level.⁶⁹ By contrast, current EU rules apply to the cross-border transfer of personal data only and this limit has hindered effective cooperation in the field.⁷⁰

On 8 April 2016 the Council adopted the Regulation and the Directive. And on 14 April 2016 the Regulation and the Directive were adopted by the European Parliament and published in the EU Official Journal on 4 May 2016.⁷¹ While the Regulation will enter into force on 24 May 2016, it shall apply from 25 May 2018. The Directive enters into force on 5 May 2016 and EU Member States have to transpose it into their national law by 6 May 2018.

A detailed analysis of the content of the two instruments would go beyond the purpose of this article. Yet it is noteworthy to highlight that current developments with reference to the Data Protection Package at the EU level could indirectly give impetus to the development of a revised EU data retention framework. Providing for a harmonized protection of data privacy rights on the continent would thus foster mutual trust among Member States which is crucial for any fruitful cooperation in criminal matters and frame further negotiations on common data retention standards within the EU.

§5. CONCLUDING REMARKS

This article argues that an EU instrument that harmonizes data retention regimes and thus indirectly ensures comparable data protection standards within the region would be the most appropriate solution to balance potentially conflicting interest: enhancing security and safeguarding data privacy rights. The best legal instrument for this will probably be a directive because as it better accommodates differences existing between the criminal law systems of Member States. A criminal law legal basis for it would allow the EU legislature to avoid vague terminology and not hinder an effective tackling of

⁶⁹ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data, COM(2012) 10 final, p. 2.

⁷⁰ Council Framework Decision 2008/977/JHA of 27 November 2008 on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters, [2008] OJ L 350/60, Article 1(1).

⁷¹ Regulation 2016/679/EU of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), [2016] OJ L 119/1; Directive 2016/680/EU of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, [2016] OJ L 119/89.

serious cross-border criminal activity and an equal and consistent safeguarding of data privacy rights throughout the continent.

A number of factors can be seen as the 'outer limits' of the content of the new instrument to ensure its compliance with data privacy rights.

Firstly, a new data retention instrument should increase the level of clarity with respect to the key concepts of the new instrument, such as the crimes for which data retention may be pursued and the authorities which are allowed to access retained personal data.

Secondly, given the interplay between national regimes (and legal traditions) and the EU data retention framework, a new data retention framework should consider national traditions and attempt to find a minimum common denominator that, while able to meet the security concerns that inspire the need for the instrument itself, is respectful of the national differences in the safeguard of data privacy rights.

Thirdly, from the CJEU's stringent requirements elaborated in *Digital Rights Ireland* it emerges, first and foremost, that bulk data retention (indiscriminate retention of personal data of unsuspecting individuals), which has a disproportionate impact on data privacy rights, is an option to be excluded in a future data retention instrument. The *Schrems* case restates the requirements already in place: a new data retention instrument should provide for sufficient safeguards to limit the storage of personal data of targeted unsuspecting individuals; access to retained data by public authorities should be based on objective criteria and restrictions should restrict any further use of data, content of electronic communications being accessed only in limited cases; individuals should have the possibility to pursue legal remedies to access to personal data relating to him or her, or to obtain the correction or erasure of such data.

Fourthly, current developments with reference to the Data Protection Package at the EU level could indirectly give impetus to the development of a revised EU data retention framework. Providing for harmonized protection of data privacy rights on the continent would in fact foster mutual trust among Member States, which is crucial for any fruitful cooperation in criminal matters, and thus frame further negotiations on common data retention standards within the EU.

And where does the EU policy maker's action stand? Several EU governments have urged the EU to present a legislative initiative for a new Data Retention Directive. Commissioner Avramopoulos was said to consider launching consultations to determine whether a new law on data retention that respects privacy rights could be prepared over the coming year.⁷² But, it has now been announced that there will be no legislative initiative on this matter.⁷³ In the European Agenda on Security, the Commission reaffirms the value of communication data for the purpose of an effective prevention

⁷² F. Guarascio, 'EU executive mulls introduction of new data retention law', *Reuters* (2015), www.reuters.com/article/us-eu-data-telecommunications-idUSKBN0L31BT20150130.

⁷³ F. Guarascio, 'EU executive plans no new data retention law', *Reuters* (2015), www.reuters.com/article/us-eu-data-telecommunications-idUSKBN0M82CO20150312.

and prosecution of terrorism and organized crime. There is no mention of a possible legislative initiative and the Commission simply commits itself to continue monitoring legislative developments at national level⁷⁴ and the situation is on hold.

Notwithstanding the CJEU judgment in *Digital Rights Ireland*, there is a risk that the current situation provides for a catalyst to the adoption of national measures, which would not be compatible with the CJEU's findings in terms of necessary compliance with data privacy rights.⁷⁵

Following the Brussels attacks in March 2016 Member States once again consider more data gathering, retention and sharing to be one of the main solutions and called inter alia for a swift adoption of an EU Passenger Name Record (PNR) Directive.⁷⁶ While it remains contentious that more data retention would be a solution per se^{77, 78} Member States remain under the current legal framework to set their own data retention rules, thereby possibly hindering effective cooperation in the fight against serious crimes with a cross-border dimension.

⁷⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The European Agenda on Security, COM(2015) 185 final.

⁷⁵ See D. Bigo et al., 'The EU Counter-Terrorism Policy Responses to the Attacks in Paris: Towards an EU Security and Liberty Agenda', 81 *CEPS LSE Paper* (2015), <https://www.ceps.eu/system/files/LSE81Counterterrorism.pdf>.

⁷⁶ See European Council, Joint statement of the EU Heads of State or Government and the leaders of the EU institutions on the terrorist attacks in Brussels, 22 March 2016, 153/16.

⁷⁷ One of the driving forces behind the implementation of new measures is the need to assuage public anxiety and, thus reinforce the state's authority. Governments do not always seem interested in finding out whether there has actually been an increase in the incidence of serious offences because, in public discourse, the focus is often on the fear of crime as opposed to actual crime or objective risks. See F. Galli, *The Law on terrorism: the UK, France and Italy compared* (Bruylant, 2015), p. 19–21.

⁷⁸ There are few economic and human resources to allow an effective selection of bulk data to be retained so that this would not necessarily be efficient for the purpose of enhancing security. It would probably have a 'placebo effect' instead and reassure public opinion that resolute action has been taken. See D. Bigo et al., 'The EU and the 2016 Terrorist Attacks in Brussels: Better instead of more information sharing', *CEPS* (2016), <https://www.ceps.eu/publications/eu-and-2016-brussels-terrorist-attacks-better-instead-more-information-sharing>.

Data retention in Europe—the *Tele 2* case and beyond

Anja Møller Pedersen*, Henrik Udsen*, and Søren Sandfeld Jakobsen**

Key Points

- Provides an introduction to data retention case law from the CJEU.
- Analyses the *Tele2* judgment (joined cases C-203/15 and C-698/15, *Tele2 Sverige AB and Watson*).
- Evaluates the impact of the judgment on national data retention regimes.
- Considers whether the judgment may have an impact on data protection law beyond data retention regulation.

Introduction

In 1999, the United Nations General Assembly adopted the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism.¹ Yet in the aftermath of 9/11, a need emerged for further legal means to detect, investigate, and prosecute criminal acts relating to terrorism. Prevention of further attacks was deemed paramount. This led to the adoption of the Security Council Resolution 1373 (2001) in September 2001,² and the Council Framework Decision on combating terrorism in June 2002.³ The Council Conclusions of December 2002 proposed various means for countering terrorism

and other serious crime, but particularly mentioned the retention of communications data.⁴ In the wake of these international initiatives, European Union (EU) Member States adopted antiterrorism legislation, including national provisions on data retention.⁵

In the year 2004 saw the Madrid train bombings, while 2005 brought the bombings in London. This made the threat of terrorism within EU borders imminent, and it ushered in diverse legal means for countering this danger, including common EU legislation on data retention.⁶ National data retention schemes did already exist, but they varied considerably across Member States, creating obstacles for the cross border, internal market in terms of delivering electronic communications services.⁷

Seeking to harmonize existing national provisions, and moving to ensure that communications data were available for the investigation, detection, and prosecution of serious crime, the European Parliament and the Council adopted Directive 2006/24/EC on data retention (the Data Retention Directive).⁸ This required that Member States adopt provisions to ensure the retention of traffic and location data (as opposed to content data) within national legal orders.⁹ However, several Member States were opposed to the implementation, declaring the Data Retention Directive, or parts of it, unconstitutional.¹⁰ This led to the referral of both an Austrian and an Irish case to the Court of Justice of the European Union (CJEU), culminating in the invalidation of the

* Anja Møller Pedersen and Henrik Udsen, Faculty of Law, Copenhagen University, Copenhagen, Denmark

** Søren Sandfeld Jakobsen, Department of Law, Aalborg University, Aalborg, Denmark

1 United Nations, International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism [1999] 54/109.

2 United Nations, Resolution 1373 [2001] S/RES/1373.

3 Council Framework Decision of 13 June 2002 on combating terrorism, OJ 2002 L 164.

4 Council of the European Union, 2477th Council Meeting—Justice and Home Affairs Council—Brussels, 19 December 2002, C/02/404.

5 See, for instance, the Danish anti-terrorism amendments (Terrorpakke 1) of June 2002. Information available in Danish at: <www.justitsministeriet.dk/arbejdsomraader/politi-og-straft/terrorbekaempelse> accessed 29 October 2017.

6 Declaration on Combatting Terrorism [2004] and Council Declaration on the EU Response to the London Bombings [2005] C/05/187.

7 Council Directive 2006/24/EC of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provisions of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC [2006] OJ L 105/54, Recitals 5 and 6.

8 Ibid.

9 Ibid Art 3, cf Art 5.

10 Monica Ermert, 'EU Data Retention Directive Finally before European Court of Justice' (2013) Internet Policy Review, Journal on Internet Regulation <<https://policyreview.info/articles/news/eu-data-retention-directive-finally-european-court-justice/162>> accessed 3 February 2017.

Data Retention Directive in *Digital Rights Ireland*.¹¹ The Court acknowledged that legal problems extended beyond those pertaining to retention of content data, stating that the retention of traffic and location data (metadata) also constituted a ‘particularly serious’ interference with the rights to privacy and data protection afforded in Articles 7 and 8 of the EU Charter of Fundamental Rights (the Charter).¹² However, as the CJEU did not restrict its argumentation to the matter of mere retention, but continued to elaborate on the importance of safeguards surrounding subsequent access to the retained data, uncertainty persisted as to whether the invalidation of the Data Retention Directive was caused by mere retention, or solely by insufficient safeguards surrounding access to the retained data.

Likewise, uncertainty lingered as to what the consequences of this judgment would be for national data retention schemes. While some Member States amended or repealed national data retention provisions, others remained passive.¹³ As a result, actions were filed before national courts and two were referred to Luxembourg, known subsequently as *Tele2 Sverige AB and Watson* (hereinafter referred to as *Tele2*). In the Swedish case, the referring court asked the Court to assess, specifically, the implications attached to the mere retention of data (unconflated with the matter of access to retained data). While emphasizing the serious nature of the interference with fundamental rights caused by mere retention, the Advocate General’s opinion of 19 July 2016 held the door open for national data retention schemes if accompanied by sufficient safeguards surrounding access to the retained data.¹⁴ Yet on 21 December 2016, the Court delivered a ruling questioning not only the existing data retention schemes, but also whether data retention could still be used as a means for detecting, investigating, and prosecuting serious crime.¹⁵

The present article undertakes an analysis of the Court’s ruling of 21 December 2016, assessing its impact on current and future provisions on data retention. First, the article will set out the direct scope of application of the ruling, focusing on Directive 2002/58/EC. Secondly, it will determine whether data retention (namely, general and undifferentiated collection of

communications data) may still be used as a means for detecting, investigating, and prosecuting serious crime. The article’s third main concern is to scrutinize the criteria that such retention provisions must meet if they are to comply with Articles 7, 8, and 52 of the Charter. Finally, the article will assess the broader consequences of the ruling outside its direct scope of application (ie the implications for other service providers and data).

Scope of application of *Tele2 Sverige AB and Watson*

Directive 2002/58/EC and EU Charter of Fundamental Rights Articles 7 and 8

The *Tele2* ruling concerns data retention rules in Sweden and the UK: namely, whether obligations imposed by these jurisdictions comply with EU law following the invalidation of the Data Retention Directive. As such, the ruling is one measure of the room to manoeuvre retained by national data retention rules within the framework of EU law. The abiding questions posed are: which rules apply, and to whom? After the invalidation of the Data Retention Directive there are no longer data retention rules at the EU level. However, because the national data retention rules in question—Swedish and UK—concern the processing of communications data by providers of telecommunication services,¹⁶ what applies here is Directive 2002/58/EC on Privacy and Electronic Communication (the e-Privacy Directive),¹⁷ which is part of the EU legal framework on telecommunications. Since communications data is personal data (revealing who has been communicating with whom, when and where etc), the e-Privacy Directive translates the principles set out in Directive 1995/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (the Data Protection Directive)¹⁸ into specific rules for the telecommunications sector.¹⁹ In both Swedish and UK legislation the e-Privacy Directive is partly implemented, within an area harmonized in general by Directive 95/46/EC, which also means that the Charter applies here (notably Articles 7 and 8 regarding privacy and protection of personal data, and,

11 Joined cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland* [2014] ECR I-238.

12 Ibid, para 37.

13 European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental Rights Report 2016* [2016] 124 *et seq.*

14 Opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe delivered on 19 July 2016 in Joined cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige AB and Watson* [2016].

15 Joined cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige AB and Watson* [2016] OJ C 221.

16 Ibid, paras 17 and 29 of the ruling.

17 Directive 2002/58/EC of the European Parliament and the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) [2002] OJ L 201/37 (e-Privacy Directive).

18 Directive 1995/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data [1995] OJ L 281/31 (Data Protection Directive).

19 Recital 4 to the e-Privacy Directive (n 17).

more indirectly, Article 11 regarding freedom of speech, of Article 51 of the Charter).²⁰

Providers of electronic communications services

It follows that the scope of the ruling is primarily delimited to the special category of service providers and communications data covered by the e-Privacy Directive. This directive applies to providers of ‘publicly available electronic communications services’, which is defined not in the e-Privacy Directive itself, but in the main telecommunications directive, the so-called Framework Directive,²¹ which is referred to in Article 2 of the e-Privacy Directive. According to Article 2(c) of the Framework Directive, an electronic communications service consists—wholly or mainly—in electronic conveyance (transmission or transportation) of communication through a publicly available network (eg by transporting phone calls, e-mails, and internet traffic between communicating parties). Services providing content (eg web services, mobile apps or broadcasting services) are not covered, but are instead most likely ‘information society services’ covered by the e-Commerce Directive (2000/31/EC),²² or ‘Audiovisual Media Services’ covered by the Audiovisual Media Service Directive (2007/65/EC), now consolidated Directive 2010/13/EU.²³

Hence, the e-Privacy Directive applies to telecommunication operators (such as those regulated by the Swedish and UK legislation which pertains in *Tele2*).²⁴ This encompasses the telecom operators who transmit electronic communication between communicating parties and who are able to store and process data regarding this communication. Most pertinent here is traffic and location data revealing who is communicating with whom, the means of communication used, along with information about when and where the exchange occurs: in other words, the data that constitutes the foundation of data retention regimes.²⁵ So far, it is only the telecom operators who have been subject

to general and systematic data retention obligations (whether in the now invalidated Data Retention Directive or in the Swedish and the UK regulations covered by the *Tele2* ruling).

Traffic and location data

Communications data are protected by the fundamental right to confidentiality of communications, which is guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and also covered by Article 7 of the Charter, cf Article 52(3).²⁶ Article 5(1) of the e-Privacy Directive restates this fundamental right and it prohibits as a main rule any listening, tapping, storage, other kinds of interception, or surveillance of communications and the related traffic data. It appears, then, that the right to confidentiality applies not only to the relevant communicative content, but also to the related traffic data. The notion of ‘traffic data’ is defined as any data processed for the purposes of the conveyance of a communication on an electronic communications network or for the billing thereof, cf Article 2(b). ‘Traffic data’ includes, inter alia, data regarding the identity of the sender and recipient of the communication, the location of the parties’ terminal equipment, the time and duration of the communication, the applied network and communication equipment, and the format of the communication.²⁷ Under the Swedish and UK legislation scrutinized in the *Tele2* CJEU ruling, and in line with the invalidated Data Retention Directive, it is storage of traffic data which is at issue—traffic data covered by Article 2(b) of the e-Privacy Directive.²⁸ As such, the ruling does not – at least not directly—cover communications data other than traffic data (including location data) comprised and defined by the e-Privacy Directive.

The e-Privacy Directive covers both the retention of data and access to that data

The right to confidentiality is not absolute. Neither the ECHR nor the e-Privacy Directive extend the matter

20 See also *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15), paras 82 and 92 of the ruling.

21 Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications network and services [2002] OJ L 108/33 (Framework Directive).

22 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’) [2000] OJ L 178/1 (e-Commerce Directive).

23 Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) [2010] OJ L 95/1. See Recital 5 of the Framework Directive

(n 21). See in more detail Sandfeld Jakobsen, ‘EU Internet Law and the Era of Convergence: The Interplay with EU Telecoms and Media Law’ in Savin and Trzaskowski (eds), *Research Handbook on EU Internet Law* (Edward Elgar Publishing, UK 2014).

24 e-Privacy Directive (n 17) Recitals 17 and 29.

25 See also the invalidated Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC [2006] OJ L 105 (Invalidated Data Retention Directive), Art 5.

26 The e-Privacy Directive (n 17) Recitals 2 and 3.

27 Ibid, Recital 15.

28 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 97.

this far. Traffic data may be processed by the telecom providers themselves for the purposes of transmitting a communication or for subscriber billing and interconnection payment, cf Article 6(1) and (2) of the e-Privacy Directive. Additionally, and more importantly in the present context, according to Article 15(1), Member States can restrict rights granted under the e-Privacy Directive when such restrictions constitute a necessary, appropriate, and proportionate measure within a democratic society to safeguard national security (ie State security), defence, public security, or to prevent, investigate, detect, and prosecute criminal offences or unauthorized use of the electronic communication system, as referred to in Article 13(1) of the Data Protection Directive. Article 15(1) explicitly states that to achieve the legitimate ends laid down in the provision (safeguard security, prevent crime etc), Member States may adopt legislative measures providing for the retention of data, though only for a limited period. Ultimately, it is the interpretation of Article 15(1)—informed by the Charter, and pertaining to the Swedish and UK data retention legislation – which forms the pivotal point of the CJEU’s decision in *Tele2*.

In this context it should be noted that it was argued before the CJEU that national legislation on data retention and access to that data by the national authorities for the purpose of combating crime either falls entirely outside the scope of the e-Privacy Directive, or that the directive only applies to national legislation regarding the mere retention of data, not rules relating to national authorities’ access to that data.²⁹ The reason for both arguments is that Article 1(3) of the e-Privacy Directive excludes from its scope activities of the State in respect to realms such as criminal law. The CJEU, however, correctly rejected these arguments. The purpose of the e-Privacy Directive is to regulate the right to privacy and confidentiality in the electronic communications sector, as well as the activities of providers of electronic communications services. Data retention regimes that impose the retention of users’ traffic and location data upon providers of electronic communications services affect both the privacy of said users and the activities of the providers and thus cannot fall entirely outside of the scope of the directive. Further, as the Court also

reasoned, if any Article 1(3)-related State activity within the realm of criminal law automatically falls outside the scope of the directive, then Article 15(1), with its grounds (including combatting crime) for exceptions to some of the basic rules of the directive, would be deprived of any purpose.³⁰ The essential issue is not whether the national regulation pursues a criminal law purpose, but whether it concerns electronic communications service providers’ protection of their users’ privacy and communications confidentiality. If so, the e-Privacy Directive applies. This being the case, the e-Privacy Directive applies to both the retention of and subsequent access to the retained data. Accordingly, the directive applies not only to the retention itself, but also to the access to the retained data by the competent authorities when such access is granted by the provider eg in accordance with a court order or similar legal process in accordance with national law.³¹

In sum, the ruling in *Tele2* applies to national data retention regulations governing providers of telecommunications services covered by the e-Privacy Directive (read in light of the Charter). It applies to such providers’ retention of traffic and location data (as defined by the e-Privacy Directive) as well as national authorities’ access to said data retained by the provider. This raises the issue of the scope of the ruling with regard to possible data retention measures directed not merely at telecom providers but also at content providers who, as noted above, presently fall outside the scope of the e-Privacy Directive. This issue will be considered in ‘Consequences for other types of data?’ section of this article.

General collection of communications data post-*Tele2*

Introduction

In *Tele2*, the CJEU was once again asked its opinion on the legality of a general data retention scheme. While the judgment in *Digital Rights Ireland* concerned the EU data retention scheme established by the Data Retention Directive and its direct compliance with the Charter, *Tele2* concerned national data retention schemes under the e-Privacy Directive, and thus an interpretation of

²⁹ Ibid, para 65 *et seq.*

³⁰ Ibid, para 73 *et seq.*

³¹ The Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications) [2017] COM/2017/010 final—2017/03 (COD), a proposal for a regulation which updates (and repeals) the e-Privacy Directive equally operates with a general exception regarding State activities in the area of criminal law which

are entirely outside the scope of the directive (cf Art 2(2)(c)), and a more specific exception provision concerning legitimate restrictions (eg with regard to combating crime) to the right to confidentiality of electronic communications data, cf Art 11 (which refers to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L 119 (the new Data Protection Regulation)).

that directive read in light of the Charter. *Tele2* raised the question of whether the mere retention of traffic and location data, as seen in the legislation concerned in the Swedish case,³² complied with Article 15(1) of the e-Privacy Directive read in light of Articles 7, 8, 11, and 51 of the Charter, irrespective of the existence of sufficient safeguards surrounding access to the retained data. Consequently, having established that the e-Privacy Directive governs such national data retention schemes, the Court set out to define the room to manoeuvre retained by such national rules under Article 15 of the e-Privacy Directive.

Seeking to ensure confidentiality in electronic communications, Article 5(1) of the e-Privacy Directive prohibits, ‘as a general rule’, anyone other than the user from storing of traffic data relating to electronic communications without the user’s consent. Aside from the technical storage necessary for the conveyance of a communication and for billing purposes,³³ Article 15(1) thus provides for the only exceptions to that rule and, according to settled case law, must, therefore, be interpreted strictly.³⁴ It also follows directly from Article 15(1)(3) that such exceptions shall be in accordance with the general principles of EU law and fundamental rights now guaranteed by the Charter.³⁵ As already mentioned, the latter involves in particular Articles 7 and 8, but also Article 11 on freedom of expression, as extensive data retention may affect the use of electronic communications and thus the service users’ freedom of expression.³⁶ Furthermore, pursuant to Article 52(1) of the Charter, any limitation to the rights enshrined in the EU Charter must be provided for by-law and respect the essence of those rights. Subject to the principle of proportionality, limitations are allowed only if they are necessary and if they genuinely meet objectives of general interest recognized by the EU or the need to protect the rights and freedom of others. With respect to ‘necessity’, it is stipulated that the measure is ‘necessary, appropriate and proportionate’ or—as expressed by the Advocate General—that no other measures exist that would be equally appropriate and less restrictive.³⁷

Hence, as introduced above, under Article 15(1) of the e-Privacy Directive, Member States may adopt measures that derogate from the general principle of confidentiality to the extent that they are ‘necessary, appropriate and proportionate’ in a democratic society, or, in other words, ‘strictly’ proportionate.³⁸ It follows from Article 15(1)(2), specifically relating to data retention, that data should be retained ‘for a limited period’ only, and should be justified by reference to one of the objectives listed in Article 15(1)(1). Also, more generally, with respect to the protection of the fundamental right to respect for private life, limitations apply only in so far as ‘strictly necessary’.³⁹ In sum, pursuant to Article 15(1) of the e-Privacy Directive, Member States may adopt national data retention provisions only in so far as they are strictly necessary and proportionate.

Did the Court find that national legislation such as that examined in *Tele2* is situated to meet these criteria? The CJEU recalled that such national legislation provides for a general and indiscriminate retention of all data of all subscribers and registered users relating to all means of electronic communications. Furthermore, it imposes on providers of electronic communications services an obligation to retain such data systematically and continuously, with no exception. The categories of data covered by such legislation thus correspond, in essence, to data retained under the Data Retention Directive. Such data makes it possible ‘in particular, to identify the person with whom a subscriber or registered user has communicated and by what means, and to identify the time of the communication as well as the place from which that communication took place. Furthermore that data makes it possible to know how often the subscriber or registered user communicated with certain persons in a given period.’⁴⁰ As already acknowledged in *Digital Rights Ireland*, ‘that data, taken as a whole, is liable to allow very precise conclusions to be drawn concerning private lives of the persons whose data has been retained’.⁴¹ With reference to the Advocate General, the Court recalled that such data thus provide for the means of establishing a profile of

32 This analysis relates solely to the questions referred to the Court by the referring Swedish court, as it asked specifically about the EU law compliance of the mere retention obligation, irrespective of the rules governing access to the retained data. See, in particular, *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15), paras 51 and 59.

33 See also C-275/06, *Promusicae* [2008] ECR I-271, paras 47 *et seq.*

34 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 89. Reference is also made, by analogy, to C-119/12, *Probst* [2012] para 23.

35 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 91. See also by analogy, Joined cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01 *Österreichischer Rundfunk and Others* [2003] ECR I-4989, para 68 and Case C-131/12, *Google Spain vs AEPD* [2014] para 68.

36 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 92, cf para 99.

37 Opinion of Advocate General Øe (n 14) para 185.

38 e-Privacy Directive (n 17) Recital 11.

39 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 96. Hereby, the CJEU refers to, among other cases, C-73/07, *Satamedia Oy* [2008] ECR I-9831. It is remarkable that this reference relates to yet another derogation from a general rule, more precisely that of freedom of expression under the Data Protection Directive (n 18). However, in the present judgment, the CJEU seems to extend it to limitations to the right to respect for private life as such.

40 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 98.

41 *Ibid.*, para 99, cf by analogy, *Digital Rights Ireland* (n 11) para 27.

the individuals concerned, information that is no less sensitive regarding the right to privacy, than the actual content of communications.⁴² In *Digital Rights Ireland*, reaching the conclusion that the inference with the rights in Article 7 and 8 of the Charter caused by the Data Retention Directive did not adversely affect the ‘essence’ of the rights, the Court relied on the distinction between content data on the one hand, and traffic and location data on the other.⁴³ Yet the above statement questions the extent of that distinction and may have the potential to influence areas outside retention of communications data.

From there, the CJEU essentially followed, by analogy, its judgment in *Digital Rights Ireland*. Accordingly, it recalled that the interference with the rights safeguarded by Articles 7 and 8 of the Charter caused by such legislation is very far-reaching and must be considered particularly serious. Moreover, the fact that data is retained without informing the subscriber or registered user of the means of communication is likely to cause those persons to feel that their private lives are the subject of constant surveillance.⁴⁴ Even if the legislation only permits retention of traffic and location data, not content data, and does not adversely affect the ‘essence’ of the rights, it could have an effect on prospective use of electronic communications and on the users’ exercise of their freedom of expression under Article 11 of the Charter.⁴⁵ Given the seriousness of the interference, only the objective of fighting serious crime is capable of justifying it. However, even the most fundamental objective of general interest cannot, in itself, justify a national law that provides for the general and indiscriminate retention of all traffic and location data as being deemed ‘necessary’ for the purpose of fighting such crime.⁴⁶

The assessment of the necessity of the retention obligation follows two main arguments.

First, as opposed to *Digital Rights Ireland*, in which the Data Retention Directive was assessed in light of the Charter directly, the national provisions concerned in *Tele2* are assessed pursuant to Article 15(1) of the e-Privacy Directive read in light of the Charter. Thus, while the system put in place by the directive requires

data retention to be the exception, under the Swedish rules concerned it had become the rule.⁴⁷

Secondly, the national rules cover, in a generalized manner, all subscribers and registered users and all means of electronic communication as well as all traffic data, providing for no differentiation, limitation or exception according to the objective pursued. It even applies to persons for whom there is no evidence capable of suggesting that their conduct might have a link, even an indirect or remote one, with serious crime. Such rules do not require there to be any relationship between the data retained and a threat to public security. In particular, they are not restricted to retention of (i) data pertaining to a particular period of time and/or geographical area and/or a group of persons likely to be involved, in one way or another, in a serious crime, or (ii) persons who could, for other reasons, contribute, through their data being retained, to fighting crime.⁴⁸ Consequently, such rules exceed the limits of what is strictly necessary in a democratic society, as required by Article 15(1), read in light of Articles 7, 8, 11 and 52(1) of the EU Charter.⁴⁹

As noted, those criteria were already established by the CJEU in *Digital Rights Ireland*. However, following that judgment, it remained unclear whether a general data retention scheme as a matter of principle exceeds the legitimate limits of the Charter, or whether it depends on the safeguards surrounding access to the retained data. The latter interpretation is supported by the fact that the CJEU in *Digital Rights Ireland* continued to assess the scheme surrounding access to the retained data.⁵⁰ In *Tele2*, even though the Advocate General strengthened the assessment of the fundamental rights implications of such general data retention rules, he did hold the door ajar for these rules provided that they follow the criteria established by the CJEU in *Digital Rights Ireland*.⁵¹

Nonetheless, *Tele2* saw the CJEU reach the opposite broader conclusion. Few would have foreseen this as a probable consequence of *Digital Rights Ireland* and it will force a number of Member States to amend their national rules on data retention.

42 Ibid, para 99, also referring to Opinion of Advocate General Øe (n 14) para 253 *et seq.*

43 *Digital Rights Ireland* (n 11) para 39.

44 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 100, cf by analogy, *Digital Rights Ireland* (n 11), para 37.

45 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 101, cf by analogy, *Digital Rights Ireland* (n 11) paras 39 and 28.

46 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 102 *et seq.*, cf by analogy *Digital Rights Ireland* (n 11) paras 60 and 54.

47 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 104.

48 Ibid, para 105 *et seq.* Likewise, referring to *Digital Rights Ireland* (n 11) para 57 *et seq.*

49 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 106.

50 *Digital Rights Ireland* (n 11) para 60 *et seq.*

51 Opinion of Advocate General Øe (n 14).

Criteria for imposing national data retention regulation

It is important to note that the ruling in *Tele2* does not preclude Member States from imposing national data retention legislation as a matter of principle. The Court explicitly states that preventive national data retention regimes can be adopted ‘... for the purpose of fighting serious crime, provided that the retention of data is limited, with respect to the categories of data to be retained, the means of communication affected, the persons concerned and the retention period adopted, to what is strictly necessary.’⁵² Within this overall principle of proportionality, the Court elaborates, lie both formal requirements to the character of the regulation as such, and more substantial conditions in the regulation, ie how retention is ‘targeted’. These formal and substantial requirements concern the retention itself, the authorities’ subsequent access to the retained data, or both.

Formal requirements

With regard to the formal requirements, the ruling stipulates that national data retention legislation must lay down clear and precise rules governing the scope and application of such data retention measures and impose minimum safeguards, providing persons whose data have been retained with sufficient guarantees for the effective protection of their personal data against the risk of misuse. That legislation must, in particular, indicate in what circumstances and under which conditions provisions on data retention may, as a preventive measure, be adopted, thereby ensuring that such a measure is limited to what is strictly necessary, ie is proportionate.⁵³ The Court, referring back to its ruling in *Digital Rights Ireland*,⁵⁴ leans here on case law under Article 8 of the ECHR, wherein the European Court of Human Rights has stated repeatedly that in order to enact exemption from the right to privacy, the exemption must not only be prescribed by law, but that law must also be clear and precise and contain sufficient safeguards to effectively protect against the risk of abuse and against any unlawful access and use of the relevant data. Thus, a clear legal basis must apply, based on objective criteria, and sufficient minimum safety guarantees, both with regard to the data retention itself and the authorities’ subsequent access to the retained data. With regard to the latter, the CJEU, in line with its

previous statements in *Digital Rights Ireland*,⁵⁵ highlights that national provisions on data retention must lay down clear and precise rules indicating in what circumstances and under which conditions the providers of electronic communications services must grant the competent national authorities access to the data.⁵⁶ The Court makes clear that Member States cannot circumvent this requirement simply by requiring that access should be for one of the objectives referred to in Article 15(1) of the e-Privacy Directive, even if that objective is to fight serious crime. In order to ensure that the measure in question is, in fact, necessary and proportionate, the national legislation must also lay down the substantive and procedural conditions governing the access of the competent national authorities to the retained data.

Substantial requirements

Possibility of creating a link between the persons affected and serious criminal offences

Besides these formal conditions—that the national law is clear, precise, and contains minimum safeguards—it must also comply with certain substantial conditions. Recognizing that those conditions may vary according to the nature of the measures taken for the purposes of prevention, investigation, detection and prosecution of serious crime, the Court makes it clear that retention of data must continue nonetheless to meet objective criteria that establish a connection between the data to be retained and the objective pursued. Such conditions must circumscribe, in practice, the extent of that measure and, thus, the persons affected. More precisely, the Court notes that the national legislation must be based on objective evidence, which makes it possible to identify persons whose data is likely to reveal a link, at least an indirect one, with serious criminal offences, and to contribute in one way or another to fight serious crime or to prevent a serious risk to public security.⁵⁷ Thus, as mentioned above, the Court makes it very clear, as stated in paragraph 97 of the ruling, that national legislation that provides for a general, systematic, continuous, and indiscriminate retention of all traffic and location data of all subscribers and registered users relating to all means of electronic communication does not conform to EU law and thus cannot be upheld or adopted. The national data retention legislation must render it possible to create a link between the persons

52 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 108.

53 *Ibid*, para 109.

54 *Ibid*, para 54 with reference to the following rulings from the ECtHR, *Liberty and Others v the United Kingdom* (2008) ECHR 568; *Rotaru v Romania* (2000) ECHR 192, and *S and Marper v the United Kingdom* (2008) ECHR 1581.

55 *Digital Rights Ireland* (n 11) paras 54 *et seq*.

56 *Ibid*, paras 117–18.

57 *Ibid*, para 111.

whose data are retained and the prevention of or fight against serious crime.

Use of a geographical criterion?

However, this does not mean that the persons whose data are retained can never be identified based on a geographical criterion alone (and thus cover all persons within that geographical area). According to the Court, the required limits (with regard to the public affected by the data retention measure) may be set by using a geographical criterion where the competent national authorities consider, on the basis of objective evidence, that there exists, in one or more geographical areas, a high risk of preparation for or commission of such offences. This probably means that a geographically based data retention—covering all persons within that specific area—cannot be automatic and continuous, but requires (i) that a competent authority has issued a retention order in accordance with general legislation, (ii) that the order is based on objective evidence corresponding with objective criteria laid down in the national legislation, (iii) that the evidence indicates not only a risk, but a high—and thus probably also relatively specific—risk of serious criminal offences being prepared or executed. This also, by implication, means that when the risk is no longer high, the data retention must cease. All of this must all be reflected in the national regulation: only subject to these conditions may the data retention be based (solely) on a geographical criterion (cf above regarding the formal requirement that the national regulation is clear, precise, and must contain sufficient safety guarantees).

Yet a certain paradox ought to be noted in the Court's conditions regarding the geographical criterion. Given that serious crime in practice⁵⁸ covers a rather wide spectrum including homicide, attempted homicide, organized narcotics trade, human trafficking, serious violent assault etc, most—if not all—areas of major population concentrations in the EU will be the scene of the planning or execution of such crime on a daily basis. In practice, then, one could argue—while remaining strictly within the reasoning of the Court—that most major cities in the EU will at any given time warrant geographically based data retention.

It is also noteworthy that the ruling indicates that the criteria which must be applied for restricting the data retention to what is proportionate may differ depending on the situation. The Court expressly refers to

restrictions due to (i) data pertaining to a particular time-period and/or geographical area and/or a group of persons likely to be involved, in one way or another, in a serious crime.⁵⁹ Hence, it seems that the Court leaves some latitude for national data retention regimes to stipulate that under certain conditions some of the three listed criteria need not be applied. If, for example, a Member State encounters a specific situation with a high risk of terror-related crime being conducted, that Member State's data retention regime can prescribe retention of data only restricted by a time criterion (provided the terror risk is imminent), but not subject to restriction in terms of the geographical area or the group of persons likely to be involved.

Other persons than the individuals suspected?

It is constructive to question the requirement set forth by the Court that under the national regulation there must be an (in)direct link between the persons whose data are being retained and the prevention of or fight against serious crime. Namely—in terms of access to the retained data—is it only the data of individuals suspected of planning, committing, or having committed a serious crime, or of being implicated in one way or another in such a crime, to which the authorities can gain access? The Court establishes that this is indeed the general rule.⁶⁰ However, as an exception hereto, the Court affirms that 'in particular situations, where for example vital national security, defence or public security interests are threatened by terrorist activities, access to the data of other persons might also be granted where there is objective evidence from which it can be deduced that that data might, in a specific case, make an effective contribution to combating such activities'. Hence, it is possible for national data retention regimes to allow for the retention of data and access to retained data on persons who are not linked to serious crime, but only in relation to a specific case and only in particular situations where 'vital interests' are threatened by forces such as terrorist activities. Again, a systematic and continuous retention of the wider population's communications data without limitations is not permissible.

Duration

It follows that national data retention legislation may no longer be based on a retention, which takes place automatically and continuously, but must instead be targeted and based on a specific order in compliance

58 See also the 'positive list' in Art 2 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European Arrest warrant and the surrender procedures between Member States [2002] PB L 190 2002/548/JHA (European Arrest Warrant).

59 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 106.

60 *Ibid*, para 119.

with the rules and safeguards laid down in the legislation. When the risk of a serious criminal offence is no longer present, the data retention must cease. A question persists, however, how long may the national legislation subsequently require that data remains stored, allowing the competent authorities to gain access to data in accordance with the conditions set forth in national law? The ruling from the CJEU does not stipulate a specific time-period (unlike the now invalidated Data Retention Directive).⁶¹ The ruling states only that the retention period should comply with the principle of proportionality (ie be based on objective criteria and limited to what is strictly necessary).⁶² Hence, it is up to the Member States to determine the retention period within these limits. Importantly, the ruling also specifies that national legislation must make provision for the data to be retained within the EU and for the irreversible destruction of the data at the end of the data retention period.⁶³ This requirement to store data within the EU is discussed further in ‘Consequences for other types of data?’ section below.

Retention and access only with the object of fighting serious crime

The Court has reiterated many times that data retention may only be imposed for the purpose of fighting ‘serious crime’.⁶⁴ Concerning the mere retention of data specifically, the Court notes that since national data retention legislation represents such a serious interference with fundamental rights, only the objective of fighting serious crime is capable of justifying such a measure.⁶⁵ With regard to access to the retained data, the Court also emphasizes that, since the objective pursued by the national legislation must be proportionate to the seriousness of the interference with fundamental rights that such access entails, it follows, with regard to fighting criminal offences, that only the objective of fighting serious crime is a worthy justification.⁶⁶

Hence, the Court creates a distinction between serious crime and other kinds of crime; yet without defining, or otherwise making clear, how this distinction shall be made. As examples of ‘serious crime’, the ruling

mentions organized crime, terror,⁶⁷ and serious threats to public security.⁶⁸ These are types of crime which all clearly indicate that only the most severe types of crime can legitimize a national data retention regime. Although other EU instruments (eg the aforementioned European Arrest Warrant) may provide some guidelines regarding the notion of ‘serious crime’, the CJEU makes no reference hereto in the ruling, and thereby, to a large extent, leaves the definition of ‘serious crime’ up to the Member States and national courts. This may create legal uncertainty and national differences across the EU. Notwithstanding the interpretational problems, the requirement regarding serious crime will no doubt represent an unwelcome barrier for several Member States whose current data retention regimes may also allow access to retained data (eg location data) with regard to crimes which cannot be deemed serious to the degree stipulated by the Court.

Access only subject to a prior review

As stated in ‘The e-Privacy Directive covers both the retention of data and access to that data’ section, the Court decided that the e-Privacy Directive covers both the retention of data and access to that data. In order to ensure that the conditions for the authorities’ access to the retained data are respected, the Court, in line with its ruling in *Digital Rights Ireland*,⁶⁹ stresses that, apart from cases of validly established urgency, access should be subject to a prior review carried out either by a court or by an independent administrative body.⁷⁰ Regardless of whether this requirement is seen as a substantial requirement, or rather as a procedural minimum safeguard and thus part of the formal requirements, it underlines the seriousness the Court ascribes to the sensitivity of traffic and location data. Access to such data cannot rely only on an assessment delivered by any given authority, but must be scrutinized by either a court or by an independent administrative body. Moreover, the Court reiterates what it stated in *Digital Rights Ireland*, namely that the decision of that court or administrative body should be made following ‘a reasoned request by those authorities submitted, inter alia,

61 Directive 2006/24/EC (n 7), Art 7 stipulated that the data should be retained for no less than 6 months and no longer than 2 years from the date of the communication.

62 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 108. In *Digital Rights Ireland* (n 11) the Court was critical of the retention period set out by the now invalidated Data Retention Directive—between 6 and 24 months—without stating that the determination of the period of retention must be based on objective criteria in order to ensure that it is limited to what is strictly necessary, cf para 64.

63 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 122.

64 In *Digital Rights Ireland* (n 11), the Court noted that because the systematic retention of the general population’s traffic data entails an

interference with the fundamental rights of practically the entire European population, the criminal offences must be sufficiently serious to justify such interference, cf paras 56 and 60.

65 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 102.

66 *Ibid*, para 115.

67 *Ibid*, para 103.

68 *Ibid*, para 111.

69 *Digital Rights Ireland* (n 11) para 62.

70 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 120.

within the framework of procedures for the prevention, detection or prosecution of crime'.⁷¹ Hence, not only must a request for access be reasoned, ie comply with the substantial conditions for gaining access (clear and precise rules, serious crime, only persons related to that crime, cf above). It must also adhere to normal criminal procedural rules and safety guarantees. This means that in case it is not a court, but an administrative body which carries out the prior review, the procedural rules governing such administrative body must be very similar to the procedural rules before the ordinary courts. An administrative body cannot act as simply a rubber stamp for an authority's submission for access to retained data.

Security

The requirements that competent authorities legitimate and regulate access to retained data is one matter. Quite another matter is the risk of illegitimate, third-party access to the data due to lack of security. Pursuant to Articles 4(1) and 4(1)(a) of the e-Privacy Directive, providers of electronic communications services must take appropriate technical and organizational measures to ensure the effective protection of retained data against risks of misuse and any unlawful access to that data. Hence, the security level must correspond with the risks and consequences of a security breach. As the Court also notes, the quantity and sensitivity of retained data, and the risk of unlawful access to it, require a particularly high level of protection and security with regard to retained data.⁷² In this connection, the Court requires that national legislation should accord in two further ways, both of which followed from *Digital Rights Ireland*:⁷³ namely, that the legislation makes provision for the data to be retained within the EU and that it provides for the irreversible destruction of the data at the end of the retention period. The requirement that the data must be retained within the EU may seem somewhat surprising and is not explained further in the ruling. However, in *Digital Rights Ireland*, to which the Court expressly refers (by analogy), it is explained that if the data is not stored within the EU, it cannot be ensured that the requirements regarding protection and security of the data are controlled by an independent authority as prescribed by Article 8(3) of the Charter.

Are the requirements cumulative?

In *Digital Rights Ireland*, where the Court applied some of the requirements also followed in *Tele2*, it is not entirely clear whether the requirements are meant to be cumulative (as opposed to an assessment as a whole whereby only some of the requirements need to be fulfilled). In the Advocate General's proposal, it is argued that the safety guarantees established in *Digital Rights Ireland* shall be cumulative.⁷⁴ In the present ruling, however, the Court does not explicitly address the issue, but the wording and structure of the ruling leaves little doubt that the requirements—which have now increased to encompass requirements regarding the retention as such—are cumulative. Hence, national data retention legislation must conform to all the requirements.

Conclusion

In sum, the *Tele2* ruling does not preclude Member States from imposing national data retention legislation as general, preventive regimes. However, such rules must conform to both formal and substantial conditions, and these conditions pertain to both the retention as such and the subsequent access to the retained data by the authorities. This means an end to the type of national data retention measures exhibited by Sweden and the UK in *Tele2*—measures that provide for a general, systematic, continuous, and indiscriminate retention of all traffic and location data of all subscribers and registered users relating to all means of electronic communications. The legislation must be, in itself, clear and precise, based on objective criteria, and contain sufficient minimum safeguards, both with regard to the retention of data and the subsequent access to retained data. Moreover, the regulation must contain objective criteria that establish a connection between the data to be retained and the objective pursued. In this connection, the legislation must be based on objective evidence, which makes it possible to identify persons whose data is likely to reveal a link, at least an indirect one, with serious criminal offences. Identification of the relevant persons using a geographical criterion may be applied, but only where the competent national authorities deem, based on objective evidence, that there is an existing high risk of preparation for or commission of such offences in one or more (specific) geographical areas.⁷⁵ Moreover, data retention can only be imposed

71 Ibid, para 120, cf *Digital Rights Ireland* (n 11) para 62.

72 *Tele2 Sverige AB and Watson* (n 15) para 122.

73 *Digital Rights Ireland* (n 11) para 66–68.

74 Opinion of Advocate General Cruz Villalón delivered on 12 December 2013 in C-293/12, *Digital Rights Ireland* [2016] para 221.

75 In order to ensure the legal safety of the persons whose data are retained, the decision from the competent national authority should be public available, unless, of course, the purpose of the data retention in the given situation may be forfeited by the publication.

for the purpose of fighting ‘serious crime’ which remains far from clear as a concept. Specifically, concerning access to the retained data, national legislation must set forth that, apart from cases of validly established urgency, access should be subject to a prior review carried out either by a court or by an independent administrative body. Further, the quantity and the sensitivity of retained data, and the risk of unlawful access to it, require a particularly high level of protection and security with regard to retained data. Finally, the national legislation must make provision for the data to be retained within the EU.

Consequences for other types of data?

Tele2 is a case about the interpretation of Article 15 of the e-Privacy Directive. The judgment focuses on data retention activities covered by Article 15 and does not deal directly with activities beyond this. In other words, the judgment does not provide interpretations of the Data Protection Directive. For several reasons, the judgment may nonetheless have an impact on other areas of data protection law. Not least, this is because the Court draws heavily on the Charter in reaching its conclusions. Both the Data Protection Directive and the e-Privacy Directive must be interpreted in light of the Charter. Furthermore, the Court’s basic line of thought and the requirements stipulated in its judgment seem to indicate that a database containing personal data about a (potentially) huge sector of a population with content that enables possible detailed profiling of the data subjects, must be subject to extraordinarily strict data protection measures and requirements. Regarding the content of the retained data, the Court states the following (paragraph 99):

That data, taken as a whole, is liable to allow very precise conclusions to be drawn concerning the private lives of the persons whose data has been retained, such as everyday habits, permanent or temporary places of residence, daily or other movements, the activities carried out, the social relationships of those persons and the social environments frequented by them (see, by analogy, in relation to Directive 2006/24, the *Digital Rights* judgment, paragraph 27). In particular, that data provides the means, as observed by the Advocate General in points 253, 254 and 257 to 259 of his Opinion, of establishing a profile of the individuals concerned, information that is no less sensitive, having regard to the right to privacy, than the actual content of communications.

At a general level, this raises the question whether other kinds of databases (containing very sensitive data about a very large group of data subjects) may, in the same way, be subject to extraordinarily strict requirements in

the light of the protection provided for by Articles 7 and 8 of the Charter. The judgment must be read and understood in the light of the intrusive nature of data retention schemes, which does not necessarily apply to other types of databases. However, not all parts of the judgment are linked closely to this intrusion aspect, and this prompts questions about whether some aspects of the judgment could inform efforts to analyse the processing of some other types of data (data which may be even more sensitive than retention data). With the Court emphasizing the profiling potential of data retention databases, analysts might be prompted to evaluate the status of other databases established by private parties with a large profiling potential. In this regard, it is well known that companies like Google and Facebook collect large amounts of data about their users, enabling extremely detailed profiling. At a general level, then, it cannot be ruled out that the thinking behind the judgment will affect the interpretation of the Data Protection Directive when it comes to these kinds of databases.

Questions also arise about whether some of the judgment’s requirements can be extended to some databases outside the scope of the e-Privacy Directive. That might be the case for some requirements, as discussed in the following.

Data retention duties under national law

The judgment establishes certain requirements/limitations with which national legislation must comply in order to request that telecom operators retain the communications data covered by the e-Privacy Directive. The Court derives these limitations from an interpretation of Article 15(1) of the e-Privacy Directive. However, the Court’s interpretation places much emphasis on Articles 7, 8 and 11 of the Charter, and it is possible that the Court would reach a similar conclusion if national legislation were to require the retention of other types of data, which (formally) fall outside the scope of the e-Privacy Directive, but which, nevertheless, may be used in a similar way for drawing very precise conclusions concerning the private lives of the persons whose data has been retained. This is supported by the fact that the *Digital Rights Ireland* judgment sets up similar limitations based solely on the Charter.

The data retention schemes of the Swedish and UK laws in question served the purpose of fighting crime. Given the extent to which they interfere with rights stipulated in the Charter, defining what constitutes a ‘proportionate’ purpose for such schemes is an essential part of the Court’s analysis in the *Tele2* judgment, especially the part of the judgment setting up limitations for

providing duties to retain the data under national law. If national legislation provides private parties with a duty to retain other types of data for the purposes of fighting (serious) crime, the judgment is very likely to have an impact. An example of this could be national law requiring providers of communication services not covered by the e-Privacy Directive to retain the communication data of their users. As described, communications data of services like messaging and webmail services are not covered by the e-Privacy Directive (though the presented proposal for a new e-Privacy Regulation suggests that such services be included under the regulation). This will be addressed in ‘The draft e-Privacy Regulation’ section below. Yet, regardless of the outcome of the proposal, it is likely that the Court would find that the Charter requires the same type of limitations for national rules on retention of other kind of communications data than those covered by the present e-Privacy Directive.

Access to data

The *Tele2* judgment requires national legislation to be based on objective criteria and to define the circumstances and conditions under which the competent national authorities are to be granted access to the retained data. The Court derives this obligation from the general requirement that legislative means must be proportionate to the seriousness of the interference with fundamental rights that it entails. The judgment further states that pursuant to the principle of proportionality, access to the database must normally be subject to a prior review carried out by a court or an independent administrative body. Again, to reach this conclusion, the Court is interpreting Article 15(1) of the e-Privacy Directive, but draws heavily on the Charter and refers once again to its previous judgment in *Digital Rights Ireland*. Therefore, it seems likely that the judgment will also have an impact on legislation concerning access (including prior review of access) to types of databases similar to the databases covered by the directive.

First, *Tele2* may have ramifications for databases either because they contain identical types of data or similar types of data (ie data that are not communications data within the meaning of the e-Privacy

Directive, but sensitive data or other data that allow precise conclusions to be drawn about the private lives of the data subjects and thus enable profiling). As an example of this distinction, Danish tax legislation provides the Danish tax authorities with the right to request access to data from private parties, for the purposes of tax control, without a prior review by a court. (As a general rule, a prior court order is required when the police are requesting access to data as part of their investigations.) Based on both *Digital Rights Ireland* and *Tele2*, it seems clear that the tax authorities cannot request access to databases covered by the e-Privacy Directive without such prior review.⁷⁶ Yet, what of similar data types? In our view, despite the rule in the tax regulation, it is also likely that the same would apply to similar databases not covered by the e-Privacy Directive to the extent that they contain data similar to those covered by the e-Privacy Directive. The retention of Passenger Name Records (PNR) might constitute an example. Pursuant to Danish law, for the purposes of border and customs control and fighting serious crime, the Danish Tax Authorities systematically receive PNR data from the airlines on all passengers travelling to Denmark by air and disclose them (under certain conditions) to the Danish intelligence services without prior review.⁷⁷ PNR data are different from communications data, but they provide information about the travel patterns of the data subjects, and thus aspects of their private lives. They are collected without exception (irrespective of any link to crime) and without most passengers being aware.⁷⁸ Hence, *Tele2* might influence, indirectly, how the retention of and access to PNR data is perceived.⁷⁹

Secondly, the data concerned in *Tele2* were retained pursuant to a legal obligation. Provided the retention has a legal basis and meets the additional requirements of general EU data protection law, data may also be retained voluntarily (ie not pursuant to a legal obligation, but as part of the business model of the commercial entity retaining it). Notwithstanding the fact that private entities are not directly bound by human rights, which affects the direct impact of some aspects of the judgment, it is possible that *Tele2* will exert influence on such databases to the extent that they allow precise

76 It should be noted that due to the legal uncertainty caused by *Digital Rights Ireland*, the Danish tax authorities have since refrained from applying the rule.

77 Due to the Danish opt-out with respect to EU policy on Justice and Police Affairs, Denmark has established its own PNR system.

78 In preparatory works of the Act providing access to PNR data for the Danish Military Intelligence Service, the Ministry of Defence acknowledges the possible influence of *Tele2 Sverige AB and Watson*, but dismisses it on the grounds that that PNR data, unlike communications

data under the Swedish and UK data retention schemes, are not collected from the entire population, only those travelling to Denmark by flight.

79 For similar speculations, see also Irena Nesterova, *Crisis of Privacy and Sacrifice of Personal Data in the Name of National Security: The CJEU Rulings Strengthening EU Data Protection Standards* (European Society of International Law (ESIL) 2016 annual conference, Riga, 2017); Lorna Woods, ‘Data Retention and National Law: The ECJ Ruling in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 and Watson* (Grand Chamber)’, in *EU Law Analysis* (21 December 2016), available at: <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/12/data-retention-and-national-law-ecj.html>>.

conclusions to be drawn about the private lives of subjects. Whether *Tele2* would also apply to such data remains a far-reaching question. Though their data does not constitute communications data within the meaning of the e-Privacy Directive, private corporations, such as Google or Facebook, collect a tremendous amount of data concerning the personal lives of users, and much of it is likely to provide detailed information about private lives, such as search history and locations data from geo-tracking. Looking solely at the nature of the data, the extent of the databases, and their potential to influence the private lives of the data subjects, our opinion is that there seems to be little reason to make a fundamental distinction between databases established under legislative retention obligations and voluntarily established databases. The rationale behind the Court's ruling is that the police and other competent authorities should not have an unlimited capacity to 'angle' for data in databases containing large amounts of sensitive data about a large part of the population. This rationale must be equally relevant to such voluntarily established databases. If a distinction were to be made between access to data from mandatory and voluntary databases (based on the limited scope of application of the ECHR or the Charter) there would be a risk of depriving both judgments of their importance. Especially given that more and more data are collected by private entities as a part of their business model, not due to any legal obligation. In other words, the reluctance of the Court to provide state authorities with surveillance tools that are too powerful is equally relevant regardless of whether the tool is provided with respect to mandatory or voluntary databases.

Data retention in EU territory

According to Article 4 of the e-Privacy Directive, the provider must take appropriate technical and organisational measures to safeguard security of its services. In *Tele2*, the Court states that as part of the security requirements national rules must make provision for the data to be retained within the EU, cf paragraph 122. This conclusion was already drawn by the Court in *Digital Rights Ireland*, paragraph 68:

In the second place, it should be added that that directive does not require the data in question to be retained within the European Union, with the result that it cannot be held that the control, explicitly required by Article 8(3) of the Charter, by an independent authority of compliance with the requirements of protection and security, as referred to in the two previous paragraphs, is fully ensured. Such a control, carried out on the basis of EU law, is an essential component of the protection of individuals with regard to the processing of personal data.

The Court's finding that the control of an independent authority required by Article 8(3) of the Charter is not fully ensured if the data is stored outside of the EU, raises a question about the extent to which this may affect other types of databases containing personal data.

Formally, this part of the judgment is an interpretation of the terms 'appropriate technical and organisational measures to safeguard security of its services' under Article 4 of the e-Privacy Directive. However, the words 'appropriate technical and organisational measures' are identical to the wording of Article 17 of the Data Protection Directive. Furthermore, both the Data Protection Directive and the e-Privacy Directive must be interpreted in light of the Charter. This indicates that the Court's finding could have an impact on interpretation of Article 17 of the Data Protection Directive. In other words, if a data retention database cannot be placed outside the EU because the national data protection authority would not be sufficiently able to control compliance with the data protection requirements, it seems logical that the same would apply to other databases that contain equally large amounts of sensitive data. As mentioned above, large Internet companies like Google and Facebook collect and retain a large amount of data about their users. On the basis of such data, in a similar vein to retained communications data, it is possible to draw very precise conclusions about users' private lives.

However, one might also posit reasons why the requirement to keep the database within the EU should not be extended to cover the Data Protection Directive. Although the e-Privacy Directive and the Data Protection Directive are closely interlinked and use the same terms ('appropriate technical and organisational measures to safeguard security of its services'), they do represent different regimes, and the terms used within each directive will not automatically carry the same meaning. Furthermore, in contrast to the e-Privacy Directive, the Data Protection Directive has a detailed regulation on the transfer of data to third countries. None of these rules indicate that certain types of personal data or databases should not be subject to international data transfers provided the requirements laid down in the rules are met. Had that been the intention of the EU legislature, it would have been natural to make an explicit rule regarding this. It is also noteworthy that the retained data and the purpose and nature of data retention legislation, which entails a very broad surveillance of the citizens by the State, calls for particularly strict independent control.

Thus, the judgment does not establish a general prohibition against maintaining databases with large amounts of (sensitive) personal data in third countries.

On the other hand, it cannot be ruled out that the thinking behind this part of the judgment may have an impact on the interpretation of the Data Protection Directive's data transfer rules and security requirements for databases with large amounts of sensitive data stored in third countries.⁸⁰

The draft e-Privacy Regulation

On 10 January 2017, the European Commission issued its proposal for a new e-Privacy Regulation to replace the e-Privacy Directive.⁸¹ According to the proposal, it shall apply from 25 May 2018 (the same date as the General Data Protection Regulation (regulation 2016/679)). However, the proposal still needs to go through the ordinary legislative procedure and thus be negotiated and approved of the Parliament and the Council. The final text and date of effect may therefore, be subject to changes.

In the current draft version, the regulation seems to leave the same room for national rules on data retention as the e-Privacy Directive. Pursuant to Article 11 of the draft regulation, Member States may use national law to restrict the scope of the rights and obligations provided for in Articles 5–8 which include the limitations on the processing and storing of electronic communications data. Such restrictions must respect the essence of the fundamental rights and freedoms, and they must constitute a necessary, appropriate and proportionate measure in a democratic society to safeguard one or more of the general public's interests referred to in Article 23(1)(a) to (e) of the General Data Protection Regulation (regulation 2016/679), which includes national and public security, defence, along with the prevention, investigation, detection, and prosecution of criminal offences. In other words, the restrictions must meet the principle of proportionality for these specific reasons. Though the wording of draft Article 11 is not identical to Article 15 of the current directive, and though it does not specifically mention data retention as Article 15 does, there seems to be no reason to believe that the draft e-Privacy Regulation aims to provide Member States with more room to manoeuvre than the e-Privacy Directive. This is confirmed by the explanatory memorandum of the proposal, in which the Commission states:

The proposal does not include any specific provisions in the field of data retention. It maintains the substance of Article 15 of the e-Privacy Directive and aligns it with specific wording of Article 23 of the General Data Protection Regulation (regulation 2016/679), which provides grounds for Member States to restrict the scope of the rights and obligations in specific articles of the e-Privacy Directive. Therefore, Member States are free to keep or create national data retention frameworks that provide, inter alia, for targeted retention measures, in so far as such frameworks comply with Union law, taking into account the case-law of the Court of Justice on the interpretation of the e-Privacy Directive and the Charter of Fundamental Rights.

One of the most important changes evident in the draft regulation is the extension of the scope of services and data. Whereas the e-Privacy Directive covers the classic telecom services, the draft regulation also covers so-called 'Over-the-Top communications services' (OTTs) that include Voice over Internet Protocol, instant messaging, and web-based e-mail services (which spans services such as WhatsApp, Facebook Messenger, Gmail, and Skype). Consequently, national data retention rules also covering these kinds of services will be subject to the requirements following from the e-Privacy Regulation. However, as outlined in 'Consequences for other types of data?' section above, it seems likely that this might already be the case following *Digital Rights Ireland* and *Tele2*.

Another change concerns the regulation of security requirements with which the service providers must comply. As explained in the body of our article, Article 4 of the e-Privacy Directive requires that service providers take appropriate technical and organizational measures to safeguard the security of its services. The draft regulation does not contain a similar provision. Instead, the service providers will be covered by Article 32 of the General Data Protection Regulation (regulation 2016/679), which also requires that providers take appropriate technical and organizational measures. Thus, the provisions on security requirements (both in general and in relation to electronic communications) are to be found in one single legal act. It must, therefore, be expected that the requirement to store the data within the EU, as established by the CJEU in *Digital Rights Ireland* and *Tele2*, will continue to apply. Nothing in the draft regulation, including the text of its preamble, indicates otherwise, meaning that the

80 In its Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is 'likely to result in a high risk' for the purposes of Regulation 2016/679, adopted on 4 April 2017 [2017] WP 248, the Art 29 Working Party mentions transfer of data outside the EU as one of the criteria that could make data processing a high-risk factor triggering the requirement for a DPIA.

81 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications) COM (2017) 10 final.

judgments' use of the Charter Article 8(3) will be equally relevant when interpreting the security requirements of Article 32. The fact that this requirement will follow directly from the General Data Protection Regulation (regulation 2016/679) makes it all the more relevant to consider whether other types of data and databases could be subject to a similar requirement under Article 32 of the General Data Protection Regulation (regulation 2016/679). We do not conclude

that the two CJEU judgments limit the possibility of storing other types of data and of keeping databases in third countries in general; but time will tell whether the Court extends this 'non-export' rule to other areas.

doi:10.1093/idpl/idx026

Advance Access Publication 24 February 2018

Reproduced with permission of copyright owner. Further reproduction prohibited without permission.

U.2000B.319

*Almindelige emner 11.4 - Forvaltningsret 1.5 - Retspleje 22.2***Forvaltningssager i civilprocessen - Om søgsmålskompetence, rette sagsøgte, søgsmålsfrister og civile fuldbyrdelsessøgsmål**

♦ *Artiklen belyser nogle fundamentale forudsætninger for, at parterne kan nå frem til en realitetsprøvelse. Hvem kan anlægge sag, hvem skal den anlægges mod, og hvornår skal den være anlagt. Det påvises, at teori og retspraksis er i spild med sig selv på dette centrale område og efterlader mange faldgruber til parterne.*

Af professor, lic.jur. Gorm Toftegaard Nielsen, Aarhus Universitet

Efter grundlovens § 63 er domstolene berettigede til at efterprøve lovligheden af forvaltningens afgørelser. Denne grundlovssikrede kompetence har domstolene haft siden 1849. Det er imidlertid først i de senere år, at civile retssager om forvaltningens afgørelser er blevet hverdagskost for domstolene. Tidligere var domstolenes

320

beskæftigelse med forvaltningsretten stort set koncentreret til særlovsstraffesager og enkelte fagområder, først og fremmest skatteretten. Det er da også karakteristisk, at den civilprocessuelle teori kun i meget begrænset omfang beskæftiger sig med civilprocessuelle problemer i forvaltningssagerne.

Nogle af de mest fundamentale problemer er, hvem der har søgsmålsret, og hvem et søgsmål i givet fald skal rettes imod. I de almindelige civilprocessuelle fremstillinger findes ikke megen hjælp til løsning af disse problemer.¹ I den forvaltningsretlige litteratur er problemerne dog behandlet.² Umiddelbart kunne man tro, at den ringe proces-teoretiske interesse er udtryk for, at der i praksis ikke er væsentlige processuelle problemer ved behandlingen af disse sager. En gennemlæsning af de senere års retspraksis afkræfter imidlertid en sådan formodning. Parterne på begge sider tydeligvis ofte i vildrede om de helt fundamentale spørgsmål, som er afgørende for, at retten overhovedet når til en realitetsprøvelse.

Formålet med det følgende er primært med udgangspunkt i retspraksis i miljøsager i bred forstand at belyse problemernes omfang og i mere beskeden målestok at bidrage til løsningen af problemerne. Først behandles spørgsmålet om søgsmålsret for borgere, virksomheder og foreninger og dernæst for kommunale miljømyndigheder, hvis afgørelser er tilsidesat af et klagenævn. Derefter behandles spørgsmålet om, mod hvem søgsmålet skal rettes og frister for et sådant søgsmål. Endelig behandles, om det offentlige kan anlægge civil fuldbyrdelsessøgsmål eller er henvist til at anmelde forholdet til politiet.

1. Retlig interesse

Lovgivningen indeholder normalt ikke bestemmelser om, hvem der kan anlægge civil sag. I teori og retspraksis angives normalt,

at søgsmålsret forudsætter en »retlig interesse«. Begrebet giver i sig selv ikke nogen vejledning og udlægges da også forskelligt i forskellige fremstillinger. Begrebet er nærmest cirkulært, idet retlig refererer til, om den pågældendes interesse er beskyttet af retsordenen, hvilket reelt vil sige, om den kan håndhæves ved hjælp af retsvæsnen. Begrebets væsentligste funktion er at hindre, at domstolene anvendes til afgørelse af ikke retligt beskyttede - politiske, moralske eller rent teoretiske - interesser. Bent Christensen anfører,³ at begrebet retlig interesse i hvert fald indeholder 3 momenter: Om spørgsmålet, som ønskes forelagt domstolene, er egnet til at afgøres af domstolene, om spørgsmålet er aktuelt, og om den potentielle sagsøger har tilstrækkelig tilknytning til sagen.

Det første moment om domstolenes egnethed til at afgøre spørgsmålet volder typisk ikke problemer i sager om lovligheden af forvaltningens afgørelser, men kan dog få betydning ved afgrænsningen af, hvem der kan anlægge sag, og imod hvem sag kan anlægges, da disse valg kan være afgørende for, om sagen ved en eventuel domsforhandling vil blive forsvarligt belyst.⁴

Det andet moment hindrer, at domstolene tvinges til abstrakt stillingtagen, f.eks. til fortolkningen af en lovbestemmelse, uden at der er en konkret tvist om denne, selvom spørgsmålet kan få betydning i fremtidige sager. Typisk vil der skulle foreligge en administrativ afgørelse som forudsætning for domstolsprøvelse. I et tilfælde har en myndigheds udtalelse om retsstillingen imidlertid haft en så aktual og konkret karakter, at der var mulighed for domstolsprøvelse.

I U 1986.652 H havde en forening af erhvervsdrivende præsenteret et forslag til markedsføring for Forbrugerombudsmanden. Han meddelte i en skrivelse til foreningen, at han fandt det foreslåede system stridende mod markedsføringsloven. Foreningen sagsøgte Forbrugerombudsmanden med påstand om anerkendelse af forslagens lovlighed. Han bestred, at foreningen kunne anlægge sag, da han ikke havde kompetence til at træffe afgørelse, og at udtalelsen alene var en uforpligtende redegørelse. Endvidere henviste han til, at sagen alene vedrørte en hypotetisk - ikke en

¹ Se f.eks. Gomard: Civilprocessen, 4. udg., 1994, s. 261 ff.

² Se Bent Christensen: Forvaltningsret. Prøvelse, 1994, s. 23 ff, og Jørgen Mathiassen i Garde m.fl.: Forvaltningsret - Almindelige emner, 3. udg., 1997, s. 305 ff.

³ Forvaltningsret. Prøvelse, 1994, s. 24.

⁴ Jf. Pontoppidan U 1990B.162. Pontoppidan anfører, at domstolene på grund af forhandlings- og dispositionsmaksimen ved afgørelsen af, om søgsmålsret skal indrømmes, bør overveje som et vigtigt moment, om sagsøger har de fornødne forudsætninger for at føre sagen ordentligt. Det lyder umiddelbart rimeligt - fra et dommersynspunkt. Fra et borgersynspunkt medfører anbefalingen i visse tilfælde udelukkelse fra retlig beskyttelse af de svagere. Processen burde vel i disse sager være således, at dommeren sikrede, at borgerne får en retfærdig behandling. Kan domstolene ikke give en beskyttelse, der har samme kvalitet som nævns- og ombudsmandsbehandling?

aktuel - markedsføring. For Højesteret oplyste Forbrugerombudsmanden, at han, hvis foreningen realiserede sit forslag, ville anlægge civil sag eller straffesag mod foreningen. Foreningen meddelte, at man havde besluttet at realisere forslaget. Forbrugerombudsmandens opfattelse var således, at foreningen, hvis den ville have en domstolsafgørelse, måtte realisere forslaget og så se, om den bagefter tabte den straffesag, han ville rejse. Foreningen gjorde gældende, at denne fremgangsmåde ville medføre, at foreningens medlemmer skulle ofre betydelige beløb på et system, som domstolene muligvis efterfølgende ville dømme ulovligt. Med stemmerne 3-2 gav Højesteret foreningen medhold i, at sagen skulle realitetsbehandles.⁵

321

Afgørelsen vedrører en speciel situation og kan langt fra tages til indtægt for, at der kan anlægges anerkendelsessøgsmål mod enhver forvaltningsmyndighed, der har givet udtryk for sin retsopfattelse.

I tilfælde, hvor en miljømyndighed gør en virksomhed opmærksom på, at man finder en bestemt adfærd strafbar, opfordrer virksomheden til at standse adfærden og endelig oplyser, at man i modsat fald vil indgive politianmeldelse, må adressaten vel kunne anlægge sag mod myndigheden med påstand om, at den tilpligtes at anerkende, at adfærden er lovlig. Inden for miljøbeskyttelseslovens område er dette en søgsmålsret til prøvelse af de såkaldte indskærpelser, der ikke kan påklages, jf. § 69, stk. 3. Det er ikke i denne forbindelse nødvendigt at afgøre, om disse indeholder en afgørelse.⁶

I den nedenfor omtalte sag U 1994.780 Ø fik staten ikke medhold i, at domstolene først kunne afgøre spørgsmålet om lovligheden af Øresundsforbindelsen, når linjeføringen var endeligt fastlagt. Landsretten afviste dette med den begrundelse, at søgsmålet vedrørte proceduren forud for anlægslovens vedtagelse.

Ovenstående vedrører spørgsmålet om retlig interesse, før der er truffet en afgørelse. Omvendt kan man rejse spørgsmålet, om en materiel afgørelse kan anfægtes ved domstolene, selvom den er erstattet af en ny afgørelse. Spørgsmålet er altså, om en afgørelse kan miste sin aktualitet.

I U 1981.880 V anlagde en nabo til en minkfarm sag mod Miljøankenævnet med påstand om, at nævnet med urette på grund af fristoverskridelse havde afvist en klage over miljøgodkendelsen til farmen. Miljøankenævnet påstod søgsmålet afvist, fordi virksomheden senere på grund af udvidelse havde fået en ny miljøgodkendelse omfattende hele farmen. Denne godkendelse var af naboen påklaget til og tiltrådt af Miljøstyrelsen. Nævnet mente således ikke, at naboen længere havde nogen aktuel interesse i prøvelse af den oprindelige, ikke længere gældende miljøgodkendelse. Landsretten fandt, at naboen havde søgsmålsinteresse i at få afgjort, om han uretmæssigt havde fået frataget rettigheder til prøvelse af den oprindelige godkendelse. Ligeledes henvises til, at Miljøstyrelsens tiltræden af den senere godkendelse indeholdt en række vilkår, som ikke var opstillet i den

oprindelige godkendelse. Landsretten fandt det »ganske uklart«, hvilken betydning dette havde med hensyn til farmens forhold i de første 5 år under den oprindelige godkendelse.

Landsrettens begrundelse for at godkende søgsmålet kan vel sammenfattes til, at det ikke kan udelukkes, at sagsøger kunne have interesse i prøvelsen. Hvis miljømyndighederne kan bevise, at dette er udelukket, må søgsmålet antages at blive afvist. Dette vil nok sjældent være tilfældet, primært på grund af muligheden for et erstatningskrav vedrørende perioden under den første miljøgodkendelse.

Det er det tredje moment, der typisk volder problemer i miljøsagerne. En vis inspiration til løsningen af spørgsmålet, om en borger eller virksomhed har fornøden retlig interesse, kan findes ved at studere reglerne for den administrative klageret. På ulovregulerede områder sammenfattes klageretten som betinget af en væsentlig individuel interesse i afgørelsen.⁷ Dette begreb omfatter klart adressaten for forvaltningens afgørelse, men også i et vist omfang andre, for hvem afgørelsen har betydning. I modsætning til søgsmålsretten er klageretten ofte reguleret i miljølovgivningen og ofte således, at klageretten omfatter en videre kreds end dem, der ville følge af kriteriet individuel væsentlig interesse, se f.eks. miljøbeskyttelseslovens § 99 om Dansk Naturfredningsforening, Greenpeace m.v. og § 100 om lokale foreninger.⁸

Det antages traditionelt, at begrebet retlig interesse som betingelse for civilt søgsmål skal afgrænses snævrere end begrebet væsentlig individuel interesse som betingelse for klageret.⁹

2. Adressatens søgsmålsret

Der er ingen tvivl om, at adressaten for et påbud eller et forbud har søgsmålsret. Ofte vil adressaten påstå miljømyndigheden tilpligtet at anerkende, at afgørelsen er ugyldig. Adressaten kan i andre tilfælde kræve erstatning f.eks. for at have efterkommet et ulovligt påbud, se f.eks. U 1999.311 Ø og U 1999.1444 V. Også den, der har fået afslag på en ansøgning, vil klart have søgsmålsret, se f.eks. U 1999.1538 H, hvor sagsøgeren fik erstatning efter grundlovens § 73 om ekspropriation på grund af tab ved afslag på ansøgning om tilladelse til fortsat råstofindvinding.

Som ovenfor nævnt antages det, at kredsen af klageberettigede i det administrative system er bredere end kredsen af søgsmålsberettigede inden for domstolsprocessen. Den, der har påklaget en afgørelse truffet af de kommunale miljømyndigheder, må være adressat i forhold til klageinstansens afgørelse og vel i kraft heraf have søgsmålsret. Der findes næppe domme, der

322

afskærer søgsmål i disse tilfælde på grund af manglende retlig interesse.¹⁰ Både Peter Pagh og E.M. Basse nævner en utrykt kendelse fra Østre Landsret (den 21.10.1977, 4. afd., kære 328/1977).¹¹ En gruppe borgere havde her fået medhold i Planstyrelsen, der havde underkendt en lokalplan. Da kommunen

5 Sagen er udførligt behandlet af Torben Jensen, der tilhørte flertallet, i U 1986B.409. Se også Pontoppidan, der i U 1990B.162 betragter afgørelsen som udtryk for en forsigtig udvidelse af søgsmålsretten, og Bent Christensen: Forvaltningsret. Prøvelse, 1994, s. 26.

6 Jf. Bjerring og Møller: Miljøbeskyttelsesloven, 1998, s. 623.

7 Jf. Revsbech i Garde m.fl.: Forvaltningsret - Almindelige emner, 3. udg., 1997, s. 252 ff.

8 Den betydelige udvikling i klageretten har givet anledning til indgående analyser af det teoretiske fundament for søgsmålsretten. Mest indgående er behandlingen i Peter Pagh: Miljøansvar - en ret for hvem?, 1998, s. 486-546 med udførlige referater af andre fremstillinger. Den følgende fremstilling tager ikke udgangspunkt i disse teoretiske spørgsmål, men i retspraksis.

9 Jf. Bent Christensen: Forvaltningsret. Prøvelse, 1994, s. 28, og Jørgen Mathiassen i Garde m.fl.: Forvaltningsret - Almindelige emner, 3. udg., 1997, s. 306.

10 Jf. tilsvarende Peter Pagh: Miljøansvar - en ret for hvem?, 1998 s. 489. Se også E.M. Basse J 1979.492 f med adskillige henvisninger.

11 Henholdsvis s. 486 og 488.

ikke ville rette sig efter afgørelsen, ønskede gruppen nedlagt fogedforbud. Dette blev afvist af domstolene. Fogedretten begrundede sin afgørelse bl.a. med, »at der må stilles strengere krav til at kunne betragtes som havende processuel partsevne end evt. at være berettiget til at udøve klageadgang i henhold til reglerne om administrativ rekurs.« Landsretten stadfæstede afgørelsen med henvisning til fogedrettens begrundelse. Som Pagh påpeger, er afgørelsen ikke nødvendigvis i strid med ovenstående om klagerens ret til at anlægge anerkendelsessøgsmål til afgørelse af klageinstansens afgørelse.

3. Andre borgeres søgsmålsret

Oprindeligt blev det antaget, at de forvaltningsretlige regler alene vedrørte forholdet mellem borgerne og det offentlige. En nabo kunne således alene påberåbe sig privatretlige regler og ikke offentligretlige. At en sådan sondring ikke lader sig opretholde i dag, ses f.eks. af planlovens § 43, hvorefter kommunalbestyrelsen kan håndhæve servitutter om forhold, hvorom der kan optages bestemmelser i en lokalplan, ved påbud og forbud. Overtrædes disse, kan der rejses tiltale, jf. § 64, stk. 1, nr. 4. Her håndhæves privatretlige regler som offentligretlige forskrifter.

Allerede i halvtredserne accepterede domstolene, at en borger - nabo - i visse tilfælde kan påberåbe sig offentligretlige regler.

I U 1952.1101 Ø havde kommunen givet en grundejer dispensation for kravet om afstand mellem bygning og skel. Naboer havde forud protesteret herimod og anlagde civil sag mod kommunen, som han påstod tilpligtet at anerkende, at dispensationen var ulovlig. Desuden påstod han grundejeren tilpligtet at erstatte tabet ved forringelse af værdien af hans hus. I landsretten vedrørte sagen alene kommunen, der bestred, at naboen havde søgsmålsret. Landsretten fandt, at han havde retlig interesse i søgsmålet, og dømte kommunen efter sagsøgerens påstand.

Siden denne sag foreligger en lang række afgørelser, hvor naboer anlægger sag, typisk vedrørende ulovligt byggeri. Det er sjældent, at de nægtes søgsmålsret. I U 1972.314 H fastslog Højesteret dog, at en nabo ikke kunne påberåbe sig regler vedrørende udnyttelsesgrad, der ikke havde betydning for afstanden mellem bygningen og naboskellet. Der er som ovenfor nævnt sket en gradvis udvidelse af kredsen af søgsmålsberettigede. Det er derfor ikke givet, at domstolene i dag ville nå til samme resultat som i U 1972.314 H. I MAD 1998.534 Ø fik nogle naboer medhold i deres påstand om, at Naturklagenævnet havde godkendt en ulovlig forhøjelse af bebyggelsesprocenterne ved at godkende ulovlige beregningsregler.

De fleste sager anlagt af naboer vedrører bebyggelser, men der er ingen tvivl om, at naboer også kan have søgsmålsret vedrørende overtrædelse af f.eks. miljølovgivningen, se f.eks. den ovenfor nævnte U 1981.880 V vedrørende miljøgodkendelse af en minkfarm.

Når enkelte naboer har søgsmålsret, er det naturligt, at grupper af naboer i form af en grundejerforening også har søgsmålsret, se f.eks. MAD 1998.925 V.

Problemerne om, hvem naboer skal rette sagen imod, behandles nedenfor.

Bortset fra naboer er det tvivlsomt, hvilke borgere der har søgsmålsret. Givet er det, at en ansat i en virksomhed ikke har

søgsmålsret, fordi virksomheden nægtes miljøgodkendelse eller lignende, selvom dette kan påvirke den ansattes mulighed for at beholde sit arbejde.

Som nævnt antages det normalt, at søgsmålsret ikke kan støttes på, at den pågældende har klageret i det administrative system. Det er imidlertid tvivlsomt, om dette almindeligt antagne synspunkt, der hos Bent Christensen¹² angives at have støtte hos Poul Andersen,¹³ er holdbart. Ovenfor er nævnt, at hvis den klageberettigede har udnyttet sin klageret, er det svært at nægte, at han er adressat i forhold til klageinstansens afgørelse og derfor søgsmålsberettiget. At afskære hans søgsmålsret i andre tilfælde er reelt alene et krav om, at han skal udnytte den administrative rekurs for at kunne anlægge sag. Dette antages normalt ikke som et krav for søgsmålsret. Man kan også spørge, om den lov, der tillægger en person administrativ klageret, ikke indrømmer ham en retlig position, som domstolene ikke kan fratage ham uden særskilt hjemmel. Formuleringen af landsrettens begrundelse i den ovenfor nævnte U 1981.880 V synes at svare til denne tankegang. Landsretten henviste netop til naboens retlige interesse i at få fastslået, om hans klageret var frataget ham uretmæssigt. Dette er naturligvis ikke ensbetydende med et krav på domstolsprøvelse af den afgørelse, klagenævnet måtte have truffet. Men hvis naboen hævder, at klageinstansen ikke har behandlet sagen korrekt, vil landsrettens præmisser vel let kunne føre til en ret til domstolsprøvelse. På flere punkter yder forvaltningsprocessen i praksis borgerne bedre beskyttelse end domstolsprocessen. Det gælder særlig klart vedrørende begrundelse for afgørelserne. Domstolene har på flere områder haft svært ved at følge med tiden og leve op til

323

idealet om domme som den mest kvalificerede afgørelsesform. Er påstanden om en snævrere kreds af søgsmålsberettigede end af klageberettigede ikke blot et ureflekteret udtryk for det samme? Forvaltningslovgivningen tillægger flere og flere retlig beskyttelse. Der findes næppe nyere trykt praksis, hvor domstolene konkret nægter en klart klageberettiget søgsmålsret. Domstolsprocessen skal afgøre sager på grundlag af den primære lovgivning. Når denne giver borgerne nogle retspositioner, kan man ikke på grund af abstrakte ureflekterede principper indrette domstolsprocessen således, at disse undrages beskyttelse. Den nedenfor nævnte praksis om foreningers søgsmålsret peger i retning af, at klageret medfører søgsmålsret.

4. Foreningers søgsmålsret

I visse tilfælde vil en forening have et erstatningskrav på grund af tilsidesættelse af miljøbeskyttelsesloven. I disse tilfælde har foreningen naturligvis søgsmålsret, jf. f.eks. U 1988.878 V vedrørende Danmarks Sportsfiskerforbund.¹⁴

Et andet spørgsmål er, om en miljøorganisation uden at have et erstatningskrav kan anlægge civil sag med påstand om, at en afgørelse er i strid med lovgivningen.

I U 1994.780 Ø godkendte landsretten, at Greenpeace kunne anlægge et civilt søgsmål mod staten med påstand om, at staten forud for vedtagelse af anlægsloven om Øresundsforbindelsen ikke havde foretaget en miljøkonsekvensvurdering efter VVM-reglerne.

¹² Forvaltningsret. Prøvelse, 1994, s. 28.

¹³ Dansk Forvaltningsret, 5. udg., 1965, s. 619.

¹⁴ Betænkning nr. 1237/1992 om erstatning for miljøskader indeholder s. 82 en drøftelse af, om miljøorganisationer - som i Norge - bør tildeles ret til at anlægge erstatningssag mod en forurener, således at et eventuelt tilkendt beløb skal anvendes til genopretning og altså ikke som erstatning til en skadelidit sagsøger. Flertallet i udvalget afviste en sådan løsning med den begrundelse, at den stred mod dansk rets princip om, at tilkendelse af erstatning er betinget af, at den pågældende har lidt et tab. Flertallet fandt, at håndhævelse bør ske ved straffesager.

Staten protesterede mod Greenpeaces søgsmålsret. Landsretten begrunder søgsmålsretten med, at Greenpeace i enkelte tilfælde i lovgivningen er tillagt administrativ klageret vedrørende miljøspørgsmål, og at søgsmålet klart faldt inden for det formål, der er beskrevet i Greenpeaces vedtægter. Efter en samlet vurdering af sagsøgers påstand, organisation og struktur fandt landsretten Greenpeace søgsmålsberettiget. Det bør bemærkes, at Greenpeace ved denne afgørelse tilsyneladende blev tillagt søgsmålsret på et område, hvor organisationen ikke havde administrativ klageret, da forbindelsen blev vedtaget ved en særlig lov.

Afgørelsen er vidtgående. Som nævnt har teorien hævdet, at administrativ klageret ikke giver søgsmålsret underforstået vedrørende samme spørgsmål. Her gives søgsmålsret ud over klageretten. Afgørelsen taler med betydelig vægt for det ovenfor anførte om, at klageret bør medføre søgsmålsret, dog naturligvis afhængig af påstandene.¹⁵

Peter Pagh anser afgørelsen for irrelevant til belysning af det her drøftede spørgsmål, idet den specielt vedrører EU-retten (direktiv 85/337 om miljømæssige vurderinger).¹⁶ De af landsretten valgte præmisser synes ikke at give belæg for en så begrænset fortolkning af kendelsen. I Juristen 1999.266 omtaler Peter Pagh kendelsen under synsvinklen, at domstolene ikke bør blive spændt for politiske sager. Han frygter, at domstolsprocessen gennem miljøorganisationers søgsmål skal udvikle sig til en »politisk slagmark«. Det forhold, at domstolene kan komme ud for politisk kontroversielle sager, er imidlertid den væsentligste begrundelse for domstolenes forfatningsretlige uafhængighed. Det, at en sag tillægges meget stor vægt i det politiske liv, er ikke ensbetydende med, at den ikke kan indeholde klare tilsidesættelser af gældende ret.

I Højesterets endnu ikke trykte afgørelse af 8.2.2000 (II 378/1998) fik Dansk Cyklist Forbund medhold i, at en af Roskilde Kommune vedtaget lokalplan var ugyldig på grund af tilsidesættelse af VVM-reglerne. Planen blev af en beboer påklaget til Naturklagenævnet, der med stemmerne 6-3 fandt, at planen ikke var omfattet af VVM-reglerne. Dansk Cyklist Forbund fik fri proces og anlagde sag mod kommunen. Forbundet var næppe klageberettiget.¹⁷ En lokalafdeling kan dog have været klageberettiget og Dansk Cyklist Forbund have optrådt for denne lokalafdeling. Dommen indeholder dog ikke bemærkninger herom, ligesom spørgsmålet om forbundets søgsmålsinteresse ikke er omtalt.

Spørgsmålet om søgsmålsret i miljøretten diskuteres ofte snævert miljøretligt. Det bør derfor nævnes, at foreninger på andre områder tildeles søgsmålsret på et lovgrundlag, der ikke er sikrere end i de to ovenfor nævnte sager. I U 1995.495 H fik HK (hovedforbundet) medhold i, at en kommune ved at give to tankstationer udvidet åbningstid havde overtrådt lov om butikstid. HK's søgsmålsret var ikke bestridt af sagsøgte. HK var ikke tillagt klageret i lov om butikstid, men havde i medfør af bkg. 585 af 31.8.1989 ret til at begære tiltale mod overtrædere.¹⁸ I dag er HK tillagt administrativ klageret for den pågældende type afgørelser, jf. bkg. 207 af 21.3.1994.

5. Kommunale miljømyndigheders søgsmålsret

Hvis en kommunal afgørelse af adressater eller naboer indbringes for et statsligt klagenævn, og dette nævn

324

giver klageren medhold og ophæver den afgørelse, den kommunale myndighed har truffet, opstår spørgsmålet, om den kommunale myndighed kan sagsøge nævnet for at få domstolenes afgørelse af, om kommunen (eller amtet) eller klagenævnet har ret. I U 1995.952 Ø havde et amt stillet et vilkår for en tilladelse til råstofindvinding, som adressaten påklagede til Miljøklagenævnet. Dette gav klageren medhold i, at vilkåret var ulovligt. Amtet sagsøgte Miljøklagenævnet, der forgæves opfordrede adressaten til at indtræde i sagen. Miljøklagenævnet bestred ikke amtets søgsmålsret, men var enig med amtet om, at hvis retten gav amtet medhold i vilkårets lovlighed, skulle sagen genoptages i Naturklagenævnet, som havde overtaget dette område. Retten gav amtet medhold i, at vilkåret var lovligt. Dommen indeholder ingen bemærkninger om amtets søgsmålsret.

I U 1997.1304 Ø (MAD1997.315 Ø) havde en kommune givet nogle byggetilladelser. Nogle naboer påklagede afgørelserne til Naturklagenævnet, der fandt, at tilladelserne var ugyldige på grund af væsentlige retlige mangler. Nævnet fandt, at kommunen ved beregning af bebyggelsesprocenten fejlagtigt havde medregnet nogle arealer. Kommunen anlagde sag mod Naturklagenævnet og påstod dette tilpligtet at anerkende, at kommunen gyldigt havde fraveget de af nævnet anvendte beregningsregler ved en lokalplan. Landsretten rejste spørgsmålet om afvisning. Både kommunen og Naturklagenævnet påstod sagen fremmet til realitetsafgørelse. Landsretten udskilte dette spørgsmål til særskilt afgørelse efter retsplejelovens § 253 og afviste sagen. Begrundelsen lyder, at amtets og nævnets forskellige afgørelser:

»skaber ingen tvivl om retsstillingen vedrørende disse spørgsmål, idet sagsøgte ifølge § 58, stk. 1, nr. 3, i planlægningsloven er rekursinstans i forhold til sagsøger. Det er således sagsøgtes afgørelse, der gælder.

Dette tilgodeser også sagsøgers interesse i at vide, hvordan sagsøger skal fortolke lokalplanens bestemmelser ved behandlingen af eventuelle fremtidige ansøgninger om tilladelse til f.eks. byggeri på lokalplanens område.

Det må endvidere lægges til grund, at sagsøger ikke har umiddelbar økonomisk interesse i en dom, der tager stilling til sagsøgers påstande.

Som følge af det anførte, og da sagsøgeren heller ikke har oplyst nogen anden rimelig interesse i at få påstandene påkendt af domstolene, afvises sagen.«

Afgørelsen henviser i en note til Bent Christensen: Råd og nævn, 1958, s. 243, men ikke til den ovenfor refererede U 1995.952 Ø.

Østre Landsret har fastholdt sin fortolkning i U 1998.672 Ø. Kommunen havde her pålagt en vognmandsvirksomhed at flytte, fordi dens virksomhed var i strid med lokalplanen for området. Naturklagenævnet ophævede afgørelsen. Kommunen sagsøgte nævnet og vognmandsvirksomheden med påstand om, at de tilpligtedes at anerkende, at nævnets afgørelse var ugyldig. Vognmandsvirksomheden påstod sagen afvist, men nævnet tilsluttede sig ikke denne påstand. Landsretten afviste sagen med samme præmisser som i U 1997.1304 Ø.

I MAD 1998.925 V havde kommunen påbudt ejeren af et ikke lovligt hus at nedrive tagkonstruktionen. Naturklagenævnet fandt afgørelsen i strid med proportionalitetsprincippet og ophævede den. Kommunen og den lokale grundejerforening sagsøgte Naturklagenævnet og husejeren med påstand om, at de tilpligtedes at anerkende, at nævnets afgørelse var ugyldig, og at ejeren

¹⁵ Afgørelsen af selve sagen MAD 1998.1227 H.

¹⁶ Miljøansvar - en ret for hvem?, 1998, s. 517.

¹⁷ Jf. Anne Birte Boeck: Lov om planlægning, 1994, s. 309.

¹⁸ Om baggrunden - eller den manglende baggrund - for dette specielle system, se Anklagemyndighedens Årsberetning 1982.75.

tilpligtedes at efterkomme kommunens påbud. Vestre Landsret fulgte den af Østre Landsret udstukne linie og afviste sagen vedrørende kommunen. Landsrettens begrundelse svarer sprogligt ganske til Østre Landsrets ovenfor gengivne. Det er i denne sag svært at se formålet med at udelukke kommunen fra sagen. Den er næppe blevet bedre belyst herved.

Den nævnte retspraksis for at afvise kommunale myndigheders ret til at få efterprøvet ved domstolene, om kommunen eller klagenævnets fortolkning er den rette, er ikke givetvis rigtig. Det synes klart, at Østre Landsret, da man når til dette resultat i U 1997.1304 Ø, ikke er bekendt med, at samme landsret tidligere har haft den modsatte opfattelse. Eneste henvisning er som refereret til Bent Christensen: Råd og nævn, s. 243, hvor han behandler spørgsmålet, om en eventuel administrativ klagemulighed kan udnyttes af den administrative første instans, der er omgjort af en anden administrativ instans. Bent Christensen behandler ikke spørgsmålet om domstolsprøvelse. Landsrettens egen begrundelse er nærmest intetsigende: Kommunen skal rette sig efter klagenævnets afgørelse. Dette er næppe en begrundelse for at nægte søgsmålsret. Det reelle problem er, om en kommunal myndighed, der i loven er tillagt en selvstændig kompetence, og som ikke befinder sig under en statslig myndighed i kraft af et almindeligt hierarki, skal afskæres fra domstolsprøvelse. Skal kommunen ikke i kraft af det kommunale selvstyre, jf. grundlovens § 82, betragtes som en selvstændig retlig enhed? Havde klageafgørelsen været truffet af en forvaltningsdomstol i første instans, ville den vel kunne være anket også af kommunen? Når vi i stedet for forvaltningsdomstole bruger klagenævn, har det næppe været for at begrænse det kommunale selvstyre, som det sker ved landsretternes nye praksis. For fuldstændighedens skyld erindres om, at da Bent Christensen skrev sin afhandling i 1958, havde kommunalforvaltningen langt ringere betydning end i dag. Det vil derfor være naturligt, hvis han har taget udgangspunkt i statsforvaltning. Selv inden for statsforvaltningen har man siden Bent Christensens afhandling accepteret førsteinstansens søgsmålsret over for klageinstansen.¹⁹ Som eksempel på en kommunes

325

økonomiske interesse i at anfægte Naturklagenævnets afgørelse se TfL 1999.137 V. Nævnet havde her ved afgørelsen af, om en gyllebeholder skulle fjernes, lagt til grund, at kommunen var pligtig at erstatte ejerens udgifter hertil. Selv efter den nye tolkning var kommunen her klart søgsmålsberettiget, og spørgsmålet er ikke berørt i dommen.

6. Hvem skal sagsøges?

Bent Christensen anfører, at spørgsmålet om, hvem der skal sagsøges, ikke skal afgøres af domstolene uden påstand, og at det »åbenbart ikke [er] et problem, man i praksis tillægger stor betydning.«²⁰ Bent Christensen finder heller ikke selv spørgsmålet særlig væsentligt. Som generel målestok nævnes, hvilket forvaltningsorgan, der bedst vil kunne oplyse den advokat, som fører sagen for forvaltningen. Jørgen Mathiassen antager en betydelig valgfrihed for den borger, der vil anfægte en forvaltningsafgørelse.²¹ Borgeren antages i tilfælde, hvor afgørelsen

har været påklaget, at kunne vælge at sagsøge førsteinstansen eller rekursinstansen eller dem begge. Det understreges dog, at valg af sagsøgte kan afhænge af påstanden. Som ved Bent Christensen understreges, at domstolene ikke ex officio tager stilling til, om sagsøger og sagsøgte er rette parter. Jon Andersen antager, at søgsmål skal rettes mod et eventuelt klagenævn.²²

Nyere retspraksis viser, at spørgsmålet om rette sagsøgte volder betydelige problemer og medfører retstab for de berørte. I U 1983B.398 betegner Basse domstolene som imødekommende over for sagsøgers valg, fordi dette er særdeles kompliceret. Denne karakteristik gælder ikke nyere retspraksis.

Hvis adressaten for en afgørelse ønsker at indbringe den for domstolene med påstand om, at sagsøgte tilpligtes at anerkende afgørelsens ugyldighed, er det nærliggende udgangspunkt at anlægge sagen mod den myndighed, der har truffet den endelige administrative afgørelse, altså klageinstansen. I praksis synes det sikreste valg at være dette, jf. U 1998.1637 H og MAD 1997.282 V, der begge klart forudsætter, at klagenævnet kan sagsøges. I begge sager påstod sagsøger ugyldighed på grund af forhold, der var undergivet klageinstansens prøvelsesret. Også MAD 1999.151 Ø blev anlagt mod klagenævnet, selvom ugyldighedspåstanden støttedes på amtets sagsbehandlingsfejl.

I U 1992.227 H var sagsøger af kommunen nægtet udstykning med henvisning til planloven. Han havde klaget til Planstyrelsen, men fik ikke medhold. Han sagsøgte derfor styrelsen medpåstand om, at denne skulle anerkende, at kommunen havde været uberettiget til med den angivne begrundelse at nægte udstykning og dermed anerkende, at kommunen havde udøvet magtfordrejning. Planstyrelsen påstod afvisning, da den ikke havde hjemmel til at efterprøve de skønmæssige elementer i kommunensafgørelse. Højesteret fandt, at Planstyrelsen havde taget stilling til de nævnte spørgsmål og derfor var rette sagsøgte, om end det havde været mere hensigtsmæssigt at sagsøge kommunen eller at have medinddraget denne i sagen. Man kunne heraf foranlediges til at tro, at det sikreste er både at sagsøge klagenævnet og kommunen. Dette skete f.eks. i MAD 1999.75 V, hvor der ikke var nogen påstand om afvisning. I den ovenfor nævnte U 1998.1637 H afviste Østre Landsret imidlertid sagen mod kommunen. Højesteret prøvede af formelle grunde ikke denne afgørelse, men nævnte, at der skulle være sket frifindelse og ikke afvisning, da spørgsmålet om rette sagsøgte vedrørte sagens realitet.²³ I MAD 1997.282 V kommer Vestre Landsret klart til det modsatte resultat. En kommune havde vedtaget en lokalplan, der hindrede udvidelse af en eksisterende skole. Skolen påklagede planen til Naturklagenævnet, der opretholdt planen. Skolen anlagde herefter sag mod kommunen, der i sit svarskrift påstod sagen afvist, da den skulle være anlagt mod Naturklagenævnet. Skolen stævnedes herefter både Naturklagenævnet og kommunen. Stævningen blev modtaget i landsretten 9 dage senere. Naturklagenævnet påstod denne sag afvist, da søgsmålet var rejst 7 måneder og 3 dage efter nævnets afgørelse, selvom loven indeholder en 6-måneders frist. Landsretten understregede, at loven ikke angav, mod hvem en sag skal rejses i disse tilfælde, og at hverken retspraksis eller teori giver holdepunkter for at antage, at sagen skal rejses mod klageinstansen eller denne og kommunen i forening. Påstanden om afvisning på grund af fristoverskridelse behandles nedenfor.

¹⁹ Jf. Mogens Koktvedgaard: Lærebog i konkurrenceret, 3. udg., 1997, s. 159, vedrørende den tidligere lovs § 18, stk. 4. Se også W.E. von Eyben: Monopoler og priser, 1980, s. 676.

²⁰ Forvaltningsret. Prøvelse, 1994, s. 29.

²¹ Garde m.fl.: Forvaltningsret - Almindelige emner, 3. udg., 1997, s. 318.

²² Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 1994, s. 539.

²³ Jf. Spleth U 1984B.186.

Praksis kan med en vis usikkerhed tydes således, at udgangspunktet er, at annullationssøgsmål anlægges mod klageinstansen, men hvis det støttes pågrunde, der ikke er undergivet klageinstansens prøvelse, må søgsmålet anlægges mod den kommunale miljømyndighed. Hvis ugyldighedspåstanden både vedrører forhold inden for og uden for klageinstansens kompetence, anlægges sagen mod begge. Retsstillingen er urimelig uklar på dette punkt. Efter konkurrencelovens § 20, stk. 3, kan konkurrenceankenævnets afgørelse indbringes for domstolene inden 8 uger. Efter motiverne har sag tidligere været anlagt mod Konkurrencerådet, men kan

326

også anlægges mod ankenævnet.²⁴ Hvis et søgsmål inden for miljøretten eventuelt vil blive fulgt op af et erstatningskrav, må søgsmålet vel rettes mod den eventuelt erstatningspligtige. Det vil ofte være kommunen. I MAD 1999.93 V blev ugyldighedssøgsmålet mod kommunen afvist med den begrundelse, at kommunen var pligtig til at følge det med søgte amts påbud. Dette skete, uanset der også var nedlagt påstand mod kommunen om erstatning. Denne påstand blev påkendt. Billedet er endnu mere broget, da amtets påbud var stadfæstet af Miljøstyrelsen, der ikke var søgt.

I den nævnte højesteretsdom af 8.2.2000 søgte Dansk Cyklist Forbund Roskilde Kommune, selvom dennes afgørelse var stadfæstet af Naturklagenævnet. Kommunen havde ikke påstået, at sagen skulle have været anlagt mod nævnet, og spørgsmålet er ikke nævnt i dommen. Spleth anfører i U 1984B.187, at domstolen ikke tager stilling til spørgsmålet om rette søgte myndighed uden en påstand om afvisning eller rettere frifindelse. Der bør imidlertid over for Spleths opfattelse nævnes, at søgtes identitet let bliver afgørende for, hvor sagen anlægges. Vedrører sagen alene en kommunes afgørelse, er udgangspunktet efter rpl § 224 byretten. Vedrører sagen derimod prøvelse af en afgørelse fra en statslig klageinstans, skal sagen efter § 225 anlægges ved landsretten. I cyklistforbundets sag blev sagen henvist til landsretten efter § 226, stk. 1. Det korrekte ville vel have været henvisning efter § 225, da sagen reelt vedrørte Naturklagenævnets afgørelse.

Efter forvaltningslovens § 26 er en forvaltningsmyndighed pligtig til at oplyse adressaten for en afgørelse om en eventuel frist for at anfægte afgørelsen ved søgsmål. Forvaltningen burde - i hvert fald klagenævnene - være forpligtet til samtidig at oplyse, mod hvem en eventuel sag skal anlægges. Det er urimeligt, at parter skal lide retstab, fordi retstilstanden på dette område er ganske uklar.

Hvis der er tale om andre påstande, afhænger det af påstanden, mod hvem søgsmålet skal rettes. I U 1999.1538 H havde amtet nægtet tilladelse til yderligere råstofindvinding. Afgørelsen var stadfæstet af Skov- og Naturstyrelsen og af Miljøklagenævnet. Adressaten rejste krav om ekspropriationserstatning over for Skov- og Naturstyrelsen og subsidiært en almindelig erstatningspåstand over for amtet på grund af sagsbehandlingsfejl. Han fik medhold i påstanden om ekspropriationserstatning. Det forekommer rigtigt, at en påstand om erstatning på grund af forkert sagsbehandling - herunder lovforklaring - rejses over for den kommunale myndighed, hvis det er den, der har begået den erstatningspådragende fejl, uanset om klageinstansen har fundet fejlen uden betydning for afgørelsens gyldighed. I U 2000.276 H krævede et olieselskab erstatning forat have betalt for oprydning efter en olieforurening, som kommunen havde påbudt. Påbuddet var stadfæstet af Miljøstyrelsen. Sagen blev rejst mod kommunen som erstatningsansvarlig og med styrelsen som biintervenient. Hvis olieselskabet i denne sag havde påstået det offentlige tilpligtet at anerkende, at påbuddet var ugyldigt, skulle sagen have været rejst

mod Miljøstyrelsen. Men er dette ikke uacceptabelt, hvis anerkendelsesdommen kan danne grundlag for et erstatningskrav? Dette synspunkt kunne tale for en betydelig åbenhed over for, hvem der errette søgte også i anerkendelsessøgsmål, jf. Vestre Landsrets ovenfor gengivne opfattelse i MAD 1997.282 V.

Hvis naboer anlægger søgsmål om afgørelsens ugyldighed, er der både et spørgsmål om, hvilken myndighed der skal søges, og om adressaten skal søges. Ofte vil naboen have påklaget afgørelsen administrativt og har derved gjort sig til adressat for klageinstansens afgørelse. Søgsmål må således kunne anlægges mod klageinstansen med det ovenfor nævnte forbehold. I MAD 1998.534 Ø fulgte naboen dette, selvom klageinstansen havde givet ham medhold. Kommunen havde derefter truffet en ny afgørelse ud fra præmisserne i klageinstansens afgørelse. Naboen ansås for berettiget til at søge klageinstansen, selvom den afgørelse, der blev anfægtet - den nye tilladelse - ikke havde været prøvet af klageinstansen. Kommunen biintervenerede i sagen. I dette tilfælde kunne sagen givetvis have været anlagt mod kommunen.

Ofte vil det være naturligt, at søgsmålet rettes mod både den offentlige myndighed, som hævdes at have truffet en ugyldig afgørelse og mod adressaten for denne afgørelse. Der vil ved et sådant søgsmål både være sikret den ekspertise, det offentlige har vedrørende administrationen af den pågældende lovgivning, og repræsentation for den borger, hvis tilladelse anfægtes. I U 1972.314 H blev sagen således anlagt både mod kommunen og bygherren. Tilsvarende i U 1986.143 H (Holte Midtpunkt), hvor domstolene dog ikke fandt anledning til at tage stilling til, om den meddelte dispensation var ugyldig. I denne sag biintervenerede Miljøministeriet. Man kan også tænke sig søgsmål alene mod naboen med miljømyndigheden som biintervenient, hvilket også sikrer den fornødne sagkundskab under sagens behandling i retten.

Der findes adskillige tilfælde, hvor søgsmålet alene rettes mod den, der har givet tilladelsen. Det er således tilfældet i den ovenfor nævnte U 1952.1101 Ø for så vidt angår ankesagen, hvor kommunen blev pålagt at betale erstatning til naboen.

Hvis søgsmålet har til formål at hindre, at adressaten udnytter en given tilladelse, synes det nærliggende at

327

kræve, at adressaten inddrages i sagen. I den i U 1983.1000 H omtalte første sag havde naboer påklaget, at kommunen havde givet tilladelse til anlæggelse af en benzinstation. Boligministeren opretholdt afgørelsen. Naboerne lagde sag an mod kommunen og benzinselskabet og påstod tilladelsen anset for ugyldig. Landsretten gav naboerne medhold, og tankstationen blev ikke anlagt, men adressaten for tilladelsen fik senere (den i ugeskriftet refererede sag) erstatning af kommunen. I U 1995.495 H havde nogle benzinselskaber fået tilladelse til udvidet åbningstid. HK anlagde sag alene mod kommunen med påstand om, at tilladelserne var materielt ulovlige og derfor ugyldige. Landsretten fandt tilladelserne materielt ulovlige, men anførte, at de var begunstigende forvaltningsakter, »og da retten ikke finder at burde tage stilling til gyldighedsspørgsmålet, når de selskaber, der er blevet begunstiget ved forvaltningsakterne, ikke er parter i sagen eller dog er blevet procesilvarslet, gives der alene sagsøgeren medhold i«, at tilladelserne er ulovlige. Højesteret bemærkede derimod, at manglende lovhjæmmel som udgangspunkt medfører, at også begunstigende forvaltningsakter annulleres, og fandt de meddelte tilladelser ugyldige. Afgørelsen er dristig og må give anledning til fundamentale overvejelser om forhandlingsmaksimens anvendelse i disse sager. Når domstolene så entydigt fastlægger retsstillingen for borgere, der ikke er parter i sagen, må domstolene have et

²⁴ Jf. FT 1996-97 till. A, s. 3676, og Koktvedgaard: Lærebog i konkurrenceret, 3. udg., 1997, s. 159.

selvstændigt ansvar for afgørelsernes rigtighed. A og B kan ikke disponere og forhandle frit i en sag om C's retsstilling.

Retsstillingen synes imidlertid at være, at søgsmål mod den myndighed, der har givet en tilladelse, er tilstrækkelig. Den private part, der har fået tilladelsen, kan således miste denne uden overhovedet at være med i sagen. Formelt har afgørelsen ikke retskraft for adressaten. Dette kan få betydning, såfremt han anlægger erstatningssag mod myndigheden, der har givet tilladelsen. Myndigheden kan i et vist omfang sikre sig en bedre position ved at opfordre den private til at indtræde i sagen.

I tilfælde, hvor sagsøgeren som i U 1986.143 H nedlægger påstand om, at et byggeri fysisk skal lovliggøres, må ejeren af byggeriet naturligvis inddrages.

7. Søgsmålsfrister

Adskillige miljølove indeholder en bestemmelse om, at søgsmål til prøvelse af afgørelse efter loven skal være anlagt, inden 6 måneder efter at afgørelsen er meddelt eller eventuelt offentlig bekendtgjort, jf. planlovens § 62, stk. 1, naturbeskyttelseslovens § 88, stk. 1, miljøbeskyttelseslovens § 101, stk. 1, og råstoflovens § 43, stk. 1. Disse fristregler er sandsynligvis alene begrundet med, at det er berettiget »at sikre, at der efter en periode ikke kan rejses tvivl om rigtigheden af en afgørelse«, som angivet i forarbejderne til miljøbeskyttelseslovens regel.²⁵

Søgsmålsfristerne vedrører ikke blot søgsmål direkte rettet mod gyldigheden af forvaltningens afgørelse, - annullationssøgsmål. Fristen gælder også et erstatningssøgsmål, hvis dette forudsætter en prøvelse af forvaltningens afgørelse. Det blev meget klart fastslået i U 1980.373 H i en sag anlagt af en nabo til den, der fik en omstridt dispensation. Det samme er forudsat i U 1995.523 V og klart udtalt i U 1990.824 H. I U 1996.1474 H synes forudsat, at fristreglerne også vedrører tilbagebetaling af beløb betalt i henhold til en ugyldig afgørelse.²⁶

I U 2000B.56 anfører Peter Pagh kategorisk, at fristen generelt ikke finder anvendelse i sager om myndigheders erstatningsansvar og henviser til U 1999.311 Ø (MAD 1998.1324 Ø) og U 1999.1444 Ø (er V).

Den førstnævnte afgørelse synes klart at følge hidtidig praksis. Situationen var speciel ved, at forsikringsselskabet for adressaten for et påbud havde påklaget dette rettidigt til Miljøstyrelsen. Under klagesagsbehandlingen valgte selskabet frem for at afvente styrelsens afgørelse at anlægge retssag med krav om tilbagebetaling af det beløb, sagsøgeren havde afholdt til efterkommelse af påbuddet. Den sagsøgte kommune hævdede, at 6-måneders fristen skulle regnes fra kommunens afgørelse. Landsretten udtalte, at da afgørelsen »rettidigt er påklaget til Miljøstyrelsen . . . , at den i § 101 fastsatte søgsmålsfrist må regnes fra Miljøstyrelsens afgørelse, der endnu ikke foreligger. Sagsøgtes afvisningspåstand kan herefter ikke tages til følge.« Landsretten fandt altså efter en indgående prøvelse, at fristen var overholdt. Det er svært at forstå, at Peter Pagh tager denne afgørelse til indtægt for, at fristen ikke gælder i denne type sager.

I U 1999.1444 V behandlede et krav om erstatning for udgifter til efterkommelse af et tilsvarende påbud. Det var i denne sag ubestridt, at søgsmålsfristen var overskredet. Den sagsøgte kommune påstod derfor sagen afvist. Sagsøger anførte, at fristen ikke burde anvendes »henset til sagens karakter, den grove ulovlighed fra sagsøgtens side samt sagens betydning for sagsøgeren m.v.« Byretten afviste sagen på grund af fristoverskridelsen og anførte, at påbuddet ikke var klart ulovligt. Landsretten fandt påbuddet ulovhjemlet og anførte: »Som følge heraf er der ikke grundlag for at afvise appellantens søgsmål for så vidt angår lovligheden af det nævnte påbud, uanset at søgsmålsfristen i miljøbeskyttelseslovens § 101, stk. 1, er overskredet.«

328

Denne afgørelse giver således Peter Pagh ret, men det er tvivlsomt, hvilken betydning afgørelsen kan tillægges. Landsretten synes at mene, at fristen ikke gælder ved ulovlige afgørelser, hvilket er klart uholdbart. Landsretten bruger ikke det argument, at sagen vedrører erstatning. Henvisningerne i noten til dommen vedrører hverken retspraksis eller litteratur vedrørende spørgsmålet om fristoverskridelse. Det er nærliggende at antage, at landsretten ikke har været bekendt med, at man brød en klar retspraksis. I så fald måtte man have forventet en vis argumentation.

Om end man kan have betydelig sympati for Peter Pagh synspunkt, må det erkendes, at det ikke har støtte i teorien og strider mod en klar højesteretspraksis og overvejende landsretspraksis. Peter Pagh anfører, at fristreglerne næppe kan påberåbes ved fejlagtig implementering af EU-direktiver.²⁷

I U 1980.30 H afgjorde Højesteret klart, at adressaten for en afgørelse under en straffesag kan bestride gyldigheden af den afgørelse, han er tiltalt for ikke at efterkomme, uanset at han ikke har rejst sag inden for søgsmålsfristen. For Højesteret havde anklagemyndigheden alene påstået tiltalte idømt tvangsbøder og altså ikke straf. Adressaten, der under en civil sag på grund af fristreglen er blevet afskåret fra domstolsprøvelse, kan herefter blot forholde sig passiv og derved sikre sig en prøvelse, hvis forvaltningen forsøger at gennemtvinge afgørelsen gennem idømmelse af tvangsbøder. Som Thomas Philbert Nielsen U 1981B.322 bemærker, har Højesteret fortolket fristreglerne i forhold til adressaterne - der var den primære målgruppe - så der er fastlagt en tilstand, hvor fristreglerne anvendes strengt, men tenderer at være uden betydning. Samtidig har man i erstatningssagerne reelt fastsat en kort frist, der gør forældelsesreglerne illusoriske.

Bent Christensen rejser spørgsmålet, om domstolene afviser et søgsmål på grund af fristoverskridelse ex officio og henviser til, at skattemyndighederne i sjældne tilfælde undlader at påberåbe sig fristoverskridelse, og at domstolene herefter har set bort fra overskridelsen.²⁸ Det anføres, at domstolene formentlig vil følge samme linje på andre områder af den specielle forvaltningsret. Den overvejende opfattelse er nok den modsatte.²⁹

Det er tvivlsomt, om domstolene kan se bort fra en mere eller mindre undskyldelig fristoverskridelse. Ofte nævnes U 1950.498 H, hvor en overskridelse blev anset for undskyldelig, men

²⁵ FT 1990-91, 2. saml., till. A, s. 1579.

²⁶ Spørgsmålet er indgående behandlet af Thomas Philbert Nielsen i U 1981B.313. Se også Bjerring og Møller: Miljøbeskyttelsen, 1998, s. 748. Peter Pagh anfører i Miljøret - en ret for hvem?, 1998, s. 515, at søgsmålsfristen i miljøbeskyttelsesloven næppe udelukker tredjemands erstatningsansvar mod myndighederne. Synspunktet er tidligere anført af E.M. Basse og Toftegaard Nielsen i E.M. Basse (red.): Håndhævelse af miljølovgivning, 1997, s. 224. Der anføres ingen af stederne praksis til støtte for påstanden.

²⁷ Miljøansvar - en ret for hvem?, 1998, s. 516.

²⁸ Forvaltningsret. Prøvelse, 1994, s. 32.

²⁹ Jørgen Mathiassen i Garde m.fl.: Forvaltningsret - Almindelige emner, 3. udg., 1997, s. 311, Jon Andersen i Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 1994, s. 540, og Bjerring og Møller: Miljøbeskyttelsesloven, 1998, s. 749. Der ses ingen nyere afgørelser om spørgsmålet.

afgørelsen er fra før adressaten blev vejledt om søgsmålsfristen. Jørgen Mathiassen nævner, at domstolene ikke ønsker at fortolke fristregler således, at de virker som »faldgruber« for borgerne.³⁰ Det er tvivlsomt, om dette stadig er retsstillingen. I den ovenfor refererede sag, MAD 1997.282 V, havde sagsøger anlagt sag mod kommunen, der påstod sagen afvist, da rette sagsøgte var Naturklagenævnet. 9 dage efter stævnedede sagsøgte nævnet. 6-måneders fristen var udløbet 1 måned og 6 dage tidligere. Nævnet påstod sagen afvist på grund af fristoverskridelse. Landsretten fandt, at der forelå »sådanne særegne forhold«, at søgsmålet ikke burde afvises. I U 1998.1637 H havde sagsøger rettidigt anlagt sag mod kommunen, men først godt 3 måneder senere adciteret Naturklagenævnet. 6-måneders fristen var her overskredet med 3 måneder. Østre Landsret afviste sagen, da det ikke havde betydning for fristen i forhold til nævnet, at sagen rettidigt var anlagt mod kommunen og dels mod kommunen, da denne ikke var rette sagsøgte. Som nævnt ankede sagsøgeren afvisningen til Højesteret, men fik appellen afvist, da afvisningen skulle være påkæret inden for 2 uger. Højesteret kunne vel have tilladt kæremålet efter § 394, stk. 2. Efter denne afgørelse er det svært at forestille sig, at domstolene vil bortse fra selv mindre fristoverskridelser. I U 1990.824 H stadfæstede Højesteret en afvisning på grund af betydelig fristoverskridelse, men nævnte, at der ikke var anført omstændigheder, der kunne bevirke, at man bortså fra den lange og ikke rimeligt begrundede overskridelse af fristen. Denne begrundelse indikerer, at der især tilfælde kan bortses fra fristen. I U 1993.481 H synes holdningen i Højesteret at være den omvendte. Landsretten afviste en sag på grund af en fristoverskridelse med bemærkning, at der ikke var anført omstændigheder, der berettigede at bortse fra fristoverskridelsen. Højesteret afviste alene på grund af den objektive fristoverskridelse. I flere tilfælde er fristspørgsmålet udskilt til særskilt behandling efter retsplejelovens § 253, se f.eks. U 1995.523 V og U 1998.1637 H (MAD 1998.870 H).

I de fleste tilfælde volder beregningen af fristen ikke større problemer. Fristen regnes som udgangspunkt fra dagen efter afgørelsens datering, medmindre adressaten kan sandsynliggøre ikke at have modtaget afgørelsen denne dag, jf. MAD 1999.49 H. Forvaltningsmyndigheden skal efter forvaltningslovens § 26 vejlede adressaten om en eventuel søgsmålsfrist. Har forvaltningen glemt dette, regnes fristen fra den senere vejledning.³¹ Er fristen overskredet, har adressaten undertiden prøvet at anfægte afgørelsen ved at få klageinstansen til at genoptage behandlingen. Afviser klageinstansen dette,

329

kan adressaten ikke anfægte den oprindelige afgørelse inden for 6 måneder fra klageinstansens afvisning, jf. MAD 1998.561 Ø og MAD 1998.565 Ø. Han kan derimod inden 6 måneder anlægge sag om klageinstansens nægtelse af genoptagelse. I U 1998.759 V afviste landsretten at pålægge myndigheden at genoptage sagen, da sagsøger ikke havde godtgjort, at der var fremkommet væsentlige, nye oplysninger om forhold, som miljømyndigheden ikke var bekendt med på tidspunktet for dens afgørelse, og som

måtte antages at ville have medført en væsentlig ændret vurdering hos miljømyndigheden. Se også U 1995.523 V med en muligvis mere gunstig behandling af en nabo, der havde klaget og derfor var adressat.³²

Som nævnt omtaler fristreglerne i forhold til andre end adressaten en offentlig bekendtgørelse som fristens begyndelsestidspunkt. I tilfælde, hvor der ikke er nogen offentliggørelse, opstår spørgsmålet om, hvornår fristen skal regnes fra. Udgangspunktet må vel være, hvornår naboen har fået viden om afgørelsen.

Bent Christensen finder ikke, at ukklarheden om retsvirkningerne af frister er tiltalende.³³ Uklarhederne er så store, at den sagsøger, der ønsker at være sikker på at få en realitetsbehandling ved domstolene, bør sørge for at anlægge sag inden fristens udløb og spørge klageinstansen, mod hvem sagen skal rejses.

8. Myndighedernes civile fuldbyrdelsessøgsmål

Hvis adressaten for miljømyndighedens afgørelse ikke vil rette sig efter afgørelsen, og miljømyndigheden ønsker sin afgørelse fuldbyrdet, kan miljømyndigheden vælge enten at anlægge et civilt fuldbyrdelsessøgsmål eller at indgive politianmeldelse med anmodning om, at adressaten idømmes tvangsbøder.

Efter retsplejelovens § 684, stk. 1, nr. 1, behandles i strafferetsplejens former »sager, hvorunder det offentlige nedlægger påstand om særlige følger, der til fyldestgørelse for det almene er fastsat for overtrædelse af love om . . . bygningsvæsnet . . . og lignende love.« Reglen er taget fra den norske lov om rettergang fra 1887, men blev i Norge ophævet i 1917.³⁴ Poul Sørensen argumenterede i J 1968.233 med henvisning til nogle få landsretsdomme for, at denne bestemmelse udelukker forvaltningens civile fuldbyrdelsessøgsmål. Dette blev allerede i J 1968.307 imødegået af højesteretsdommer H. Tamm. I 70'erne realitetsbehandlede Højesteret to af de nævnte sager, jf. U 1975.1023H og U 1977.514 H. I senere teori er indgående argumenteret for, at miljømyndighederne kan anlægge civile søgsmål.³⁵ Ikke desto mindre anføres i Bet. 981/1983 om Håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen, s. 121, at Højesteret burde have afvist de to nævnte søgsmål som stridende mod § 684, stk. 1, nr. 1. Der var ingen dommere i udvalget, hvilket måske forklarer den noget specielle argumentationsform. Synspunktet, at civile fuldbyrdelsessøgsmål skal afvises, har betydelig magt over sindene, således anfører Gammeltoft-Hansen i Kommenteret Retsplejelov III, 1994, s. 3, ganske kort dette synspunkt og henviser til de gamle landsretsdomme, og nævner end ikke Højesterets modsatte opfattelse.

Selvom det må antages, at en miljømyndighed kan anlægge et civilt søgsmål, vil den typisk end ikke overveje dette. Den primære grund hertil er, at det er gratis at lade anklagemyndigheden føre sagerne, hvorimod det kan være dyrt at føre en civil sag - især hvis den tabes. Dette specielle danske system medfører, at den borger, der mener, at forvaltningen mangler hjemmel for sine afgørelser, herhjemme næsten pr. automatik bliver politianmeldt og vil føle

³⁰ Garde m.fl.: Forvaltningsret - Almindelige emner, 3. udg., 1997, s. 311.

³¹ Jf. Jon Andersen i Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 1994, s. 540.

³² Se i øvrigt Bent Christensen: Forvaltningsret. Prøvelse, 1994, s. 33.

³³ Forvaltningsret. Prøvelse, 1994, s. 33.

³⁴ Jf. Toftegaard Nielsen og E.M. Basse (red.): Håndhævelse af miljølovgivning, 1997, s. 243.

³⁵ Jf. Thomas Philbert Nielsen J 1981.1 ff, Toftegaard Nielsen J 1988.248 og Jørgen Mathiassen i Garde m.fl.: Forvaltningsret - Almindelige emner, 3. udg., 1997, s. 540. Senest antages i Jens Anker Andersen: Tvangsfuldbyrdelse, 3. udg., 1997, s. 283, at straffedomme til lovliggørelse kan fuldbyrdes efter civilprocessens regler, hvilket fører til samme konklusion vedrørende civile søgsmål.

sig kriminaliseret.³⁶ Der har været meget ringe interesse for dette etiske aspekt ved gældende lovgivning. På enkelte områder gives adressaten dog en noget mere fordelagtig behandling. Efter produktsikkerhedslovens § 23, stk. 2, skal kontrolmyndigheden selv indbringe spørgsmålet for domstolene, hvis adressaten for visse påbud eller forbud gør indsigelse.

9. Den besynderlige danske løsning

Den ovenfor refererede uklare retsstilling medfører en betydelig risiko for, at den borger og advokat, der vil anfægte forvaltningens afgørelse, falder i en faldgrube, allerede inden sagen realitetsbehandles. Dette er ikke acceptabelt. I en del af tilfældene kan borgeren dog løse de processuelle problemer uden faldgruberisiko. I alle tilfælde, hvor adressaten for en afgørelse mener, at den er ulovlig og derfor ikke vil rette sig efter afgørelsen, kan han vælge blot at forholde sig passiv og afvente en straffesag, hvis han er ligeglad med den inkriminering, der ligger i straffesagen.

I U 1988.616 Ø vedrørende en fantasifuld istandsættelse af et hønsehus anlagde ejeren sag for at anfægte miljømyndighedernes pålæg om nedrivning af huset. Han tabte sagen og blev pålagt at betale det offentliges

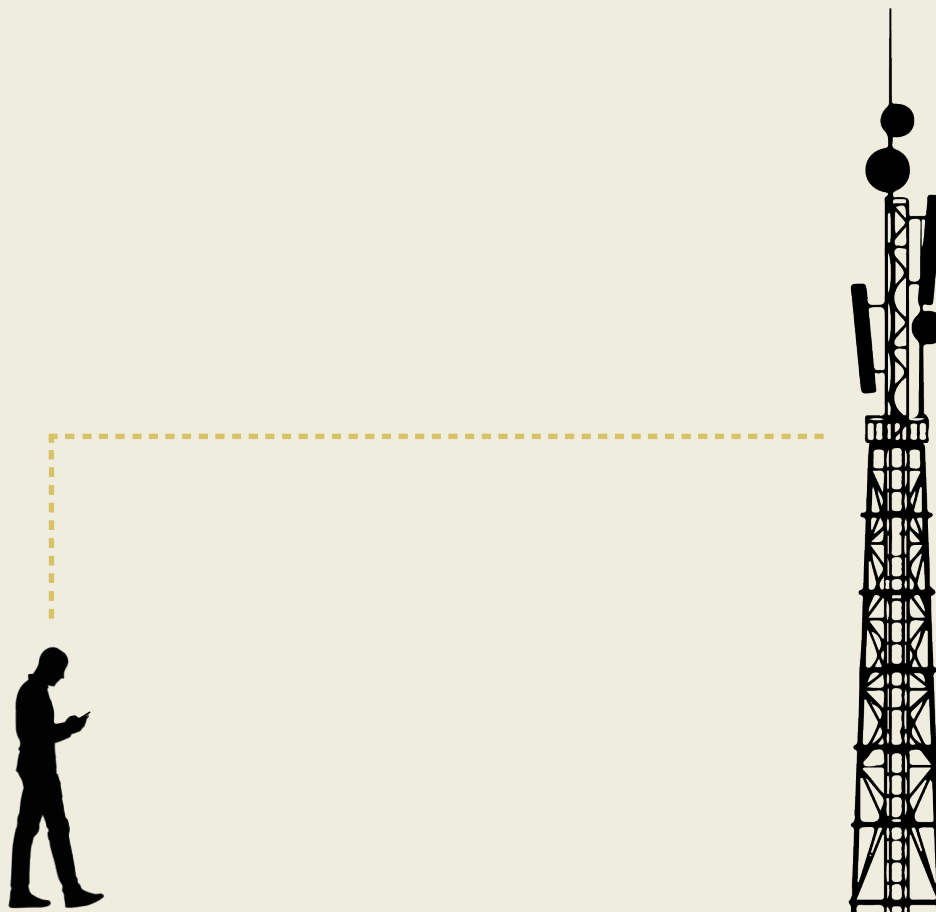
330

sagsomkostninger med 15.000 kr. I U 1991.85 H valgte borgeren den anden løsning, og hans advokat gik endog så langt som til at meddele fredningsmyndighederne, at hans klient havde indledt en efter myndighedernes opfattelse ulovlig adfærd, og bad om, at fredningsmyndighederne så hurtigt som muligt indgav politianmeldelse. Afgørelsen i den sidste sag endte med frifindelse i Højesteret, og sagerne er derfor ikke umiddelbart sammenlignelige omkostningsmæssigt. Der er dog næppe tvivl om, at den borger, der blot afventer straffesagen, i dag slipper betydeligt billigere, hvis han taber sagen. Ejeren af hønsehuset havde i straffesagen næppe fået en bøde på 15.000 kr., samtidig med at huset skulle nedrives. På mange punkter ville han nok også være bedre stillet

processuelt under en straffesag. Først og fremmest vil han sandsynligvis straffesagen få en bevismæssig fordel, og han risikerer ikke at blive afskåret fra at fremsætte indsigelser, fordi anbringendet kommer for sent, se f.eks. U 2000.276 H (der dog vedrørte et erstatningskrav). I MAD 1999.93 V forklarede sagsøger, at han frem forat anlægge civil sag vedrørende et påbud om tilslutning til den kommunale vandforsyning forsøgte at få kommunen til at anmelde ham til politiet, men at det ikke lykkedes. Øjensynligt kunne han blot ved at forholde sig passiv have tvunget kommunen til at anmelde ham.

10. Konklusion

Borgerne er ved grundloven tillagt den beskyttelse, at de kan få efterprøvet forvaltningens afgørelser ved domstolene. Domstolenes praksis viser imidlertid, at borgerne meget ofte ikke får en realitetsafgørelse fra domstolene, fordi domstolenes opfattelse af, hvem der kan rejse sag, og imod hvem den skal rejses, skifter fra sag til sag, uden at det vist er muligt for selv velkvalificerede advokater at finde nogen linie. Problemet bliver naturligvis særlig stort, når domstolene samtidig håndhæver den ofte gældende søgsmålsfrist på 6 måneder særdeles restriktivt. Det er svært at frigøre sig fra, at domstolenes opfattelse i visse tilfælde har været mere præget af bekvemmelighed (læs afvisning) end af beskyttelse af borgerne. Specielt er det påfaldende, at domstolene ikke finder grundlag for realitetsprøvelse af statsorganers afgørelse selv i tilfælde, hvor Kammeradvokaten som statens advokat og med en processuel erfaring i denne type sager, der er noget større end de enkelte dommeres, ikke finder grundlag for at afvise sager eller frifinde af de nævnte formelle grunde. Domstolenes problemer er ikke blevet mindre af, at stadig flere sager må forventes rejst mod kommuner, hvis advokater ikke har samme rutine. Med den nuværende helt uklare retsstilling synes ombudsmandsbeskyttelsen - i det omfang afgørelsernef alder inden for hans kompetence - at være et noget mere tillidsvækkende system end domstolene. Det kan hverken domstolene eller borgerne være tjent med.



Analyse:

ULOVLIG LOGNING – TID TIL EN LOVREVISION

Af Jacob Mchangama og Helene Qvist Petersen



Ulovlig logning – tid til en lovrevision

© Justitia og forfatteren, 2021

ISBN: 978-87-972489-5-9

Justitia - Danmarks uafhængige juridiske tænketank

Fruebjergvej 3. 2100 København Ø

www.justitia-int.org

info@justitia-int.org

Justitia er Danmarks eneste juridiske tænketank, der alene har fokus på retssikkerhed og frihedsrettigheder. Justitias formål er gennem analyser af høj faglig kvalitet og fremsættelse af konkrete juridiske løsningsforslag at påvirke den offentlige og politiske dagsorden med henblik på at fremme en politisk kultur, hvor disse værdier nyder den nødvendige respekt.

Justitias publikationer kan frit citeres med tydelig kildeangivelse.

Publikationen er en del af projekterne Frihedens Fremtid.

Projektet støttes af:



DREYERSFOND

Indhold

De danske logningsregler	2
Loggede oplysninger i praksis	3
EMRK og Charteret	3
EU-Domstolens retspraksis	5
Den nationale udvikling på området for logning	8
2002-2015: Vedtagelse af dansk logning og Digital Rights-dommen	8
2016-2019: Tele2-dommen, retssag mod justitsministeren og fejl i teledata	9
2020-2021: La Quadrature-dommens indflydelse på den danske retstilstand og fejl i data	11
Analyse af den nationale retstilstand i lyset af EU-Domstolens praksis	13
Logningsreglernes modstrid med EU-retten	13
Den fortsatte opretholdelse af EU-retsstridige regler	13
Indgrebets intensitet	15
Opfordring til logning og forholdet til persondataretten	15
Forslag til midlertidig løsning	18
Sammenfatning	19
Forslag til alternativ ordning	19
Logning af trafik- og lokaliseringsdata	21
Logning af IP-adresser og brugeridentitetsoplysninger	27
Konklusion	28
Anbefalinger	29
Bilag 1: EU-Domstolens retspraksis	31

De danske logningsregler

Terrorangrebene i USA den 11. september 2001 medførte et paradigmeskifte i Vestlige demokratiers vilje til at overvåge deres borgere. Med Folketingets vedtagelse af Terrorpakke I i 2002 indførte man derfor bl.a. en bestemmelse i retsplejelovens § 786, stk. 4,¹ hvorved teleudbydere blev pålagt at registrere og opbevare oplysninger om teletrafik til brug for efterforskning og retsforfølgning af strafbare forhold.

I kølvandet på terrorangrebene i Madrid (2004) og London (2005) vedtog EU i 2006 det såkaldte logningsdirektiv.² I medfør af Retsplejelovens § 786, stk. 4, 2. pkt. blev logningsbekendtgørelsen³ udstedt, og den trådte i kraft den 15. september 2007, hvormed logningsdirektivet blev implementeret i dansk ret.⁴

De oplysninger, der ifølge logningsbekendtgørelsen skal logges, omfatter bl.a. hvem borgerne SMS'er med og ringer til, hvornår og hvor længe de gør det, samt hvor de opholder sig, når de foretager denne kommunikation. Indholdet i kommunikationen skal ikke registreres. Der er med andre ord tale om overvågning af metadata, dvs. data om data, eller populært kaldet data om "hvem, hvad og hvornår". Oplysningerne gør det muligt at lave en meget præcis profil over hver enkelt persons adfærd.

Adgangen til de loggede oplysninger bliver reguleret i retsplejelovens kap. 71 om indgreb i meddelelshemmeligheden, der bl.a. kræver mistanke om en alvorlig forbrydelse og retskendelse, og kap. 74 om edition. For en nærmere gennemgang henvises til Justitsministeriets redegørelse om reglerne.⁵

¹ Bestemmelsen blev indsat ved Lov 2002-06-06 nr. 378, § 2

² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15/3 2006

³ Bekendtgørelse 2006-09-28 nr. 988

⁴ Munk-Hansen, C, m.fl.: Retssikkerhed i konkurrence med andre hensyn, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, kapitel 2, s. 53

⁵ Se Justitsministeriet, Notat om betydning af EU-Domstolens dom af 8. april i de forenede sager c.293/12 og c-594/12 for de danske logningsregler, 2/6 2014, punkt 3, s. 6 og frem. Tilgængelig [her](#).

Loggede oplysninger i praksis

Logning er gentagne gange i årenes løb blevet fremhævet som et afgørende redskab for politiet.⁶ Konkret er anvendelsen af loggede data blevet nævnt i forbindelse med sager om bl.a. terrorisme, organiseret narkohandel, drab, bandekriminalitet og databedrageri.⁷ I en redegørelse fra 2018 om anvendelsen af loggede data oplyste den daværende justitsminister, at der i 2017 blev indhentet teleoplysninger og udvidede teleoplysninger i alt 4.061 gange.⁸ For en mere teknisk gennemgang af anvendelsen af teledata i straffesager henvises til Rigsadvokatens og Rigspolitiets redegørelse om teledatasagen af 28. september 2019, punkt 4.⁹

EMRK og Charteret

Selvom logningsdirektivet blev erklæret ugyldigt i 2014,¹⁰ finder EU-retten (herunder Charteret¹¹ og e-databeskyttelsesdirektivet¹²) anvendelse på nationale logningsregler. Dette er fastslået af EU-Domstolen,¹³ som er øverste myndighed i fortolkningen af EU-lovgivning. Derudover har Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) betydning for rammerne for de danske logningsregler. EMRK er inkorporeret i dansk ret og dermed en del af gældende dansk lovgivning.¹⁴ Det nærmere indhold af EMRK fastlægges af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD).

De grundlæggende rettigheder, der har betydning for regler om logning, er navnlig retten til respekt for privatlivet og retten til beskyttelse af personoplysninger. Derudover har ytringsfriheden betydning, idet overvågning kan have negativ indvirkning på udøvelsen af denne ret.¹⁵ Retten til respekt for privatlivet er sikret ved Charterets art. 7, som indholdsmæssigt svarer til EMRK art. 8. Beskyttelsen af personoplysninger reguleres i Charterets art. 8, og denne bestemmelse er bl.a.

⁶ Se f.eks. Justitsministeriet, Redegørelse om diverse spørgsmål vedrørende logningsreglerne, 2012, punkt 5.6, tilgængelig [her](#), Lovforslag nr. 191 som fremsat 26/4 2017, punkt 3, Justitsministerens besvarelse af 19/6 2018 af Retsudvalgets spørgsmål 627 stillet den 9/4 2018 og Justitsministeriets notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Retsudvalg om afgivelse af indlæg i EU-Domstolens forenede sager C-793/19 og C-794/19, SpaceNet m.fl., 14/2 2020

⁷ Se f.eks. Justitsministeriet, Redegørelse om diverse spørgsmål vedrørende logningsreglerne, 2012, pkt. 5, tilgængelig [her](#) og åbent samråd om logningsreglerne afholdt 14/1 2021, som kan ses [her](#)

⁸ Justitsministerens besvarelse af 19/6 2018 af Retsudvalgets spørgsmål 627 stillet den 9/4 2018

⁹ Redegørelsen er tilgængelig [her](#).

¹⁰ EU-Domstolens dom (Store Afdeling) af 8/4 2014 i de forenede sager C-293/12 og C-594/12, Digital Rights and Others v. Ireland

¹¹ Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (2016/C 202/02)

¹² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12/7 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor

¹³ EU-Domstolens dom (Store Afdeling) af 21/12 2016 i de forenede sager C-203/15 og C-698/15, Tele2 Sverige og Watson m.fl., præmis 65-81

¹⁴ Lov 1992-04-29 nr. 285. Loven trådte i kraft 1. juli 1992

¹⁵ Dette er også fastslået af EU-Domstolen, jf. EU-Domstolens dom (Store Afdeling) af 21/12 2016 i de forenede sager C-203/15 og C-698/15, Tele2 Sverige og Watson m.fl., præmis 92-93 og 100

baseret på EMRK art. 8. Ytringsfriheden er sikret ved Charterets art. 11, og svarer overordnet set indholdsmæssigt til EMRK art. 10.

I 2018 afsagde EMD den skelsættende dom *Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom*,¹⁶ der indeholder en omfattende gennemgang af Storbritanniens overvågningsprogram.

Et af spørgsmålene i *Big Brother*-dommen drejer sig om, hvorvidt det kunne retfærdiggøres at yde ringere beskyttelse af en delmængde af metadata end af selve indholdet i den overvågede kommunikation. I forbindelse med denne vurdering udtaler EMD med forsigtighed, at Domstolen ikke er overbevist om, at overvågning af de pågældende metadata er mindre indgribende end overvågning af indholdet i kommunikationen.¹⁷ EMD konkluderer, at den manglende beskyttelse af de pågældende metadata var i strid med retten til privatliv i EMRK's artikel 8.¹⁸

Et andet spørgsmål, der undersøges i dommen, er reglerne for myndighedernes *adgang* til metadata. Her lægger EMD sig eksplicit op ad EU-Domstolens praksis.¹⁹ De omhandlede regler fandtes ikke at være i overensstemmelse med disse krav, og blev derfor fundet i strid med privatlivets beskyttelse.²⁰

Samtidig bør det bemærkes, at EMD i *Big Brother*-dommen fastslår, at anvendelsen af masseovervågning ("bulk interception") i sig selv falder inden for statens skønsmargin, hvorefter EMD blot påser, om overvågningen er tilknyttet tilstrækkelige garantier mod misbrug og lignende.²¹ "Bulk interception" indebærer i sin natur en omfattende generel og ikke-målet indsamling af data, der både omfatter indholdet i kommunikation og metadata. Der kan derfor tydes en vis uoverensstemmelse med EU-Domstolens praksis på området, jf. om denne praksis nedenfor. EMD udtaler også, at det vil være forkert at antage, at "bulk interception" per automatik udgør et større indgreb end målet overvågning.²²

EMD's praksis har både selvstændig betydning, da domstolens afgørelser er juridisk bindende men fungerer også som fortolkningsbidrag til EU-rettens beskyttelse af privatliv og persondata i Charteret.

EMD har dog ikke forholdt sig lige så direkte til spørgsmålet om logning som EU-Domstolen. I nedenstående afsnit gennemgås EU-Domstolens praksis på området, idet denne praksis forholder sig konkret og utvetydigt til logningsområdet. Det er her vigtigt at bemærke, at de uklarheder der består i EMD's praksis, ikke ændrer på EU-rettens direkte betydning for de danske regler.

¹⁶ Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 13/9 2018 i sagsnummer 58170/13, 62322/14 og 24960/15, *Big Brother Watch and others v. The United Kingdom*

¹⁷ *Big Brother Watch and others v. The United Kingdom*, præmis 387

¹⁸ *Big Brother Watch and others v. The United Kingdom*, præmis 388

¹⁹ *Big Brother Watch and others v. The United Kingdom*, præmis 463

²⁰ *Big Brother Watch and others v. The United Kingdom*, præmis 467-468

²¹ *Big Brother Watch and others v. The United Kingdom*, præmis 316-317

²² *Big Brother Watch and others v. The United Kingdom*, præmis 316

EU-Domstolens retspraksis

EU-Domstolen har afsagt tre centrale domme, der direkte vedrører logning. Derudover verserer et antal sager fortsat ved Domstolen. Nedenfor gennemgås de tre domme i overordnede træk. For en mere detaljeret gennemgang af dommene henvises til analysens bilag 1. De verserende sager gennemgås ikke nærmere her.²³

Allerede i 2014 afsagde EU-Domstolen **Digital Rights-dommen**.²⁴ Her blev logningsdirektivet, som de danske logningsregler i vidt omfang bygger på, erklæret ugyldigt. EU-Domstolen fastslog, at logning indebærer et indgreb af særlig alvorlig karakter i retten til respekt for privatlivet og retten til beskyttelse af personoplysninger.²⁵ Da logning har til formål at bekæmpe grov kriminalitet, herunder terrorisme, forfølger det dog et formål af almen interesse.²⁶ EU-Domstolen konkluderede imidlertid, at logningsdirektivet stred imod proportionalitetsprincippet, da det gik ud over det strengt nødvendige. Herefter blev direktivet erklæret ugyldigt.²⁷

I 2016 afsagde EU-Domstolen **Tele2-Dommen**.²⁸ Her udtalte Domstolen, at EU-retten – herunder retten til respekt for privatlivet – er til hinder for en national lovgivning, der fastsætter en generel og udifferentieret logningspligt for samtlige trafik- og lokaliseringsdata.

Trafikdata omfatter bl.a. afsendelse/modtagelse af SMS'er og telefonopkald. Lokaliseringsdata omfatter bl.a. mastedata, dvs. hvilken mast/celle kommunikation sker fra, hvilket giver oplysninger om hvor en person befinder sig, når vedkommende kommunikerer via f.eks. sin mobiltelefon.

Samtidig udtalte EU-Domstolen, at der lovligt kan ske *målrettet* logning af sådanne data. Under proportionalitetsvurderingen udtalte Domstolen, at uanset hvor grundlæggende målet om at bekæmpe grov kriminalitet er, og uanset at effektiviteten kan afhænge af anvendelsen af moderne efterforskningsteknikker, kan det ikke i sig selv retfærdiggøre generel og udifferentieret logning.²⁹

Senest afsagde EU-Domstolen i oktober 2020 **La Quadrature-dommen**.³⁰ I La Quadrature-dommen bekræfter EU-Domstolen bl.a. Tele2-dommens konklusioner vedrørende generel og udifferentieret logning.

Dog udtaler Domstolen også, at der undtagelsesvis kan ske midlertidig generel og udifferentieret logning af trafik- og lokaliseringsdata. Denne mulighed er underlagt en række stringente krav, og kræver bl.a., at medlemsstaten står overfor en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, der er reel og aktuel eller forudsigelig (f.eks. en konkret terrortrussel). Det er vigtigt at bemærke, at

²³ Se sagsdokumenter tilgængelige [her](#): (Sag C-746/18), [her](#) og [her](#) (Sag C-793/19 og C-794/19) samt [her](#) (Sag C-140/20)

²⁴ EU-Domstolens dom (Store Afdeling) af 8/4 2014 i de forenede sager C-293/12 og C-594/12

²⁵ Digital Rights-dommen, præmis 37, jf. Charterets artikel 7 og 8

²⁶ Digital Rights-dommen, præmis 41-44

²⁷ Digital Rights-dommen, præmis 69-71

²⁸ EU-Domstolens dom (Store Afdeling) af 21/12 2016 i de forenede sager C-203/15 og C-698/15

²⁹ Digital Rights-dommen, præmis 103

³⁰ EU-Domstolens Dom (Store Afdeling) af 6/10 2020 i de forenede sager C-511/18, C-512/18 og C-520/18

beskyttelse af den nationale sikkerhed udgør den nedre grænse for, hvilke formål en sådan logningsordning kan etableres til.³¹

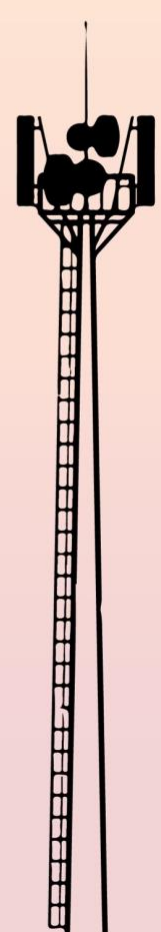
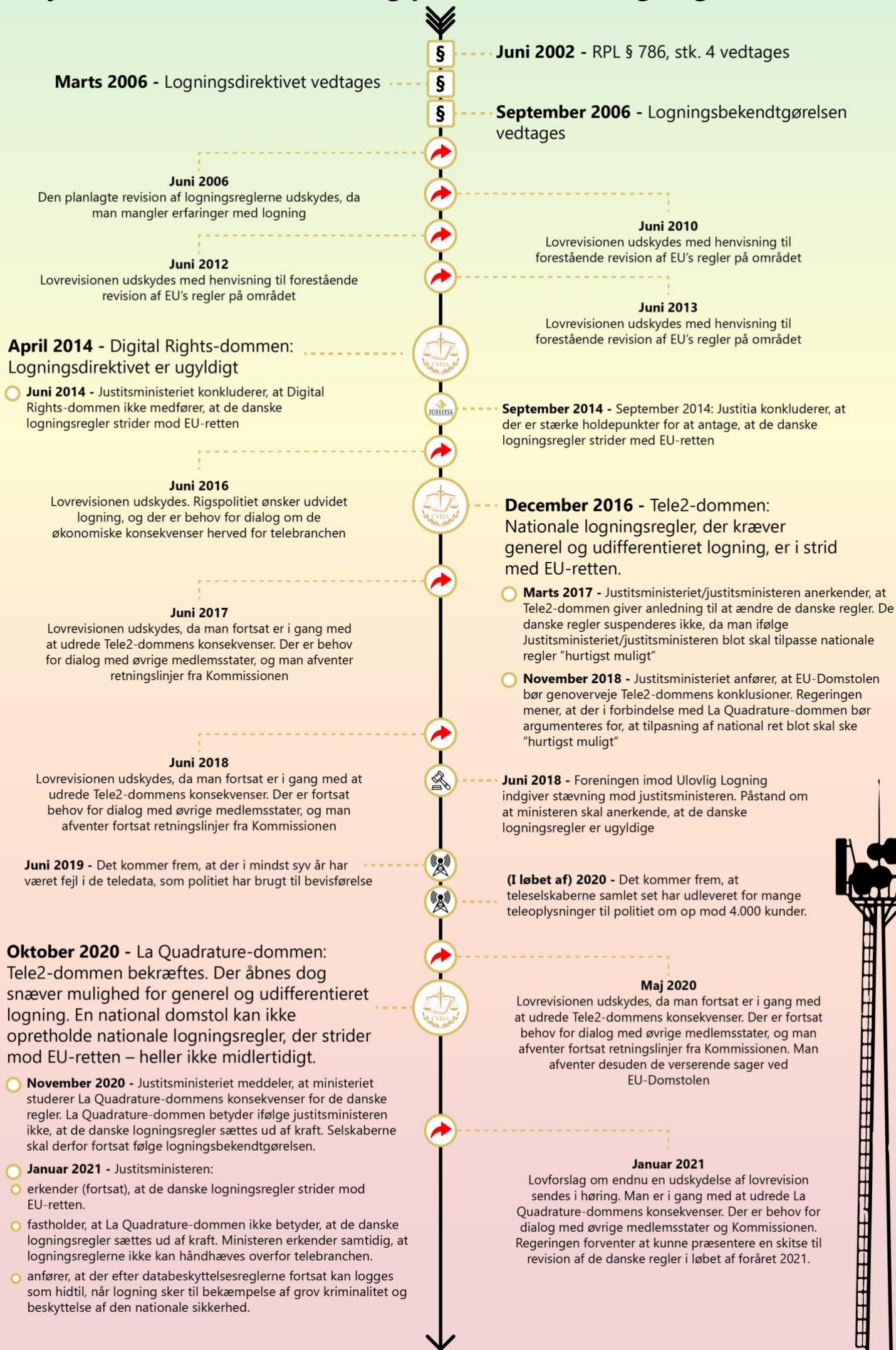
EU-Domstolen gentager, at det er lovligt at etablere målrettet logning af trafik- og lokaliseringsdata. Den nedre grænse for, hvilke formål en sådan målrettet logning kan ske af hensyn til, er grov kriminalitet. Domstolen specificerer også, hvordan en målrettet logningsordning kan indrettes.³²

Derudover gør EU-Domstolen det klart, at en national domstol ikke kan opretholde nationale logningsregler midlertidigt, når de strider mod EU-retten.

EU-Domstolen behandler også øvrige spørgsmål om logning i La Quadrature-dommen, bl.a. muligheden for at logge andre datatyper end trafik- og lokaliseringsdata, indsamling af data i realtid og anvendelse af ulovligt opnåede data som bevis. Der henvises til bilag 1 for en nærmere gennemgang af dommen.

³¹ La Quadrature-dommen, præmis 134-139

³² La Quadrature-dommen, præmis 140-151



Den nationale udvikling på området for logning

2002-2015: Vedtagelse af dansk logning og Digital Rights-dommen

Fra vedtagelsen af retsplejelovens § 786, stk. 4 i 2002 og frem til og med 2020 er revision af logningsreglerne blevet udskudt otte gange.³³

Udskydelserne af lovrevisionen frem til afsigelsen af Digital Rights-dommen var bl.a. begrundet i, at EU planlagde at revidere logningsdirektivet, hvilket man ønskede at afvente, førend de danske regler blev revideret.³⁴

Med afsigelsen af Digital Rights-dommen i 2014 blev logningsdirektivet imidlertid erklæret ugyldigt. Dette gav anledning til at vurdere de danske logningsregler, idet reglerne i logningsbekendtgørelsen i vidt omfang svarer til det nu ugyldige direktiv. Således foretog Justitsministeriet en analyse af dommens konsekvenser for de danske regler. Analysens omdrejningspunkt er, om indgrebet er afgrænset til det strengt nødvendige. I vurderingen lægger ministeriet vægt på dommens præmis 54 om, at lovgivningen skal fastsætte klare og præcise regler, der gør det muligt at beskytte oplysningerne mod misbrug. Med udgangspunkt i disse krav konkluderes det samlet set,³⁵ at de danske regler er i overensstemmelse med Charteret.³⁶

For en mere dybdegående gennemgang af Justitsministeriets notat henvises til Justitias analyse fra 2014.³⁷ I denne analyse konkluderede Justitia – modsat Justitsministeriet – at der var stærke holdepunkter for at antage, at de danske regler var i strid med både Charteret og EMRK, idet Digital Rights-dommen må fortolkes sådan, at generel og udifferentieret logning i sig selv medfører, at indgrebet overskrider det strengt nødvendige, hvorefter beskyttelse mod misbrug mv. ikke kan lovliggøre indgrebet.³⁸

³³ Lov 2006-06-08 nr. 542, § 7 med tilhørende lovforslag 2006-03-31 nr. 217, Lov 2010-06-15 nr. 650, § 1 med tilhørende lovforslag 2010-03-24 nr. 180, Lov 2012-06-18 nr. 573, § 1 med tilhørende lovforslag 2011-12-14 nr. 53, Lov 2013-06-12 nr. 635, § 1 med tilhørende lovforslag som fremsat 2013-02-02 nr. 142, lov 2016-06-08 nr. 640, § 1 med tilhørende lovforslag 2016-04-27 nr. 183, Lov 2017-06-08 nr. 673, § 1 med tilhørende lovforslag 2017-04-26 nr. 191, Lov 2018-06-08 nr. 716 med tilhørende , lovforslag 2018-04-11 nr. 218 og Lov 2020-05-19 nr. 644, § 1 med tilhørende lovforslag som fremsat 2019-12-18 nr. 87, punkt 3

Der blev ligeledes fremsat lovforslag vedrørende udskydelse af revisionsbestemmelsen i 2015, se lovforslag nr. 193 fremsat den 29/4 2015, men denne udskydelse blev som følge af det udskrevne folketingsvalg ikke vedtaget.

³⁴ Lovforslag som fremsat 2010-03-24 nr. 180, Lovforslag som fremsat 2011-12-14 nr. 53, Almindelige bemærkninger, pkt. 4 og 5 og Lovforslag som fremsat 2013-02-02 nr. 142, pkt. 4 og 5.

³⁵ Af notatet fremgår det dog også, at erfaringerne med sessionslogning har vist, at disse oplysninger kun i meget begrænset omfang er brugbare, hvorfor de blev ophævet senere samme år, jf. bekendtgørelse 2014-06-19 nr. 660, § 1, nr. 3

³⁶ Justitsministeriets notat om betydningen af EU-Domstolens dom af 8/4 2014 i de forenede sager C-293/12 og C-594/12 (om logningsdirektivet) for de danske regler.

³⁷ Justitia, Revision af logningsreglerne, skrevet af Jacob Mchangama, 4/9 2014. Tilgængelig [her](#)

³⁸ Justitia, Revision af logningsreglerne, skrevet af Jacob Mchangama, 4/9 2014. Tilgængelig [her](#)

2016-2019: Tele2-dommen, retssag mod justitsministeren og fejl i teledata

Med afsigelsen af Tele2-dommen i 2016 fastslog EU-Domstolen, at nationale regler, der foreskriver generel og udifferentieret lagring af tele- og lokaliseringsdata, er i strid med EU-retten. Denne dom udfordrede således Justitsministeriets hidtidige fortolkning af EU-rettens betydning for de danske logningsregler.

Selvom Justitsministeriet siden Tele2-dommens afsigelse har anerkendt, at dommen giver anledning til at tilpasse de danske regler, er der ikke sket nogen lovændringer. I årene efter domsafsigelsen har Justitsministeriet stadig anført, at man er i gang med at udrede dommens konsekvenser, at der er behov for grundig dialog med bl.a. de øvrige medlemsstater og at man afventer retningslinjer fra Kommissionen. Samtidig har ministeriet fastholdt, at logningsreglerne i mellemtiden vil blive opretholdt, idet der efter ministeriets opfattelse ikke gælder nogen EU-retlig frist for, hvornår en medlemsstat skal iagttage EU-Domme – det skal blot ske "hurtigst muligt".³⁹

I 2018 indgav Foreningen imod Ulovlig Logning stævning mod justitsministeren med påstand om at ministeren skal anerkende, at logningsbekendtgørelsen er ugyldig.⁴⁰ Justitsministeren påstår frifindelse, men bestrider ikke, at der er grundlag for at ændre de danske logningsregler som følge af Tele2-dommen. Ifølge justitsministerens forståelse af sagen består uenigheden derfor i, om 1) logningsreglerne allerede nu er ugyldige, eller om 2) Danmark kan opretholde reglerne "midlertidigt", indtil retsstillingen er afklaret og arbejdet med at ændre reglerne er færdiggjort. Argumentationen fra justitsministerens side læner sig i det hele taget op ad ministeriets øvrige udmeldinger og fortolkninger på området, som gennemgået netop ovenfor. Sagen blev i 2019 udsat med henblik på at afvente La Quadrature-dommen.⁴¹

I 2018 besvarede daværende justitsminister Søren Pape Poulsen desuden, efter afholdelse af åbent samråd om logningsreglerne, en række spørgsmål om logning fra Retsudvalget. Bl.a. redegjorde justitsministeren for øvrige EU-landes logningsregler og reaktioner på Tele2-dommen.⁴² For så vidt angår Sverige kunne justitsministeren berette, at Kamarrätten i Stockholm, efter EU-Domstolens afsigelse af Tele2-dommen, har udtalt, at der ikke foreligger hjemmel til at afkræve logning.⁴³

Samme efterår, i slutningen af november 2018, udarbejdede Justitsministeriet to notater vedrørende Danmarks afgivelse af indlæg i de forenede sager, der ligger til grund for La Quadrature-dommen. I

³⁹ Se Lovforslag som fremsat 2017-04-26 nr. 191, åbent samråd om logningsreglerne 2/3 2017 (Justitsministerens talepapir til samrådet er tilgængeligt [her](#) og samrådet kan genses [her](#)), Justitsminister Søren Pape Poulsen, Revision af reglerne om logning, 11/1 2018, Lovforslag som fremsat 2018-04-11 nr. 218, åbent samråd om logningsreglerne 5/4 2018 (samrådet kan genses [her](#))

⁴⁰ Foreningen imod Ulovlig Logning mod Justitsminister Søren Pape Poulsen, stævning af 1. juni 2018, tilgængelig [her](#)

⁴¹ Østre Landsrets Kendelse af kan tilgås [her](#) OBS kendelsen må antages at være fejldateret til 2018

⁴² Justitsministerens besvarelse af 19/6 2018 af Retsudvalgets spørgsmål 623, 625 og 626 stillet den 9/4 2018 og Justitsministerens besvarelse af 30/10 2018 af Retsudvalgets spørgsmål 25 stillet den 9/10 2018 og Justitsministerens besvarelser af 26/11 2018 af Retsudvalgets spørgsmål 83, 84, 85, 86 og 87 stillet den 22/10 2018

⁴³ Justitsministerens besvarelse af 19/6 2018 af Retsudvalgets spørgsmål 626 stillet den 9/4 2018

begge notater fremgår det, at EU-Domstolen ifølge regeringens opfattelse skal opfordres til at genoverveje visse af udtalelserne i Tele2-dommen, navnlig i forhold til muligheden for generel og udifferentieret logning.⁴⁴

Derudover udtaler Justitsministeriet sig om spørgsmålet om muligheden for midlertidig opretholdelse af logningsregler i strid med EU-retten. Det anføres i notatet, at dette spørgsmål er af væsentlig interesse for Danmark pga. den nationale retssag imod Foreningen imod Ulovlig Logning, hvor det forventes at blive et centralt spørgsmål, om Danmark har været for længe om at revidere logningsreglerne i lyset af Tele2-dommen. Derved anføres følgende: *”I forhold til medlemsstaternes forpligtelse til at efterleve EU-retten, er det regeringens opfattelse, at der bør argumenteres for, at dette i overensstemmelse med EU-Domstolens faste praksis skal ske hurtigst muligt. Hvad der i en konkret sag er hurtigst muligt vil imidlertid bero på en samlet bedømmelse under inddragelse af flere momenter, herunder navnlig sagens kompleksitet.”*⁴⁵ Den danske regering har sidenhen afgivet indlæg i de fortsat verserende sager om logning.⁴⁶ Disse gennemgås ikke nærmere her.

I juni 2019 kom det frem, at der i mindst syv år har været fejl i de teledata, som politiet har brugt til bevisførelse, herunder navnlig i forbindelse med politiets konvertering af dataene.⁴⁷ Det bemærkes i den forbindelse, at Telebranchen overfor bl.a. Justitsministeriet har problematiseret, at begreberne og definitionerne i logningsreglerne er uklare, hvilket giver anledning til udfordringer i forbindelse med bl.a. politiets anmodninger om udlevering af data.⁴⁸

I august meddelte Rigsadvokaten bl.a., at *”De nu fremkomne oplysninger, herunder allersenest oplysningerne fremkommet i dag om fejl i rådata, sætter nye alvorlige spørgsmålstegn ved kvaliteten af de teledata, som anklagemyndigheden anvender i straffesager.”*⁴⁹ Fejlene har bl.a. betydet, at en lang række afsluttede straffesager fra perioden 2010-2019 har skullet undersøges for, om uskyldige er blevet dømt, og om der er uopklarede sager, hvor efterforskningen bør genoptages.⁵⁰ Det bemærkes, at justitsminister Nick Hækkerup den 25. januar 2021 meddelte Retsudvalget, at cirka 5.000 prioriterede sager nu var gennemgået, at der ikke her var identificeret tilfælde, der som følge af fejl i teledata havde givet anledning til at anmode om genoptagelse, og at sagsgennemgangen kunne indstilles.⁵¹

⁴⁴ Justitsministeriet, Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Retsudvalg om afgivelse af indlæg i EU-Domstolens sag C-520/18, 29/11 2018 og Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Retsudvalg om afgivelse af indlæg i EU-Domstolens forenede sager C-511/18 og C-512/18, 29/11 2018, pkt. 4

⁴⁵ Justitsministeriet, Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Retsudvalg om afgivelse af indlæg i EU-Domstolens sag C-520/18, 29/11 2018, punkt 4

⁴⁶ Notater vedr. indlæggene er tilgængelige [her](#) og [her](#).

⁴⁷ Rigspolitiet og Rigsadvokaten, Redegørelse om teledatasagen, 28/9 2019. Redegørelsen er tilgængelig [her](#).

⁴⁸ Se Teleindustriens brev til Rigsadvokaten og Rigspolitiet af 27/3 2020, tilgængeligt [her](#) og Teleindustriens notat om logning og udlevering af teledata til politiet, februar 2020, tilgængelig [her](#).

⁴⁹ Rigsadvokaten, Instruks om midlertidigt stop af brug af teleoplysninger, 18/8 2019

⁵⁰ Justitsministeriet, Orientering om foreløbige tiltag i anledning af teledata-sagen, 2/7 2019

⁵¹ Retsudvalget 2020-21, REU Alm.del, bilag 161

2020-2021: La Quadrature-dommens indflydelse på den danske retstilstand og fejl i data

I oktober 2020 afsagde EU-Domstolen La Quadrature-dommen, der bl.a. fastslår, at nationale regler der strider mod EU-retten ikke kan opretholdes midlertidigt. Dommen er gennemgået nærmere ovenfor samt i bilag 1.

I forlængelse af dommen udtalte justitsminister Nick Hækkerup den 20. november 2020, at La Quadrature-dommen efter ministerens opfattelse ikke betyder, at de danske logningsregler sættes ud af kraft, hvorfor selskaberne fortsat skal følge logningsbekendtgørelsen. Ministeren forklarede ikke nærmere, hvad der ligger til grund for denne opfattelse.⁵²

Sideløbende hermed kom det i efteråret 2020 på ny frem, at der har været fejl i teledata (mastesug) i perioden marts 2019 til september 2020.⁵³

I løbet af 2020 viste det sig desuden, teleselskaberne samlet set har udleveret for mange oplysninger om op mod 4.000 kunder til politiet.⁵⁴ Justitsminister Nick Hækkerup er blevet bedt om at oplyse, om den såkaldte Telenor-sag, som vedrører en del af fejludleveringerne, rækker ved grundlaget for at opretholde logning i Danmark. Justitsministeren svarede i februar 2020, at Rigspolitiet er blevet bedt om at redegøre for politiets håndtering af sagen, og at ministeren ønsker at afvente redegørelsen inden sit svar.⁵⁵ Justitsministeren har pr. 25. februar 2021 fortsat ikke besvaret spørgsmålet yderligere.⁵⁶

Den 14. januar 2021 var justitsminister Nick Hækkerup kaldt i samråd om logningsreglerne af Retsudvalget.⁵⁷ Under samrådet anerkendte Nick Hækkerup, at de danske logningsregler ikke er i overensstemmelse med EU-retten, og at de dermed skal tilpasses.⁵⁸ Samtidig udtalte han, at man med de nye danske regler vil gå så langt, som det overhovedet er muligt inden for EU-rettens rammer, og understregede gentagne gange logningens centrale betydning for kriminalitetsbekæmpelse.

Under samrådet kom det også frem, at Justitsministeriet endnu en gang forventer at foreslå udskydelse af den planlagte revision af logningsreglerne, og ministeriet har efterfølgende – den 29. januar 2021 – sendt et lovforslag herom i høring. Lovrevisionen kan således ikke forventes at ske til februar 2021, som det ellers var planlagt.⁵⁹ Justitsministeren oplyste dog under samrådet, at man i forbindelse med udskydelsen forventer at fremlægge en foreløbig skitse til ny lov, der skal danne

⁵² Justitsministerens svar af 20/11 2020 af spørgsmål 140 stillet af Retsudvalget den 21/10 2020

⁵³ Rigsadvokaten, Orienterings om fejl i udvidet teleoplysninger og allerede registreret lokaliseringsdata fra TDC, 1/10 2020.

⁵⁴ [Link](#) til artikel i Jyllands Posten 25/1 2020, [link](#) til artikel på DR 28/1 2020 og [link](#) til artikel i Jyllands Posten 24/8 2020

⁵⁵ Justitsministerens besvarelse af 11/2 2020 af spørgsmål 633 stillet af Karina Lorentzen Dehnhardt (SF) den 30/1 2020

⁵⁶ [Link til spørgsmål 633](#)

⁵⁷ Samrådet kan ses [her](#). Samrådsspørgsmålene (J, K, L og 219-223) er tilgængelige [her](#).

⁵⁸ Dette fremgår også at Justitsministeriets Notat om La Quadrature-dommen, tilgængeligt [her](#).

⁵⁹ [Lovprogram for Folketingsåret 2020-2021 - Statsministeriet \(stm.dk\)](#)

grundlag for det videre revisionsarbejde. Justitsministeren fastholdt, at man vil opretholde logningsreglerne midlertidigt, og at revisionen ifølge EU-retten blot skal ske "hurtigst muligt".

Helt centralt er dog, at ministeren som noget nyt erkendte, at man grundet EU-domstolens praksis ikke har hjemmel til at kræve, at teleselskaberne fortsat logger, og at teleselskaberne ikke kan sanktioneres, hvis de fremadrettet undlader at logge. Ministeren uddybede, at årsagen til dette er, at visse dele af de danske regler strider mod EU-retten, heriblandt Charteret. Samtidig udtalte han, at han håber på "forståelse" fra telebranchen med hensyn til behovet for de loggede oplysninger. Ministeren meddelte således at han håber på, at teleselskaberne vil fortsætte logningen, selvom der ikke er hjemmel til at kræve det.

I et efterfølgende brev til Teleindustrien har justitsminister Nick Hækkerup endnu en gang understreget, at ministeren ikke mener, at La Quadrature-dommen indebærer, at logningsreglerne sættes ud af kraft eller bliver "umiddelbart gyldige". Justitsministeren begrundede dette med, at retsplejelovens § 786, stk. 4 og logningsbekendtgørelsen udgør de gældende logningsregler.⁶⁰

Justitsministeren fastholder dog samtidig, at teleselskaberne ikke kan straffes, hvis de ikke følger reglerne i logningsbekendtgørelsen, indtil de nye logningsregler er på plads. I brevet uddyber justitsministeren, at dette hænger sammen med, at der efter La Quadrature-dommen ikke må logges til bekæmpelse af kriminalitet i almindelighed (der skal som minimum være tale om grov kriminalitet). Ifølge ministeren er årsagen til, at teleselskaberne ikke kan straffes, hvis de undlader at logge, således at man ikke kan skelne mellem, om oplysningerne er logget til bekæmpelse af grov eller almindelig kriminalitet med de nuværende danske regler.⁶¹

Brevet indeholder også justitsministerens svar på, om det vil være i overensstemmelse med databeskyttelsesreglerne, hvis teleselskaberne fortsætter med at logge som hidtil. Justitsministeren konkluderer her følgende: "*Efter GDPR vil der fortsat kunne logges trafik- og lokaliseringssdata som hidtil med henblik på beskyttelse af national sikkerhed og bekæmpelse af grov kriminalitet*".⁶²

Retsudvalget stillede en række spørgsmål til justitsministeren i forlængelse af det åbne samråd i 2021. Ministeren blev bl.a. bedt om at redegøre for teleselskabernes retsstilling i forhold til databeskyttelsesreglerne, det juridiske afsæt for ministerens ønske om, at selskaberne fortsætter med at logge, og hvorvidt teleselskaberne sættes i en acceptabel situation, hvis ønsket om den fortsatte logning fastholdes af ministeren.⁶³ Ministeren har den 17. februar 2021 besvaret disse spørgsmål samlet.⁶⁴ Besvarelsens indhold svarer overordnet set til ministerens svar til Teleindustrien, der er gennemgået netop ovenfor. Det bemærkes, at ministeren undlader at besvare flere af

⁶⁰ Justitsminister Nick Hækkerups brev af 29/1 2021 til Teleindustrien, s. 1-2. Brevet er tilgængeligt [her](#)

⁶¹ Justitsminister Nick Hækkerups brev af 29/1 2021 til Teleindustrien, s. 2. Brevet er tilgængeligt [her](#)

⁶² Justitsminister Nick Hækkerups brev af 29/1 2021 til Teleindustrien, s. 2-3. Brevet er tilgængeligt [her](#)

⁶³ Spørgsmål 562-565. Spørgsmål 566 vedrører anvendelsen af loggede oplysninger i nogle konkrete sager, herunder om sagerne kunne have været efterforsket ved hjælp af den hastesikringsmulighed, EU-retten tillader. Ministeren har svaret, at dette ikke er muligt at konkludere på det foreliggende grundlag.

⁶⁴ Justitsministerens svar af 17/2 2021 af spørgsmål 562-566 stillet af Retsudvalget den 21/1 2021. Den samlede besvarelse af spørgsmål 562-565 er tilgængelig [her](#)

Retsudvalgets spørgsmål direkte. F.eks. ses ministeren ikke direkte at have forholdt sig til Retsudvalgets spørgsmål om, hvorvidt teleselskaberne kan sanktioneres efter databeskyttelsesreglerne, hvis de fortsætter med at logge.

Analyse af den nationale retstilstand i lyset af EU-Domstolens praksis

Logningsreglernes modstrid med EU-retten

Allerede efter afsigelsen af Digital Rights-dommen i 2014 fremstod det tvivlsomt, om de danske logningsregler var i overensstemmelse med EU-retten, idet dommen erklærede det direktiv, som de danske regler bygger på, ugyldigt. Med afsigelsen af Tele2-dommen i 2016 blev enhver tvivl fjernet. Med dommen blev det således slået fast, at nationale regler, der foreskriver generel og udifferentieret logning svarende til den, der sker i henhold til de danske regler, er i strid med bl.a. beskyttelsen af privatlivets fred.

Senest har EU-Domstolen ved afsigelsen af La Quadrature-dommen i oktober 2020 bekræftet, at EU-retten – som det klare udgangspunkt – er til hinder for national lovgivning, der foreskriver generel og udifferentieret logning af trafik- og lokaliseringsdata. Som gennemgået ovenfor nuancerer og specificerer denne dom dog konklusionerne i forhold til Tele2-dommen, således at generel og udifferentieret logning i visse snævre tilfælde ikke er ulovligt. En sådan ordning er imidlertid undergivet en række stringente krav,⁶⁵ og allerede fordi det danske krav om generel og udifferentieret logning ikke er af midlertidig karakter, kan reglerne efter Justitias opfattelse ikke anses for at være i overensstemmelse med EU-rettens krav.

Således har det – som minimum – siden 2016 stået klart, at de danske logningsregler er i strid med EU-retten. Dette har den danske regering for så vidt også anerkendt, idet Justitsministeriet gentagne gange har bekræftet, at Tele2-dommen og senest La Quadrature-dommen giver anledning til at ændre de danske regler.⁶⁶ Ikke desto mindre er reglerne, godt og vel fire år efter afsigelsen af Tele2-dommen, fortsat uændrede.

Den fortsatte opretholdelse af EU-retsstridige regler

Siden Tele2-dommen har Justitsministeriet begrundet den fortsatte opretholdelse af de nationale logningsregler med, at der ikke gælder en specifik EU-retlig frist for, hvornår national ret skal bringes i overensstemmelse med en EU-dom, men at dette blot skal ske "hurtigst muligt".

⁶⁵ La Quadrature-dommen, præmis 137-139

⁶⁶ Se bl.a. Justitsminister Søren Pape Poulsens brev til Telestyrelsen af 16/3 2017, Justitsministerens talepapir fra åbent samråd om logning afholdt den 2/3 2017, tilgængeligt [her](#) og åbent samråd om logning den 14/1 2021, som kan ses [her](#)

Efter Justitias opfattelse blev Justitsministeriets hovedargument for den fortsatte opretholdelse af de danske logningsregler udhulet med afsigelsen af La Quadrature-dommen, der netop tager stilling til spørgsmålet om midlertidig opretholdelse af EU-retsstridige logningsregler.

Forinden afsigelsen af La Quadrature-dommen tilkendegav Justitsministeriet da også tilsvarende at være af den opfattelse, at EU-Domstolens dengang kommende besvarelse af netop dette spørgsmål var af afgørende betydning for, om Danmark har brugt for lang tid på at efterleve EU-retten. Derfor ønskede regeringen, at der under EU-retssagen skulle argumenteres for, at efterlevelse af EU-retten blot skal ske "hurtigst muligt", og at perioden afhænger af den konkrete sag. Dette fremgår direkte af Justitsministeriets notat om afgivelse af indlæg i en af de sager, der ligger til grund for La Quadrature-dommen.⁶⁷

Domstolen konkluderede imidlertid i modsat retning af, hvad den danske regering ønskede. Således fastslår Domstolen, at en national domstol har pligt til at undlade at anvende enhver bestemmelse om logning, der strider mod EU-retten. Dette gælder også, selvom der ikke er sket en egentlig, formel ophævelse af den pågældende nationale lovgivning. Denne pligt følger af princippet om EU-rettens forrang.⁶⁸

Efter dommens afgivelse anførte justitsminister Nick Hækkerup i november 2020, at La Quadrature-dommen ikke betyder, at de danske logningsregler sættes ud af kraft, hvorfor selskaberne fortsat skal følge logningsbekendtgørelsen.⁶⁹ Ministeren forklarede ikke nærmere, hvad der ligger til grund for denne opfattelse, som forekommer uoverensstemmende med regeringens tidligere udmelding om, at Domstolens besvarelse af spørgsmålet ville have afgørende betydning for Danmark.

Justitsministeren fastholder imidlertid fortsat, at La Quadrature-dommen ikke indebærer, at logningsreglerne sættes ud af kraft eller bliver ugyldige. I sit brev til Teleindustrien af 29. januar 2021 begrundet justitsministeren denne opfattelse med, at retsplejelovens § 786, stk. 4 og logningsbekendtgørelsen udgør de gældende logningsregler.⁷⁰ Justitia har svært ved at forstå sammenhængen i dette argument. Justitia mener ikke, at man kan konkludere, at regler er gyldige, alene ved at henvise til, hvilke love, de omtvistede regler fremgår af.

Ifølge Justitias vurdering er ministerens opfattelse af, at logningsreglerne kan opretholdes og fortsat er gyldige, i strid med konklusionerne i La Quadrature-dommen.

For det første sætter Justitsministeriet lighedstegn mellem, at vedtagelse af nye regler i henhold til retspraksis blot skal ske "hurtigst muligt", og at ulovlige logningsregler kan opretholdes indtil da. Ifølge Justitias vurdering er det forhold, at vedtagelse af nye regler skal ske hurtigst muligt, imidlertid ikke ensbetydende med, at der i mellemtiden kan anvendes ulovlige regler. Dette må i særlig grad

⁶⁷ Justitsministeriet, Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Retsudvalg om afgivelse af indlæg i EU-Domstolens sag C-520/18, 29/11 2018

⁶⁸ La Quadrature-dommen, præmis 214-215

⁶⁹ Justitsministerens svar af 20/11 2020 af spørgsmål 140 stillet af Retsudvalget den 21/10 2020

⁷⁰ Justitsminister Nick Hækkerups brev af 29/1 2021 til Teleindustrien, s. 1-2. Brevet er tilgængeligt [her](#)

gælde, når der i en årrække ikke ses at være taget nogen konkrete skridt til udarbejdelsen af nye, lovlige regler.

For det andet følger det som anført direkte af La Quadrature-dommen, at logningsregler, der strider mod EU-retten, ikke kan håndhæves af en national domstol. Når det er afklaret, at en given lovgivning ikke kan håndhæves af en domstol, må dette også betyde, at den pågældende lovgivning må anses ugyldig og ikke kan opretholdes. Dette er med andre ord, ifølge Justitias vurdering, to sider af samme sag.

Indgrebets intensitet

Den fortsatte opretholdelse af de EU-retsstridige regler er så meget desto mere betænkelig derved, at der er tale om et intensivt og konstant indgreb i grundlæggende rettigheder for praktisk talt hele Danmarks befolkning.

Justitsministeriet har ganske vist hævdet, at logning udgør et indgreb af "mindre intensitet", fordi EU-Domstolen har udtalt, at logning ikke krænker "det væsentligste" i de omhandlede rettigheder.⁷¹ Dette argument giver dog anledning til undren. EU-Domstolen kræver nemlig altid, at det væsentligste indhold i en rettighed respekteres, hvis der foretages et indgreb i rettigheden.⁷² EU-Domstolens udtalelse om, at logning ikke krænker "det væsentligste" i de omhandlede rettigheder betyder derfor ikke, at indgrebet er af lav intensitet. Tværtimod udtaler Domstolen netop, at generel og udifferentieret logning udgør et "særligt alvorligt" indgreb.⁷³

De danske sager vedrørende omfattende fejl i forhold til konvertering af loggede data samt udlevering af for mange oplysninger til politiet viser desuden, at EU-Domstolens bekymringer vedrørende logning ikke blot er teoretiske frygtscenarier og "juristeri". Brugen af fejlbehæftede data som bevis i straffesager udgør en betydelig retssikkerhedsmæssig brist, der i yderste konsekvens kan medføre, at uskyldige bliver dømt. På samme måde er det retssikkerhedsmæssigt foruroligende, at politiet har modtaget private oplysninger, de ikke var berettiget til at modtage, om op mod minimum 4.000 danskere.

Opfordring til logning og forholdet til persondataretten

Trods fastholdelsen af, at logningsreglerne fortsat kan opretholdes, erkendte justitsministeren dog under det åbne samråd den 14. januar 2021, at logningsreglerne ikke længere kan håndhæves overfor telebranchen, herunder at selskaberne ikke kan straffes, hvis de undlader at logge. Justitsministeren begrundede dette med, at visse dele af logningsreglerne strider mod EU-retten,

⁷¹ Foreningen imod Ulovlig Logning mod Justitsminister Søren Pape Poulsen, svarskrift af 24. september 2018, tilgængelig [her](#)

⁷² Tele2-dommen, præmis 94

⁷³ Tele2-dommen, præmis 100

heriblandt Charteret.⁷⁴ Justitsministeren har fastholdt denne holdning i sit brev til Teleindustrien af 29. januar 2021 og i sin besvarelse af 17. februar 2021 af Retsudvalgets spørgsmål.⁷⁵

Det må anses som et skridt i den rigtige retning, at justitsministeren har anerkendt, at der ikke foreligger hjemmel til at håndhæve de nuværende logningsregler overfor telebranchen. Det fremstår dog problematisk, at ministeren ikke desto mindre fortsat mener at kunne "opretholde" lovgivningen som gyldig, og derudover opfordrer telebranchen til at efterleve de klart ulovlige logningsregler.⁷⁶ Således skrev justitsministeren f.eks. den 29. januar 2021 til Teleindustrien: *"Det er således vurderingen, at den logningsforpligtelse, der følger af logningsbekendtgørelsen, fortsat er i kraft, men at teleselskaberne, indtil vi har de nye logningsregler på plads, ikke vil kunne straffes, hvis de ikke følger reglerne om logning i logningsbekendtgørelsen"*.

Justitia finder det svært at forstå, hvordan regler, der ikke kan håndhæves, fortsat kan siges at være i kraft. Ifølge Justitias opfattelse modsiger disse to udmeldinger hinanden. Denne problematik skærpes kun af, at teleselskaberne kan risikere at begå et selvstændigt brud på persondataretten, hvis de efterlever justitsministerens opfordring om at fortsætte den logning, der følger af logningsbekendtgørelsen.

Normalt ville logningsreglerne udgøre hjemlen til, at logning kan anses som lovlig databehandling i persondataretlig forstand.⁷⁷ Der må derfor stilles alvorligt spørgsmålstejn ved, om der er persondataretlig hjemmel til selskabernes logning, når logningsreglerne er i strid med EU-retten.

Justitsministeren har som nævnt svaret Teleindustrien og Retsudvalget på, om det vil være i overensstemmelse med databeskyttelsesreglerne, hvis teleselskaberne fortsætter med at logge som hidtil. Således skriver justitsministeren i sit brev til Teleindustriens direktør: *"Du spørger i dit brev også til, om det vil være i overensstemmelse med databeskyttelsesreglerne, hvis teleselskaberne fortsætter med at logge som hidtil."*⁷⁸

I sit svar til både Teleindustrien og Retsudvalget anfører ministeren bl.a., at databeskyttelsesreglerne ikke er til hinder for logning, der er i overensstemmelse med dansk ret eller EU-retten. Herefter anfører ministeren, at EU-retten tillader logning, når det sker inden for de rammer, som EU-Domstolen har fastsat i La Quadrature-dommen (jf. nærmere om disse rammer i bilag 1). Med direkte henvisning til dette skriver ministeren følgende: *"Trafik- og lokaliseringsdata vil således efter GDPR*

⁷⁴ Samrådet kan ses [her](#)

⁷⁵ Justitsminister Nick Hækkerups brev af 29/1 2021 til Teleindustrien, s. 1-2 og Justitsministerens svar af 17/2 2021 af spørgsmål 562 stillet af Retsudvalget den 21/1 2021, s. 3. Brevet til Teleindustrien er tilgængeligt [her](#) og besvarelse af Retsudvalgets spørgsmål er tilgængelig [her](#).

⁷⁶ Se både åbent samråd om logningsreglerne 14/1 2021, som kan ses [her](#), Justitsminister Nick Hækkerups brev af 29/1 2021 til Teleindustrien, s. 1-2, tilgængeligt [her](#) og Justitsministerens svar af 17/2 2021 af spørgsmål 562 stillet af Retsudvalget den 21/1 2021, s. 3, tilgængelig [her](#)

⁷⁷ I henhold til Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) 2016/679 af 27/4 2016, art. 6, stk. 1, litra c)

⁷⁸ Justitsminister Nick Hækkerups brev af 29/1 2021 til Teleindustrien, s. 2. Brevet er tilgængeligt [her](#)

fortsat kunne logges som hidtil med henblik på beskyttelse af national sikkerhed og bekæmpelse af grov kriminalitet".⁷⁹ (Justitias understregning)

Ved en umiddelbar læsning af justitsministerens svar, kan hovedbudskabet nemt forstås sådan, at teleselskabernes fortsatte logning ikke er et problem i henhold til databeskyttelsesreglerne. Således giver retorikken i ministerens svar – at der efter GDPR "fortsat" kan "logges som hidtil" – anledning til at forstå svaret sådan, at logning kan fortsætte uændret og samtidig overholde databeskyttelsesreglerne.

Ved en nærmere læsning forekommer dette dog ikke at være tilfældet.

Svaret indeholder nemlig også en præmis om, at logning kun er i overensstemmelse med databeskyttelsesreglerne, når logningen sker af hensyn til to specifikke formål: National sikkerhed og grov kriminalitet. Dette er netop et af de krav, EU-Domstolen stiller til logningsregler: Logning skal som minimum ske til bekæmpelse af grov kriminalitet, og må således ikke ske til bekæmpelse af almindelig kriminalitet. Samtidig er det et af de krav, som de danske logningsregler p.t. ikke overholder. Under et andet emne i selv samme brev skriver ministeren da også selv, at de gældende logningsregler omfatter logning til alle former for kriminalitet, og at "*der ikke med afsæt i de danske regler vil kunne sondres mellem, til hvilke formål oplysningerne er blevet logget*".

Med andre ord kræver overholdelsen af databeskyttelsesreglerne – med ministerens egne ord – at der foretages logning på en anden måde, end det er forudsat i de nuværende regler, fordi reglerne ikke indeholder den fornødne sondring mellem almindelig og grov kriminalitet.

Man kan stille spørgsmålet, om teleselskaberne ikke blot selv vil kunne foretage denne sondring mellem almindelig og grov kriminalitet, og på den måde (hvis ministerens konklusion lægges uprøvet til grund) overholde databeskyttelsesreglerne. Det er imidlertid praktisk umuligt for telebranchen at foretage denne sondring.

For det første ville det kræve, at teleselskaberne på egen hånd skulle definere, hvad der juridisk set skal forstås ved begrebet grov kriminalitet. Det bemærkes, at ministeren selv har anført, at: "*Der er i dag ikke en klar afgrænsning af, hvad der udgør henholdsvis almindelig kriminalitet og grov kriminalitet – hverken i dansk eller EU-retlig sammenhæng*".⁸⁰

For det andet ville det kræve, at teleselskaberne på egen hånd skulle identificere, hvilke data fra hvilke kommunikationsenheder, der er anvendelige til bekæmpelse af grov kriminalitet (f.eks. hvilke personer der er mistænkt for grov kriminalitet, hvis data således skulle logges). Dette er selvsagt uholdbart.

Selv hvis man lægger justitsministerens konklusion uprøvet til grund, forekommer det derfor svært at se, hvordan teleselskaberne skal kunne overholde databeskyttelsesreglerne, hvis selskaberne fortsætter med at logge, før der er vedtaget nye regler, der er i overensstemmelse med EU-retten.

⁷⁹ Citatet er taget fra justitsministerens besvarelse til Teleindustrien. Besvarelsen til Retsudvalget er ikke ordret identisk hermed, men de to besvarelser svarer indholdsmæssigt til hinanden

⁸⁰ Justitsminister Nick Hækkerups brev af 29/1 2021 til Teleindustrien, s. 1-2. Brevet er tilgængeligt [her](#)

Da justitsministeren forklarede Teleindustrien og Retsudvalget, hvordan der "*fortsat*" vil kunne "*logges som hidtil*" i overensstemmelse med databeskyttelsesreglerne, glemte ministeren således at nævne, at den af ham foreslåede fremgangsmåde reelt ikke kan lade sig gøre i det nuværende retlige landskab. Justitia finder herefter ministerens besvarelse kritisabel.

Afslutningsvis bør det bemærkes, at justitsministeren, i sin besvarelse til både Teleindustrien og Retsudvalget, også skriver følgende: "*Mine udtalelser på samrådet den 14. januar 2021 om, at jeg – indtil vi får vedtaget en ny lovningslovgivning – 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*"⁸¹ (Justitias understregning). Med "dette lys" henviser ministeren til brevets ovenstående passage om, at logning iht. EU-retten ikke må ske til bekæmpelse af almindelig kriminalitet, og at selskaberne ikke kan straffes for at undlade at logge, fordi de danske regler pt. ikke muliggør denne sondring. Det fremstår ikke helt klart for Justitia, hvad pointen med denne passage er. Hvis der heri ligger, at ministerens opfordring til teleselskaberne ikke indebærer en opfordring til at fortsætte selve *indsamlingen* af data som hidtil, bør dette efter Justitias opfattelse tydeliggøres af ministeren.

Forslag til midlertidig løsning

Eftersom den egentlige lovrevision forventes udskudt til næste folketingssamling, kunne det frem til den egentlige lovrevision – som alternativ til, at regeringen opfordrer til efterlevelse af ulovlige regler – være en mulighed at indføre en midlertidig, simplificeret logningsløsning lignende Østrigs, såkaldt "quick freeze". Ved en sådan løsning logges data først, når der er opstået mistanke mod en person. Der kunne her opereres med et lempet mistankekrav. De kriminalitetsformer, der skal kunne udløse et påbud om logning, skal imidlertid som minimum kunne kategoriseres som grov kriminalitet (jf. om definitionen heraf nedenfor).

Reglerne for adgang til dataene i retsplejeloven ville kunne anvendes uændret under den midlertidige løsning, dog således at adgangen afgrænses til det formål, dataene er blevet logget til. Justitia udarbejdede allerede i 2014 et lignende forslag til en sådan løsning, og der henvises således til denne analyse for nærmere detaljer.⁸²

Det bemærkes, at retsplejelovens § 786 a allerede giver mulighed for at foretage hastesikring af teledata. Justitias forslag adskiller sig dog fra denne bestemmelse derved, at der gives videre mulighed for logning, bl.a. ved at der ikke stilles krav til, at de pågældende data allerede skal være i udbydernes besiddelse, når pålægget om logning udstedes.

Indførelsen af en sådan midlertidig løsning vil kunne sikre, at Danmarks logningsregler respekterer befolkningens grundlæggende rettigheder også indtil, at den mere permanente lovgivning er på plads. Samtidig mener Justitia, at den midlertidige løsning er at foretrække fremfor helt at ophøre

⁸¹ Citatet er taget fra justitsministerens besvarelse til Teleindustrien. Besvarelsen til Retsudvalget er ikke ordret identisk hermed, men de to besvarelser svarer indholdsmæssigt til hinanden

⁸² Justitia, Revision af logningsreglerne, skrevet af Jacob Mchangama, 4/9 2014. Tilgængelig [her](#).

logning i den mellemliggende periode, idet der også bør tages hensyn til, at der er tale om et vigtigt redskab for politiet.

Sammenfatning

De danske logningsregler må anses at være i strid med EU-retten, herunder de grundlæggende rettigheder sikret ved art. 7, 8 og 11 i Charteret. Dette forekommer Justitsministeriet enig i.

Til trods for justitsministerens erkendelse af, at reglerne strider mod EU-retten, er ministeren af den opfattelse, at logningsreglerne fortsat er gyldige og i kraft. Ifølge Justitias vurdering er denne opfattelse i strid med konklusionerne i La Quadrature-dommen. Justitia vurderer således, at logningsreglerne må anses ugyldige.

Justitsministeren har for nyligt anerkendt, at logningsreglerne ikke kan håndhæves overfor teleselskaberne, men fastholder fortsat, at logningsreglerne er i kraft, og opfordrer telebranchen til fortsat at logge. Justitia finder det svært at forstå, hvordan regler, der ikke kan håndhæves, fortsat kan siges at være i kraft. Ifølge Justitias opfattelse modsiger disse to udmeldinger hinanden.

Denne problematik skærpes kun af, at logning er underlagt databeskyttelsesreglerne, hvorefter telebranchen kan risikere persondataretlige sanktioner ved at efterkomme justitsministerens opfordring til at fortsætte logning som hidtil. Teleindustrien har spurgt justitsministeren, om det vil være i overensstemmelse med databeskyttelsesreglerne, hvis teleselskaberne fortsætter med at logge som hidtil. Hertil har ministeren svaret, at der efter databeskyttelsesreglerne fortsat kan logges som hidtil med henblik på beskyttelse af national sikkerhed og bekæmpelse af grov kriminalitet. Med det nuværende retlige landskab er det imidlertid ikke praktisk muligt for teleselskaberne at afgrænse logningen til beskyttelse af national sikkerhed og bekæmpelse af grov kriminalitet. Dette glemmer justitsministeren at nævne i sit svar til Teleindustrien, hvilket Justitia finder kritisabelt.

Justitia mener hverken, at telebranchen skal eller bør efterleve reglerne i den nuværende logningsbekendtgørelse. Justitia anerkender dog, at logning og adgang til dataene udgør et vigtigt redskab i politi og efterretningstjenesters arbejde med at forhindre og opklare alvorlig kriminalitet. Justitia foreslår derfor, at der indtil vedtagelsen af nye, lovlige logningsregler, indføres en midlertidig løsning, der respekterer grundlæggende rettigheder, samtidig med at politiet ikke helt fratages logningsredskabet i den mellemliggende periode.

Forslag til alternativ ordning

I det nedenstående er beskrevet en række forslag til, hvordan en dansk ordning for logning af teledata kan indrettes. Forslagene er udarbejdet med udgangspunkt i EU-Domstolens praksis på området, navnlig Domstolens seneste dom, La Quadrature-dommen.

Teledata udgør al data vedrørende kommunikation, på nær selve indholdet i kommunikationen. Teledata omfatter således bl.a. trafikdata, lokaliseringsdata, brugeridentitetsoplysninger og IP-

adresser. EU-Domstolens praksis anerkender, at der er forskel på, hvor følsomme disse forskellige former for data er. Derfor tillader Domstolens praksis også varierende grader af logning af disse forskellige datatyper. Dette afspejles også i nedenstående forslag. Justitia anbefaler således, at der i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis laves særskilte løsninger for logning af henholdsvis 1) trafik- og lokaliseringsdata, 2) IP-adresser og 3) brugeridentitetsoplysninger.

Trafikdata omfatter bl.a. afsendelse/modtagelse af SMS'er og telefonopkald.

Lokaliseringsdata omfatter bl.a. mastedata, dvs. hvilken mast/celle kommunikation sker fra, hvilket giver oplysninger om, hvor en person befinder sig, når vedkommende kommunikerer via f.eks. sin mobiltelefon.

En *IP-adresse* er en kode, der tildeles en kommunikationsenhed (f.eks. en computer), når den tilkobles internettet. Koden er knyttet til det netværk, enheden kobles på, og flere enheder koblet på samme netværk tildeles derfor den samme IP-adresse.

Brugeridentitetsoplysninger er – som ordet foreskriver – oplysninger om identiteten på den person, der har tegnet et abonnement, f.eks. navn og adresse på en teleabonnent.

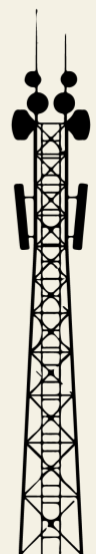
Forslagene berører kun regler vedrørende *adgang* til data i de tilfælde, hvor der er særlig anledning til at gøre en bemærkning. Der er således ikke foretaget en egentlig vurdering af, om de danske regler om adgang er i overensstemmelse med EU-rettens krav herom. Det samme gælder reglerne for opbevaringsperioden af dataene.

I La Quadrature-dommen behandles også spørgsmål om mulighederne for at foretage hurtig lagring, automatiseret dataanalyse og at indsamle data i realtid. Disse emner berøres ikke nærmere i nedenstående forslag, idet der i stedet henvises til gennemgangen af La Quadrature-dommen i vedlagte bilag 1.

MULIGHED FOR LOGNING

(under iagttagelse af nærmere bestemte betingelser – ikke uddybet her)

	Alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed	Alvorlig trussel mod den offentlige sikkerhed/grov kriminalitet	Kriminalitet i almindelighed
Trafik- og lokaliseringsdata			
Generel og udifferentieret	✓	✗	✗
Måltrettet	✓	✓	✗
IP-adresser	✓	✓	✗
Brugeridentitetsoplysninger	✓	✓	✓



Logning af trafik- og lokaliseringsdata

EU-Domstolens seneste praksis foreskriver, at der kan ske *målrettet* logning til bekæmpelse af grov kriminalitet, beskyttelse mod *alvorlige* trusler mod den offentlige sikkerhed samt beskyttelse mod trusler generelt mod den nationale sikkerhed. I visse snævre tilfælde kan *alvorlige* trusler mod den nationale sikkerhed desuden tillade generel og udifferentieret logning i en tidsbegrænset periode. I lyset af EU-Domstolens seneste praksis, gennemgås nedenfor en række forslag til, hvordan en fremtidig ordning om logning af trafik- og lokaliseringsdata kan indrettes.

Målrettet logning af trafik- og lokaliseringsdata til bekæmpelse af grov kriminalitet mv.

Hvor de danske logningsregler hidtil har foreskrevet, at al trafik- og lokaliseringsdata fra alle kommunikationsmidler tilhørende samtlige brugere skal logges, skal der med den påkrævede målrettede logningsordning ske en afgrænsning med hensyn til 1) kategorierne af data, 2) de omhandlede kommunikationsmidler, 3) de berørte personer, og 4) den fastsatte varighed af lagringen.⁸³ Derudover skal logningen i alle tilfælde – inden for rammerne af disse kriterier – afgrænses til det strengt nødvendige.⁸⁴

Definition af den nationale sikkerhed, den offentlige sikkerhed og grov kriminalitet

Under iagttagelse af disse krav, må der ske logning til bekæmpelse af *grov* kriminalitet, beskyttelse mod *alvorlige* trusler mod den offentlige sikkerhed og trusler mod den nationale sikkerhed. De nye logningsregler skal derfor først og fremmest definere disse begreber.

Begrebet "*national sikkerhed*" svarer til begrebet "statens sikkerhed".⁸⁵ Begrebet er ikke entydigt defineret af EU-Domstolen eller i EU-retten i øvrigt.⁸⁶ I national ret på udlændingeområdet er begrebet imidlertid i flere sammenhænge defineret således, at det især omfatter de interesser, der værnes af straffelovens kapitel 12 (forbrydelser mod statens selvstændighed og sikkerhed) og kapitel 13 (forbrydelser mod statsforfatningen og de øverste statsmyndigheder, terrorisme mv.).⁸⁷ Det foreslås derfor, at der tages udgangspunkt i den samme definition i forbindelse med logningsreglerne.

Medlemsstaterne har en væsentlig frihed til at definere begrebet "*offentlig sikkerhed*", idet definitionen dog er underlagt EU-Domstolens autoritative fortolkning.⁸⁸ Konkret har EU-Domstolen fastslået, at det er tilladt at anse de strafbare handlinger, der er opregnet i TEUF⁸⁹ art. 83, stk. 1,

⁸³ La Quadrature-dommen, præmis 146-147

⁸⁴ La Quadrature-dommen, præmis 147

⁸⁵ Se art. 15, stk. 1 i e-databeskyttelsesdirektivet (direktiv 2002/58)

⁸⁶ Dette er også anført i vejledning 9557 af 30. juni 2020 om lokationskravet i databeskyttelsesloven, punkt 2.3.3

⁸⁷ Jf. lovforslag nr. 99 til om ændring af lov om pas til danske statsborgere m.v., udlændingeloven og retsplejeloven fremsat den 17. december 2014, almindelige bemærkninger, punkt 2.3.1.3, lovforslag nr. 32 til lov om udlændingeloven fremsat den 13. december 2001, bemærkninger til § 1, nr. 6 samt betænkning nr. 968 af 1982 om udlændingelovgivningen, s. 165

⁸⁸ EU-Domstolens dom (Store Afdeling) af 22. maj 2012 i sag C-348/09, præmis 23

⁸⁹ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde

omfattet af begrebet ”bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed”, dog på betingelse af, at sådanne strafbare handlinger er blevet begået på en måde, som er af særligt grov karakter.⁹⁰

De kriminalitetsformer, der er oplyst i TEUF art. 83, stk. 1, og som således kan antages at være omfattet af begrebet ”alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed”, er følgende: Menneskehandel, seksuel udnyttelse af kvinder og børn, ulovlig narkotikahandel, ulovlig våbenhandel, hvidvaskning af penge, korruption, forfalskning af betalingsmidler, edb-kriminalitet og organiseret kriminalitet. Dog er det desuden et krav, at de pågældende kriminalitetsformer er begået på særlig grov vis, før de kan omfattes. Terrorisme følger også af art. 83, stk. 1, men må antages også at være omfattet af begrebet national sikkerhed, jf. netop ovenfor.

Den nedre grænse for at foretage logning er til bekæmpelse af *grov* kriminalitet. Her foreslås det at definere begrebet således, at det omfatter straffovertrædelser med en vis minimumsstrafferamme, f.eks. 6 års fængsel, men som falder udenfor begreberne national og offentlig sikkerhed. Samtidig er der også tidligere lavet definitioner af begrebet ”grov kriminalitet”, som vil kunne anvendes til inspiration, se f.eks. bilag 2 til lov om indsamling, anvendelse og opbevaring af oplysninger om flypassagerer (PNR-loven).⁹¹

De nærmere kriterier for målrettet logning

Hvad der på et givent tidspunkt udgør strengt nødvendig logning til bekæmpelse af f.eks. grov kriminalitet, vil i sagens natur ændre sig løbende og være afhængig af de konkrete omstændigheder i hver enkelt sag. Således vil det f.eks. være forskelligt, hvilke personers data, der på et givent tidspunkt kan bidrage til opklaringen af grov kriminalitet. Fremfor at logning sker kontinuerligt som hidtil, må der derfor løbende foretages en konkret vurdering af, hvad der under de givne omstændigheder er nødvendigt til bekæmpelse af en konkret straffovertrædelse og/eller sikkerhedstrussel. En målrettet logningsordning forudsætter derfor en dynamisk lovgivning, der muliggør løbende at pålægge logning midlertidigt.

Når der i forbindelse med en sådan konkret vurdering er blevet identificeret en begivenhed, der vurderes at nødvendiggøre logning – f.eks. en alvorlig trussel mod den offentlige sikkerhed – kan den nærmere afgrænsning af logningen med fordel tage sit udgangspunkt i kriteriet ”berørte personer”, dvs. den personmæssige afgrænsning af logningen. Således baserer loggede datas anvendelighed sig primært på, om der opnås data fra de ”rigtige” personer.

Et overordnet krav i forbindelse med den personmæssige afgrænsning er, at den skal være baseret på objektive forhold.⁹² Afgrænsningen må derfor ikke alene bygge på personers deltagelse i politiske aktiviteter, medlemskab af lovlige foreninger eller partier eller deltagelse i den offentlige debat, ligesom religiøs overbevisning, etnicitet eller herkomst heller ikke kan danne baggrund for en rimelig formodning.

⁹⁰ EU-Domstolens dom (Store Afdeling) af 22. maj 2012 i sag C-348/09, præmis 28

⁹¹ Lov 2018-12-27 nr. 1706

⁹² La Quadrature-dommen, præmis 148

Derudover er det et overordnet krav, at afgrænsningen skal være fokuseret på personer, hvis data kan *”afsløre en forbindelse, i det mindste indirekte, til grov kriminalitet, bidrage til bekæmpelse af grov kriminalitet på den ene eller den anden måde eller forhindre en alvorlig fare for den offentlige sikkerhed eller endog en risiko for den nationale sikkerhed”*.⁹³ En ny lovgivning bør afspejle disse overordnede krav.

EU-Domstolens praksis må i øvrigt forstås sådan, at den personmæssige afgrænsning både kan ske med hensyn til specifikke personer, til hvem der er knyttet en mistanke,⁹⁴ og geografisk, således at data tilhørende de personer, der befinder sig i nærmere bestemte områder, logges.⁹⁵

For så vidt angår afgrænsning med hensyn til specifikke personer, foreslås det at indføre regler om et lempet mistankekrav, således at der kan iværksættes logning, når politiet eller PET har en *”rimelig formodning”* om, at en person er involveret i f.eks. grov kriminalitet. En sådan ordning vil drastisk formindske omfanget af logning af persondata således, at de ikke omfatter almindelige borgere, men alene personer, der på baggrund af en rimelig formodning om involvering i grove strafbare forhold, er kommet i politiets søgelys.

Ordnningen vil særligt være relevant i forhold til personer, som er blevet radikaliseret og færdes i ekstremistiske miljøer, men hvor der (endnu) ikke foreligger en konkret mistanke om eksempelvis terrorplaner eller lignende. Også personer, der er medlemmer af eller færdes i rockerbander eller grupper, der er kendt for at begå organiseret kriminalitet, men ikke er omfattet af en konkret mistanke, ville kunne omfattes af ordningen. Hvis der opstår en mistanke mod de pågældende personer, og de øvrige betingelser i retsplejelovens kap. 71 er opfyldt, vil politi og efterretningstjeneste dermed kunne få bagudrettet adgang til data, der er logget om de pågældende personer.

For så vidt angår den del af den personmæssige afgrænsning, der angår geografiske områder, udtaler EU-Domstolen, at logningen kan *”baseres på et geografisk kriterium, når de kompetente nationale myndigheder på grundlag af objektive og ikke-diskriminerende forhold finder, at der i et eller flere geografiske områder er en forhøjet risiko for, at grov kriminalitet bliver planlagt eller begået”*.⁹⁶

EU-Domstolen specificerer, at sådanne områder navnlig kan være steder, der er kendetegnet ved et højt antal tilfælde af grov kriminalitet, steder, hvor der i særlig grad kan begås grov kriminalitet, eller strategiske steder. Som eksempel på steder, hvor der i særlig grad kan begås grov kriminalitet, nævnes steder eller infrastrukturer, der regelmæssigt besøges af et meget stort antal personer. Som eksempel på strategiske steder nævnes lufthavne, banegårde eller vejafgiftsområder.

Disse parametre kan med fordel danne grundlag for en del af de retningslinjer til foretagelsen af geografisk afgrænsning, som loven bør indeholde. F.eks. kan der indføres en lignende vurdering som

⁹³ La Quadrature-dommen, præmis 148

⁹⁴ La Quadrature-dommen, præmis 149

⁹⁵ La Quadrature-dommen, præmis 150

⁹⁶ La Quadrature-dommen, præmis 150

ved den personmæssige afgrænsning, således at der kan iværksættes logning af et bestemt område, når politiet eller PET har en "rimelig formodning" om, at der i et bestemt område er en forhøjet risiko for grov kriminalitet og/eller en sikkerhedstrussel. Loven bør desuden klargøre, at der skal være tale om områder, der specifikt er geografisk afgrænset til det nødvendige, og at en sådan afgrænsning ikke kan omfatte hele landet eller hele landsdele.

Når det for en given iværksættelse af logning er identificeret, hvorledes den personmæssige afgrænsning skal ske – herunder om den konkret foretages specifikt personmæssigt og/eller geografisk – bør loven forudsætte en vurdering af, hvordan afgrænsningen skal ske med hensyn til kategorierne af data og de omhandlede kommunikationsmidler. Her kan vurderingen eventuelt basere sig på et grundprincip om, at jo mere snævert den personmæssige logning er afgrænset, jo bredere kan de omfattede kommunikationsmidler og kategorier af data afgrænses.

Eftersom der må vedtages en dynamisk lovgivning, hvor der i hvert tilfælde konkret skal tages stilling til, hvorledes der skal foretages logning, er det også nødvendigt, at loven indebærer stillingtagen til, hvor længe et påbud om logning skal vare. Således vil det f.eks. utvivlsomt gå ud over det strengt nødvendige, hvis der blev pålagt logning af en mistænkt persons data på ubestemt tid. Her foreslås det at operere med et udgangspunkt, der f.eks. kunne være tre måneder, med mulighed for forlængelse efter en konkret vurdering af, om logningsbehovet fortsat eksisterer ved periodens udløb. I visse tilfælde kan det dog tænkes, at logningsbehovet vil være kortere end udgangspunktet på f.eks. tre måneder. Loven bør derfor også indeholde en undtagelse, hvorefter perioden gøres kortere, hvis det er tydeligt, at begrundelsen for logning ikke foreligger i en så lang periode, som udgangspunktet foreskriver. Dette kunne f.eks. være tilfældet, hvis der iværksættes logning i et område, hvor der sker planlægning af en konkret begivenhed, der udgør en alvorlig trussel mod den offentlige sikkerhed. Hvis denne begivenhed afvikles inden udløbet af de tre måneder, ville logningen således skulle underlægges en kortere tidsperiode.

Processuelle forhold o.l.

Med vedtagelsen af en målrettet logningsordning opstår der også spørgsmål om, hvem der har myndighed til at beslutte, at en given logning kan iværksættes. Der skal med andre ord tages stilling til, om politiet og PET på egen hånd skal kunne nedlægge påbud om, at teleselskaberne skal logge de pågældende data, eller om iværksættelsen i sig selv kræver en kendelse.

Særligt hvis politiet og PET bemyndiges til selv at kunne påbyde iværksættelse af logning, bør det overvejes at give Datatilsynet og Tilsynet med Efterretningstjenesterne eksplicit hjemmel til at foretage legalitetskontrol med den logning, der iværksættes. Derudover bør Justitsministeriet årligt udfærdige en rapport, der indeholder detaljeret statistik vedrørende anvendelsen af logningsreglerne.

Kravene for adgang til de loggede oplysninger ifølge retsplejeloven vil formentlig ikke skulle ændre sig væsentligt. Dog bør reglerne tydeliggøres således, at der ikke kan gives adgang til data under hensyn til forfølgelsen af et mål, der er mindre tungtvejende end det mål, dataene oprindeligt blev logget til. Således må der ikke kunne gives adgang til data til brug for bekæmpelse af grov

kriminalitet, hvis de pågældende data er opnået via en logningsordning der er iværksat af hensyn til beskyttelse af den nationale sikkerhed.

En målrettet logningsordning som beskrevet ovenfor nødvendiggør også stillingtagen til, om og i så fald hvornår det skal offentliggøres, hvorledes der logges i en given tidsperiode.

Ved logning der primært er geografisk betinget, foreslås det, at logningens omfang skal offentliggøres senest samtidigt med, at ordningen træder i kraft, dog således at der i tilfælde, hvor formålet med logningen ville forspildes, kan ske offentliggørelse efterfølgende.

I de tilfælde, hvor logningen er målrettet en eller flere specifikke personer, bør der i stedet for offentliggørelse blot ske underretning af den eller de berørte personer. Her bør underretningen foretages, såfremt politiet ved udløbet af opbevaringsperioden ikke har fået udleveret disse data på baggrund af reglerne i retsplejeloven. I tilfælde af, at der sker udlevering af de registrerede oplysninger, bør de allerede gældende regler herom i retsplejeloven fortsat gælde.

Målrettet logning af trafik- og lokaliseringsdata

Et logningspåbud skal baseres på en konkret vurdering af, hvad der på et givent tidspunkt udgør strengt nødvendig logning til bekæmpelse af f.eks. grov kriminalitet

- 1 **Identifikation**
Identificering af en begivenhed som kræver logning.
- 2 **Afgrænsning af de berørte personer**
Afgrensningen kan både ske mht. specifikke personer og/eller geografisk (så data tilhørende personer, der befinder sig et givent sted, logges).
Der kan opereres med lempede mistankekrav.
- 3 **Afgrænsning af datakategorier og kommunikationsmidler**
Afgrænses ud fra følgende princip: Jo snævrere personmæssig afgrænsning, jo brede kan datakategorier og kommunikationsmidler afgrænses.
- 4 **Tidsmæssig afgrænsning**
Logningspåbud bør altid være tidsbegrænset. Der kan opereres med et udgangspunkt på f.eks. tre måneder med mulighed for både forlængelse og afkortning



Undtagelsesvis mulighed for generel og udifferentieret logning ved trussel mod den nationale sikkerhed

I overensstemmelse med EU-Domstolens praksis foreslås det, at den kommende danske lovgivning indeholder mulighed for – i en tidsmæssigt begrænset periode – at foretage generel og udifferentieret logning, hvis Danmark måtte stå overfor en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed.

Følgende krav skal imidlertid overholdes:

- 1) Datalagringen må kun ske i en periode, der tidsmæssigt er begrænset til det strengt nødvendige
- 2) varigheden af et påbud om datalagring må ikke overstige et forudsigeligt tidsrum, 3) der skal foreligge tilstrækkeligt konkrete omstændigheder, der gør det muligt at antage, at medlemsstaten

står overfor en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, 4) truslen skal være reel og aktuel eller forudsigelig, 5) datalagringen skal være omfattet af begrænsninger og underlagt strenge garantier, der gør det muligt at beskytte mod risikoen for misbrug af de berørte personers personoplysninger, 6) afgørelsen om datalagringen skal kunne gøres til genstand for effektiv prøvelse med henblik på at kontrollere, om betingelserne for lagringen er opfyldt.⁹⁷

Derudover må lagringen ikke have en systematisk karakter.⁹⁸

For at kunne overholde ovenstående krav, skal loven først og fremmest definere begrebet ”alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed”. For så vidt angår definitionen af ”national sikkerhed” i bred forstand, henvises til det ovenfor anførte. Loven bør derudover indeholde en nærmere definition af, hvornår sådanne trusler må karakteriseres som ”alvorlige”.

Ligeledes skal loven indeholde parametre til brug for vurderingen af, om der er tale om en ”reel og aktuel eller forudsigelig” trussel. Det bør her først og fremmest sikres, at lovgivningen ikke tillader iværksættelse af generel og udifferentieret logning på baggrund af en abstrakt terrorrisiko ud fra det generelle trusselsbillede, det være sig internationalt eller nationalt. Der må således kræves konkrete dokumenterbare omstændigheder, der gør trusselsantagelsen reel. Dette kunne f.eks. være tilfældet, hvis PET på baggrund af efterretninger får konkret mistanke om, at et ekstremistisk netværk er i færd med at planlægge et nært forestående terrorangreb i Danmark.

Generel og udifferentieret logning er særligt omfattende og dermed indgribende. Hertil kommer, at vurderingen af, hvad der udgør en tilstrækkelig alvorlig trussel, kan indebære en svær grænsedragning. Derfor bør en sådan ordning kun kunne iværksættes efter kendelse fra byretten.

Et påbud om midlertidig generel og udifferentieret logning skal i sin natur være tidsbegrænset. Her foreslås det, at loven indeholder et udgangspunkt for denne tidsperiode. Dette udgangspunkt kunne f.eks. være 14 dage med mulighed for forlængelse, hvis omstændighederne fortsat gør sig gældende ved periodens udløb. På grund af den indgribende karakter, som generel og udifferentieret logning har, bør loven dog også foreskrive en pligt til løbende at tage stilling til, om det konkrete trusselsbillede fortsat er tilstrækkeligt aktuelt til at tillade ordningens opretholdelse. Vurderingen kan eventuelt differentieres således, at den indledende tilladelse til at iværksætte ordningen samt eventuelle forlængelser ud over 14 dage skal besluttet af byretten, hvorimod den løbende vurdering indenfor den her tilladte periode foretages af den myndighed, der har anmodet om logningens iværksættelse.

Myndighedernes adgang til disse data bør som minimum være underlagt de samme regler for adgang til teledata, der i dag gælder i retsplejeloven. Dog bør det specificeres, at der alene kan ske adgang til forfølgelse af det formål dataene er lagret til, dvs. beskyttelse mod alvorlige trusler mod den nationale sikkerhed. Data, der er logget på baggrund af en midlertidig generel og udifferentieret logningsordning, må således aldrig udleveres til brug for eksempelvis bekæmpelse af grov

⁹⁷ La Quadrature-dommen, præmis 137-139

⁹⁸ La Quadrature-dommen, præmis 138

kriminalitet, uanset om det efterfølgende viser sig, at disse ville være brugbare i forbindelse med en given sag.

Derudover foreslås det, at der skal ske offentliggørelse af beslutningen om at foretage generel og udifferentieret logning, så snart offentliggørelse kan ske uden at formålet med logningen forspildes.

Endelig skal der tages stilling til den periode, disse loggede data skal opbevares. Her vil der formentlig også kunne opereres med en tidsperiode, der udgør udgangspunktet for opbevaringen. Dog bør det tages i betragtning, at disse loggede data, i logningsordningens natur, er sket til en "reel og aktuel eller forudsigelig trussel". Opbevaringen bør derfor under alle omstændigheder ikke gå ud over det tidspunkt, hvor truslen af den ene eller anden grund måtte være afværget og/eller efterforsket til bunds.

Logning af IP-adresser og brugeridentitetsoplysninger

EU-Domstolens praksis tillader generel og udifferentieret logning af IP-adresser, idet det dog er et krav, at indgrebet sker til bekæmpelse af *grov* kriminalitet, forebyggelse af *alvorlige* trusler mod den offentlige sikkerhed og beskyttelse af den nationale sikkerhed.⁹⁹

Som udgangspunkt må det antages, at en begrænsning af, hvilke mål der kan begrunde et indgreb vedrørende logning, angår hele indgrebet, dvs. også *selve* logningen og ikke kun *adgangen* til de loggede oplysninger. I en målrettet logningsordning vil det således alene være tilladt at logge data, der specifikt er identificeret som nødvendige til bekæmpelsen af det konkrete mål, f.eks. grov kriminalitet. En sådan begrænsning kan imidlertid ikke lade sig gøre ved generel og udifferentieret logning, idet en sådan logning i sin natur ikke tager hensyn til omfanget af selve logningen.

Når der kan ske generel og udifferentieret logning af IP-adresser, må det derfor forstås således, at det først er ved *adgangen* til oplysningerne, at vurderingen af målet bliver relevant. Det foreslås derfor, at de danske regler tillader generel og udifferentieret logning af IP-adresser, men at selve adgangen til oplysningerne afgrænses til forfølgelsen af de netop nævnte mål. Dette kræver en præcisering i retsplejelovens regler om adgang til loggede data. Begreberne grov kriminalitet, alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed og beskyttelse af den nationale sikkerhed bør selvsagt defineres på samme måde, som de er defineret i forbindelse med logning af trafik- og lokaliseringsdata, se herom ovenfor.

Derudover er der tilknyttet visse krav til lagringen af IP-adresser: 1) Der skal foreligge strenge betingelser og garantier vedrørende brugen af dataene, og 2) lagringsperioden må ikke overstige det strengt nødvendige.¹⁰⁰ For så vidt angår disse krav, kan der med fordel tages udgangspunkt i de regler herom, der i øvrigt gælder for loggede data.

EU-Domstolens praksis tillader desuden logning af oplysninger om brugeridentiteten på samtlige brugere af elektroniske kommunikationsmidler. Logning af disse oplysninger kan begrundes af

⁹⁹ La Quadrature-dommen, præmis 156

¹⁰⁰ La Quadrature-dommen, præmis 156

hensyn til bekæmpelse af kriminalitet i almindelighed,¹⁰¹ og det er ikke nødvendigt at fastsætte en frist for lagringen.¹⁰² De danske logningsregler kan således foreskrive generel og udifferentieret logning af sådanne brugeridentitetsoplysninger, hvorved reglerne for adgang til disse data blot skal være begrænset til bekæmpelse af kriminalitet i almindelighed. Dette kræver en præcision i retsplejelovens regler om adgang til oplysningerne. Oplysningerne bør derudover være undergivet samme beskyttelse mod misbrug mv. som øvrige data.

Konklusion

De danske logningsregler, der blev vedtaget som en del af anti-terrorindsatsen og har været i kraft siden 2007, foreskriver generel og udifferentieret logning af trafik- og lokaliseringsdata. Reglerne medfører bl.a., at alle oplysninger om, hvem borgerne SMS'er med og ringer til, hvornår og hvor længe de gør det, samt hvor de opholder sig, når de foretager denne kommunikation, skal registreres og opbevares. Indholdet i kommunikationen registreres ikke.

I hvert fald siden afsigelsen af Tele2-dommen i 2016 har det stået klart, at de danske logningsregler er i strid med EU-retten, herunder privatlivets fred. EU-Domstolen har senest i oktober 2020 bekræftet dette ved afsigelsen af La Quadrature-dommen.

Den danske regering har for så vidt anerkendt, at reglerne strider mod EU-retten, idet Justitsministeriet gentagne gange har bekræftet, at Tele2-dommen og senest La Quadrature-dommen giver anledning til at ændre de danske regler.

Ikke desto mindre er reglerne, godt og vel fire år efter afsigelsen af Tele2-dommen, fortsat uændrede. Revision af reglerne er gentagne gange blevet udskudt, og siden Tele2-dommen har Justitsministeriet forsøgt at legitimere den fortsatte opretholdelse af reglerne med, at der ikke gælder en specifik EU-retlig frist for, hvornår national ret skal bringes i overensstemmelse med en EU-dom, men at dette blot skal ske "hurtigst muligt".

Ifølge Justitias vurdering er denne opfattelse i strid med konklusionerne i La Quadrature-dommen. Justitia vurderer således, at logningsreglerne må anses ugyldige.

Justitsministeren har for nyligt anerkendt, at logningsreglerne ikke kan håndhæves overfor teleselskaberne, men fastholder fortsat, at logningsreglerne er i kraft, og opfordrer telebranchen til fortsat at logge. Justitia finder det svært at forstå, hvordan regler, der ikke kan håndhæves, fortsat kan siges at være i kraft. Ifølge Justitias opfattelse modsiger disse to udmeldinger hinanden.

¹⁰¹ Det bemærkes, at den danske oversættelse af dommen indeholder en fejl, idet dommens præmis 168 nævner "grov kriminalitet" som betingelse for lagring af oplysninger om brugeridentitet. Der henvises i stedet til den engelske udgave af dommen, hvor kriminalitet i almindelighed fremgår af både præmis 158 og 168

¹⁰² La Quadrature-dommen, præmis 157-159

Denne problematik skal også ses i sammenhæng med persondataretten, idet teleselskaberne risikerer at bryde databeskyttelsesreglerne, hvis de fortsat logger på baggrund af de nuværende, EU-retsstridige logningsregler.

Justitsministeren har i den forbindelse oplyst til Teleindustrien, at der efter databeskyttelsesreglerne fortsat kan logges som hidtil med henblik på beskyttelse af national sikkerhed og bekæmpelse af grov kriminalitet. Med det nuværende retlige landskab er det imidlertid ikke praktisk muligt for teleselskaberne at afgrænse logningen til beskyttelse af national sikkerhed og bekæmpelse af grov kriminalitet. Dette glemmer justitsministeren at nævne i sit brev til Teleindustrien, hvilket Justitia finder kritisabelt.

Senest var revisionen af logningsreglerne på lovprogram for februar 2021, men justitsministeren har nu tilkendegivet, at der endnu en gang vil ske udskydelse heraf. Ifølge det oplyste udskydes revisionen til næste folketingssamling, dvs. at reglerne i allertidligste fald revideres til oktober 2021 – alt imens telebranchen opfordres til at efterleve klart ulovlige regler, hvilket må anses for stærkt kritisabelt.

På ovenstående baggrund mener Justitia hverken, at telebranchen skal eller bør efterleve reglerne i den nuværende logningsbekendtgørelse.

Anbefalinger

Justitia foreslår, at der indtil vedtagelsen af nye, lovlige logningsregler, indføres en midlertidig, simplificeret logningsløsning lignende Østrigs, såkaldt "quick freeze". Ved en sådan løsning logges data først, når der er opstået mistanke mod en person. Der kunne her opereres med et lempet mistankekrav. Den midlertidige løsning vil sikre overholdelse af de grundlæggende rettigheder, samtidig med at politiet ikke helt fratages logningsredskabet i den mellemliggende periode.

For så vidt angår den fremtidige logningsordning foreslår Justitia, at der – i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis – laves særskilte løsninger for logning af henholdsvis 1) trafik- og lokaliseringsdata, 2) IP-adresser og 3) brugeridentitetsoplysninger.

For så vidt angår **logning af trafik- og lokaliseringsdata** foreskriver EU-Domstolens praksis, at der kan ske *målrettet* logning til bekæmpelse af *grov* kriminalitet, beskyttelse mod *alvorlige* trusler mod den offentlige sikkerhed samt beskyttelse mod trusler generelt mod den nationale sikkerhed. De nye logningsregler skal derfor først og fremmest definere disse tre begreber.

I den målrettede logningsordning skal der ske en afgrænsning med hensyn til 1) kategorierne af data, 2) de omhandlede kommunikationsmidler, 3) de berørte personer, og 4) den fastsatte varighed af lagringen.¹⁰³ Derudover skal logningen i alle tilfælde – inden for rammerne af disse kriterier – afgrænses til det strengt nødvendige.¹⁰⁴

¹⁰³ La Quadrature-dommen, præmis 146-147

¹⁰⁴ La Quadrature-dommen, præmis 147

Hvad der på et givent tidspunkt udgør strengt nødvendig logning til bekæmpelse af f.eks. grov kriminalitet, vil i sagens natur ændre sig løbende. En målrettet logningsordning forudsætter derfor ifølge Justitias opfattelse en dynamisk lovgivning, der muliggør løbende at udstede påbud om midlertidig logning ifølge en konkret vurdering.

Det indledende skridt i en sådan konkret vurdering bør være identificeringen af en begivenhed, der kan begrunde logning (f.eks. grov menneskehandel). Justitia foreslår, at den nærmere afgrænsning af logningen herefter tager sit udgangspunkt i kriteriet "de berørte personer", dvs. den personmæssige afgrænsning. Denne personmæssige afgrænsning både kan ske med hensyn til specifikke personer, til hvem der er knyttet en mistanke, og geografisk, således at data tilhørende de personer, der befinder sig i nærmere bestemte områder, logges. Her kan der bl.a. arbejdes med lempede mistankekrav.

Når det for en given iværksættelse af logning er identificeret, hvorledes den personmæssige afgrænsning skal ske, bør loven forudsætte en vurdering af, hvordan afgrænsningen skal ske med hensyn til kategorierne af data og de omhandlede kommunikationsmidler. Her kan vurderingen basere sig på et grundprincip om, at jo mere snævert den personmæssige logning er afgrænset, jo bredere kan de omfattede kommunikationsmidler og kategorier af data afgrænses.

I visse snævre tilfælde kan *alvorlige* trusler mod den nationale sikkerhed desuden tillade generel og udifferentieret logning i en tidsbegrænset periode. Loven skal således først og fremmest definere begrebet "*alvorlig* trussel mod den nationale sikkerhed".

Ligeledes skal loven indeholde parametre til brug for vurderingen af, om der er tale om en "reel og aktuel eller forudsigelig" trussel. Det bør her først og fremmest sikres, at lovgivningen ikke tillader iværksættelse af generel og udifferentieret logning på baggrund af en abstrakt terrorrisiko ud fra det generelle trusselsbillede, det være sig internationalt eller nationalt. Der må således kræves konkrete dokumenterbare omstændigheder, der gør trusselsantagelsen reel.

Endelig skal logningsordningen for trafik- og lokaliseringsdata i begge tilfælde indebære stillingtagen til, hvor længe et påbud om logning skal vare, hvem der har myndighed til at beslutte, at en given logning kan iværksættes, offentliggørelse/underretning af pålagte logningsordninger, og om der er anledning til at specificere reglerne om adgang til de loggede data.

For så vidt angår **logning af IP-adresser** foreslås det, at disse – i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis – kan logges generelt og udifferentieret, dog således at adgangen til disse data begrænses til bekæmpelse af *grov* kriminalitet, forebyggelse af *alvorlige* trusler mod den offentlige sikkerhed og beskyttelse af den nationale sikkerhed.

For så vidt angår **logning af oplysninger om brugeridentitet**, kan disse logges for samtlige brugere af elektroniske kommunikationsmidler, og reglerne for adgang til disse data skal blot være begrænset til bekæmpelse af kriminalitet i almindelighed.

Bilag 1: EU-Domstolens retspraksis

EU-Domstolen har afsagt tre centrale domme, der direkte vedrører logning. Derudover verserer et antal sager fortsat ved Domstolen. Nedenfor gennemgås de tre domme. De verserende sager gennemgås ikke nærmere her.¹⁰⁵

Digital Rights and Others v. Ireland (2014)

Den 8. april 2014 afsagde EU-Domstolen dom i *Digital Rights and others v. Ireland*¹⁰⁶ (Digital Rights-dommen), hvorefter logningsdirektivet blev erklæret ugyldigt.

EU-Domstolen fastslår indledningsvis, at logningsdirektivet indebærer et indgreb af særlig alvorlig karakter i Charterets art. 7 og 8.¹⁰⁷ Domstolen bemærker, at logning forfølger et mål af almen interesse (bekæmpelse af grov kriminalitet, herunder terrorisme).¹⁰⁸ Spørgsmålet er herefter, om indgrebet er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Uanset at logning er egnet til at bekæmpe grov kriminalitet,¹⁰⁹ konkluderer Domstolen, at den form for logning, der foreskrives i logningsdirektivet, overskrider proportionalitetsprincippet, hvorefter direktivet erklæres ugyldigt.¹¹⁰ Domstolen påpeger i sin vurdering omfanget af logningen, herunder at den omfatter alle elektroniske kommunikationsmidler og alle abonnenter og registrerede brugere (generel og udifferentieret logning), hvormed lagringen indebærer et indgreb i de grundlæggende rettigheder for praktisk talt hele den europæiske befolkning.¹¹¹ Derudover påpeger Domstolen, at direktivet ikke fastsætter tilstrækkelige garantier, der gør det muligt at sikre effektiv beskyttelse af lagrede data mod risikoen for misbrug og mod enhver ulovlig adgang til og anvendelse af disse oplysninger.¹¹²

Tele2 Sverige og Watson m.fl. (2016)

Den 21. december 2016 afsagde EU-Domstolen igen dom i en sag vedrørende logning, denne gang om nationale logningsregler i Sverige og Storbritannien (Tele2-dommen).¹¹³ De omhandlede nationale regler foreskrev generel og udifferentieret logning af samtlige trafik- og lokaliseringsdata.

¹⁰⁵ Se sagsdokumenter tilgængelige [her](#): (Sag C-746/18), [her](#) og [her](#) (Sag C-793/19 og C-794/19) samt [her](#) (Sag C-140/20)

¹⁰⁶ EU-Domstolens dom (Store Afdeling) af 8. april 2014 i de forenede sager C-293/12 og C-594/12, *Digital Rights and Others v. Ireland*

¹⁰⁷ *Digital Rights-dommen*, præmis 37

¹⁰⁸ *Digital Rights-dommen*, præmis 41-44

¹⁰⁹ *Digital Rights-dommen*, præmis 49-50

¹¹⁰ *Digital Rights-dommen*, præmis 69-71

¹¹¹ *Digital Rights-dommen*, præmis 51-59

¹¹² *Digital Rights-dommen*, præmis 60-64

¹¹³ EU-Domstolens dom (Store Afdeling) af 21. december 2016 i de forenede sager C-203/15 og C-698/15, *Tele2 Sverige og Watson*

Reglerne blev erklæret i strid med e-databeskyttelsesdirektivets¹¹⁴ art. 15, stk. 1 sammenholdt med Charterets art. 7, 8, 11 og 52.

Overordnet set gentager EU-Domstolen en række af de principper, der følger af Digital Rights-dommen. Under proportionalitetsvurderingen udtaler Domstolen, at uanset hvor grundlæggende målet om at bekæmpe grov kriminalitet er, og uanset at effektiviteten kan afhænge af anvendelsen af moderne efterforskningsteknikker, kan det ikke i sig selv retfærdiggøre generel og udifferentieret logning.¹¹⁵

Om selve logningsordningen udtaler Domstolen bl.a., at: *“Den finder dermed anvendelse selv på personer, for hvis vedkommende der ikke findes noget som helst indicium for, at deres adfærd kan have – selv en indirekte eller fjern – forbindelse til grove straffelovsovertrædelser.”*¹¹⁶ Det konkluderes, at generel og udifferentieret logning overskrider det strengt nødvendige, og derfor er i strid med bl.a. respekten for privatlivet.¹¹⁷ Tele2-dommens præmisser må anses videreudviklet i La Quadrature-dommen, der gennemgås nedenfor. Tele2-dommen gennemgås derfor ikke yderligere her.

La Quadrature du Net og French Data Network m.fl. (2020)

Senest afsagde EU-Domstolen den 6. oktober 2020 dom på området i tre forenede sager vedrørende Frankrig og Belgiens logningsregler (La Quadrature-dommen).¹¹⁸ Også her konkluderer Domstolen bl.a., at generel og udifferentieret logning er i strid med EU-retten, men nuancerer og specificerer dog konklusionerne i forhold til Tele2-dommen.

Spørgsmål 1: Generel og udifferentieret versus målrettet datalagring

Sagernes hovedtvist er i vidt omfang tilsvarende den i Tele2-dommen, dvs. hvorvidt EU-retten er til hinder for nationale logningsregler, der medfører generel og udifferentieret datalagring.

Domstolen fremhæver – og gentager – en række af de problematiske aspekter ved den omhandlede datalagring: At dataene muliggør at lave en profil af de berørte personer, hvilket udgør en lige så følsom oplysning som selve indholdet af kommunikationen, at overvågningen kan have negativ indvirkning på udøvelsen af ytringsfriheden samt risikoen for misbrug og ulovlig adgang.¹¹⁹

Som noget nyt foretager Domstolen herefter en emnemæssig opdeling i sin vurdering af, om generel og udifferentieret logning kan begrundes. Opdelingen er dels baseret på den type af teledata, der lagres, dels det mål, der forfølges med lagringen.

¹¹⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12/7 2002

¹¹⁵ Digital Rights-dommen, præmis 103

¹¹⁶ Digital Rights-dommen, præmis 105

¹¹⁷ Digital Rights-dommen, præmis 107

¹¹⁸ EU-Domstolens Dom (Store Afdeling) af 6/10 2020 i de forenede sager C-511/18, C-512/18 og C-520/18, La Quadrature du Net m.fl.

¹¹⁹ La Quadrature-dommen, præmis 117-119

Teledata udgør al data vedrørende kommunikation, på nær selve indholdet i kommunikationen. Teledata omfatter således bl.a. trafikdata, lokaliseringsdata, brugeridentitetsoplysninger og IP-adresser.

Trafikdata omfatter bl.a. afsendelse/modtagelse af SMS'er og telefonopkald.

Lokaliseringsdata omfatter bl.a. mastedata, dvs. hvilken mast/celle kommunikation sker fra, hvilket giver oplysninger om hvor en person befinder sig, når vedkommende kommunikerer via f.eks. sin mobiltelefon.

En IP-adresse er en kode, der tildeles en kommunikationsenhed (f.eks. en computer), når den tilkobles internettet. Koden er knyttet til det netværk, enheden kobles på, og flere enheder koblet på samme netværk tildeles derfor den samme IP-adresse.

Brugeridentitetsoplysninger er – som ordet foreskriver – oplysninger om identiteten på den person, der har tegnet et abonnement, f.eks. navn og adresse på en teleabonnent.

Generel og udifferentieret lagring af trafik- og lokaliseringsdata: Alvorlige trusler mod den nationale sikkerhed

Domstolen finder, at beskyttelse af den nationale sikkerhed kan begrunde mere alvorlige indgreb i de grundlæggende rettigheder, end øvrige formål kan.¹²⁰ På den baggrund fastslår Domstolen, at EU-retten principielt ikke er til hinder for generel og udifferentieret lagring af trafik- og lokaliseringsdata, når det sker til beskyttelse af den nationale sikkerhed.¹²¹ Dog skal en række betingelser være opfyldt:

1) Datalagringen må kun ske i en periode, der tidsmæssigt er begrænset til det strengt nødvendige
 2) varigheden af et påbud om logning må ikke overstige et forudsigeligt tidsrum, 3) der skal foreligge tilstrækkeligt konkrete omstændigheder, der gør det muligt at antage, at landet står overfor en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, 4) truslen skal være reel og aktuel eller forudsigelig, 5) logningen skal være omfattet af begrænsninger og underlagt strenge garantier, der gør det muligt at beskytte mod risikoen for misbrug af oplysningerne, 6) afgørelsen om datalagringen skal kunne gøres til genstand for effektiv prøvelse med henblik på at kontrollere, om betingelserne for logning er opfyldt.¹²²

Derudover udtaler Domstolen generelt, at logningen ikke må have en systematisk karakter.¹²³

Måltrettet lagring af trafik- og lokaliseringsdata: Grov kriminalitet og alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed

I sin vurdering af logning med henblik på bekæmpelse af kriminalitet og beskyttelse af den offentlige sikkerhed udtaler Domstolen indledningsvis, at det kun er bekæmpelse af *grov* kriminalitet og

¹²⁰ La Quadrature-dommen, præmis 134-136

¹²¹ La Quadrature-dommen, præmis 137

¹²² La Quadrature-dommen, præmis 137-139

¹²³ La Quadrature-dommen, præmis 138

alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed, der kan begrunde logning af trafik- og lokaliseringsdata.¹²⁴

Dernæst fastslår domstolen, at *generel og udifferentieret* lagring af sådanne data ikke kan begrundes, når det sker med disse mål for øje, idet sådan lagring overskrider det strengt nødvendige.¹²⁵

Der kan derimod ske målrettet lagring. Dette indebærer, at lagringen skal begrænses til det strengt nødvendige for så vidt angår 1) kategorierne af data, 2) de omhandlede kommunikationsmidler, 3) de berørte personer, og 4) den fastsatte varighed af lagringen.¹²⁶

Med hensyn til begrænsningen af de berørte personer udtaler Domstolen, at der kan fokuseres målrettet på personer, hvis data enten kan afsløre en som minimum indirekte forbindelse til grov kriminalitet eller kan bidrage til at bekæmpe/forhindre grov kriminalitet, alvorlig fare for den offentlige sikkerhed eller risiko for den nationale sikkerhed. Som eksempel nævner Domstolen personer, der på forhånd er identificeret som en trussel mod medlemsstatens offentlige eller nationale sikkerhed. Enhver afgrænsning skal være baseret på objektive kriterier.¹²⁷

Desuden kan der ske afgrænsning ud fra et geografisk kriterium, når der i et eller flere områder er identificeret en forhøjet risiko for planlægning eller udførelse af grov kriminalitet. Domstolen nævner som eksempler: *”steder eller infrastrukturer, der regelmæssigt besøges af et meget stort antal personer, eller strategiske steder, såsom lufthavne, banegårde eller vejafgiftsområder”*. Vurderingen skal foretages på grundlag af objektive og ikke-diskriminerende forhold.¹²⁸

Endelig udtaler Domstolen, at varigheden af lagringen ikke må overstige det strengt nødvendige, idet det dog er tilladt at muliggøre forlængelse af lagringen, hvis den fortsat er nødvendig.¹²⁹

Lagring af IP-adresser: Grov kriminalitet og alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed

I vurderingen af lagring af IP-adresser indleder Domstolen med at fastslå, at disse data er mindre følsomme end øvrige trafikdata, da de ikke omfatter oplysninger om de tredjemænd, den pågældende person har været i kontakt med. Samtidig udtaler Domstolen, at muligheden for at foretage en udtømmende sporing af internetbrugerens søgemønstre gør det muligt at skabe en detaljeret profil af brugeren, hvilket udgør et alvorligt indgreb i navnlig art. 7 og 8.¹³⁰

Domstolen konkluderer, at EU-retten ”principielt” ikke er til hinder for generel og udifferentieret lagring af de IP-adresser, der er tildelt kilden til en internetforbindelse. Det er dog alene bekæmpelsen af *grov* kriminalitet, forebyggelse af *alvorlige* trusler mod den offentlige sikkerhed og

¹²⁴ La Quadrature-dommen, præmis 140

¹²⁵ La Quadrature-dommen, præmis 141-142

¹²⁶ La Quadrature-dommen, præmis 146-147

¹²⁷ La Quadrature-dommen, præmis 148-149

¹²⁸ La Quadrature-dommen, præmis 150

¹²⁹ La Quadrature-dommen, præmis 151

¹³⁰ La Quadrature-dommen, præmis 152-153

beskyttelse af den nationale sikkerhed, der kan begrunde indgrebet.¹³¹ Derudover er der tilknyttet krav til lagringen af IP-adresser: 1) Der skal foreligge strenge betingelser og garantier vedrørende brugen af dataene, og 2) lagringsperioden må ikke overstige det strengt nødvendige.¹³²

Lagring af data vedrørende brugeridentitet: Kriminalitet i almindelighed og den offentlige sikkerhed

Hvad angår lagring af identiteten på brugerne af elektroniske kommunikationsmidler konkluderer Domstolen, at dette kan ske under hensyn til bekæmpelse af kriminalitet i almindelighed.¹³³ Begrundelsen herfor er, at dataene alene kan identificere brugeren uden at disse oplysninger kan kædes sammen med den egentlige brug af kommunikationsmidlet, hvorfor der ikke er tale om et alvorligt indgreb. Lagringen kan ske for samtlige brugere, og det er ikke nødvendigt at fastsætte en tidsfrist for lagringen.¹³⁴

Hurtig lagring af trafik- og lokaliseringsdata: Grov kriminalitet

Medlemsstaterne har pligt til at vedtage lovbestemte frister, hvorefter lagrede data skal slettes eller gøres anonyme. EU-Domstolen anerkender dog, at der kan opstå situationer, hvor det er nødvendigt at lagre data ud over disse frister. Regler vedrørende "hurtig lagring" kan give myndighederne mulighed for at opnå hurtig sikring af data, hvor der er grund til at antage, at dataene vil gå tabt eller blive ændret.

Domstolen fastslår, at medlemsstaterne kan vedtage regler om hurtig lagring, hvorved udbydere kan pålægges at sikre de data, de råder over. Domstolen fastlægger dog en række krav i den forbindelse: 1) Muligheden for at påbyde hurtig lagring må kun omfatte data, der er nødvendige for at bekæmpe *alvorlige* strafbare handlinger eller angreb mod den nationale sikkerhed,¹³⁵ 2) en afgørelse om hurtig lagring skal være underlagt effektiv domstolsprøvelse, 3) afgørelsen om hurtig lagring skal omfatte en begrænset periode, der dog kan forlænges,¹³⁶ 3) adgangen til dataene skal underlagt de betingelser, der i øvrigt følger af national praksis,¹³⁷ og der må kun gives adgang under hensyn til forfølgelsen af enten det samme eller et mere tungtvejende mål, end det den hurtige lagring skete under hensyn til.¹³⁸

¹³¹ La Quadrature-dommen, præmis 156

¹³² La Quadrature-dommen, præmis 156

¹³³ Det bemærkes, at den danske oversættelse af dommen indeholder en fejl, idet dommens præmis 168 nævner "grov kriminalitet" som betingelse for lagring af oplysninger om brugeridentitet. Der henvises i stedet til den engelske udgave af dommen, hvor kriminalitet i almindelighed fremgår af både præmis 158 og 168

¹³⁴ La Quadrature-dommen, præmis 157-159

¹³⁵ La Quadrature-dommen, præmis 161

¹³⁶ La Quadrature-dommen, præmis 161-164

¹³⁷ La Quadrature-dommen, præmis 165

¹³⁸ La Quadrature-dommen, præmis 166

Domstolen specificerer, at det ikke er et krav, at hurtig lagring udelukkende omfatter data fra de konkret mistænkte personer. Det er derimod blot et krav, at dataene – på grundlag af objektive og ikke-diskriminerende forhold – kan bidrage til opklaringen.¹³⁹

Spørgsmål 2: Automatiseret dataanalyse og indsamling af data i realtid

La Quadrature-dommen behandler ligeledes spørgsmålet om, hvorvidt der kan foretages automatiseret dataanalyse og indsamling af data i realtid, herunder om de berørte skal underrettes om disse handlinger.

Logning foregår normalt sådan, at de pågældende data registreres og opbevares, og først på et senere tidspunkt får myndighederne adgang til dataene – i Danmark via reglerne om adgang i retsplejeloven. Når myndighederne tilgår de loggede data, er der således tale om såkaldte historiske data. Ved indsamling i realtid kan myndighederne overvåge dataene "live", og realtidsindsamling udgør således modstykket til historiske data.

Automatiseret dataanalyse indebærer, at indsamlede data filtreres i henhold til nogle parametre, der på forhånd er fastlagt. Alle de data, der svarer til disse parametre, bliver herefter kontrolleret.

Domstolen finder, at EU-retten ikke er til hinder for brug af automatiseret analyse og indsamling af data i realtid, men opstiller en række krav i den forbindelse. Bl.a. må automatiseret analyse kun anvendes ved en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, der er reel og aktuel eller forudsigelig, og indsamling i realtid af trafik- og lokaliseringsdata skal begrænses til personer, til hvilke der foreligger rimelig grund til at mistænke, at de er involveret i terrorvirksomhed. For så vidt angår underretning af de berørte personer finder Domstolen, at der skal ske underretning for så vidt som og fra det tidspunkt, hvor underretningen ikke kan skade myndighedens opgaver. Spørgsmålet behandles ikke nærmere her.¹⁴⁰

Spørgsmål 3: Generel og udifferentieret datalagring (offentlige online kommunikationstjenester og udbydere af hostingtjenester)

Det tredje hovedtema i La Quadrature-dommen drejer sig ligeledes om muligheden for at foretage generel og udifferentieret lagring, dog i forhold til udbydere af adgang til offentlige onlinekommunikationstjenester og udbydere af hostingtjenester, dvs. kommunikationstjenester, der udbydes via internettet, og som dermed ikke relaterer sig til teleselskaber.

Domstolen henviser til samtlige konstateringer og vurderinger, der er foretaget tidligere i dommen.¹⁴¹ På den baggrund konkluderes det, at EU-retten også er til hinder for en national lovgivning, der pålægger udbydere af adgang til offentlige onlinekommunikationstjenester og hostingtjenester at foretage generel og udifferentieret lagring.¹⁴²

Spørgsmål 4: Midlertidig opretholdelse af EU-retsstridige nationale regler

¹³⁹ La Quadrature-dommen, præmis 165

¹⁴⁰ Der henvises til La Quadrature-dommens præmis 169-192 for Domstolens gennemgang af spørgsmålet

¹⁴¹ La Quadrature-dommen, præmis 211

¹⁴² La Quadrature-dommen, præmis 212

Det sidste hovedtema i dommen drejer sig om, hvorvidt virkningerne af en EU-dom, der erklærer generel og udifferentieret logning ulovlig, kan udskydes med henblik på bl.a. at beskytte den nationale sikkerhed.

EU-Domstolen fremhæver princippet om EU-rettens forrang, og udtaler på den baggrund, at en national ret har pligt til at sikre den fulde virkning af EU-retlige bestemmelser. Domstolen uddyber, at en national ret har pligt til at undlade anvendelse af enhver modstående bestemmelse i national lovgivning, og behøver hverken anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af den pågældende nationale lovgivning.¹⁴³ EU-Domstolen påpeger ligeledes, at den har enebemyndigelse til undtagelsesvis at træffe afgørelse om midlertidig udskydelse af EU-rettens fortrængende virkning på national ret, der er i strid med EU-retten.¹⁴⁴

Anvendelse af ulovligt opnåede beviser

Som et underspørgsmål under behandlingen af EU-rettens forrang, består spørgsmålet om anvendelsen af oplysninger og beviser, der er opnået ved ulovlig generel og udifferentieret datalagring. Domstolen udtaler her, at dette spørgsmål i princippet er overladt til national lovgivning, idet ækvivalens- og effektivitetsprincippet dog skal være overholdt.¹⁴⁵

Ækvivalensprincippet fordrer her, at der ikke må gælde mindre gunstige regler for antagelsen og bedømmelsen af de omhandlede oplysninger/beviser, end der gælder for dem, der er opnået i strid med national lov.¹⁴⁶ Effektivitetsprincippet fordrer, at de ulovligt opnåede oplysninger/beviser ikke må skade den mistænkte uberettiget. Dette kan bl.a. undgås via måden hvorpå oplysninger/beviser bedømmes og vægtes, og ved at der tages hensyn til bevisernes ulovlige karakter ved straffastsættelsen.¹⁴⁷ Dog kan den nationale domstol under visse omstændigheder have pligt til helt at se bort fra de omhandlede beviser.¹⁴⁸

¹⁴³ La Quadrature-dommen, præmis 214

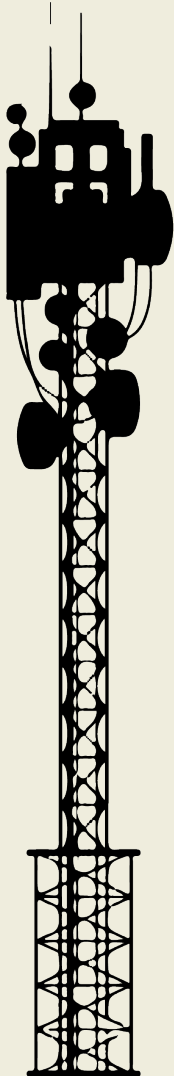
¹⁴⁴ La Quadrature-dommen, præmis 216

¹⁴⁵ La Quadrature-dommen, præmis 222-223

¹⁴⁶ La Quadrature-dommen, præmis 224

¹⁴⁷ La Quadrature-dommen, præmis 225

¹⁴⁸ La Quadrature-dommen, præmis 226-227





Council of the European Union
General Secretariat

Brussels, 06 March 2019

WK 3103/2019 INIT

LIMITE

**COPEN
CYBER
DAPIX
ENFOPOL
JAI**

WORKING PAPER

This is a paper intended for a specific community of recipients. Handling and further distribution are under the sole responsibility of community members.

WORKING DOCUMENT

From:	General Secretariat of the Council
To:	Delegations
N° prev. doc.:	5206/2017 REV 3
Subject:	Data retention - Situation in Member States

Delegations will find in the Annex a table outlining the status of legislation on data retention and relevant court cases on data retention in the Member States as noted to date. The table in Annex provides an update of the table annexed to document 5206/2017 REV 3 on the basis of contributions of: BE, CZ, DK, DE, FR, HR, CY, HU, MT, AT, PL, PT, SE, UK.

ANNEX

Data Retention

State of play in the Member States

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
Austria Up-dated on 5 March 2019	No	<p>Currently, AT neither has any DR legislation in force, nor is AT preparing any new DR law.</p> <p>Unlike the Data retention table, distributed on 27 Nov. 2017 (WK 5206/2017 ADD 3), indicates, AT never intended to install a data retention regime since this regime was repealed by the Austrian Constitutional Court in 2014 following the decision of the ECJ in Digital Rights Ireland.</p> <p>Since then there is no data retention regime in force in AT. However, law enforcement authorities can access data that has been stored by the providers for billing purpose, where the retention period is, in general, three months.</p> <p>Under EE presidency, AT presented a different model ("Quick Freeze") which was not a legislative proposal concerning DR, but rather gives an opportunity to refrain from deletion of data stored for billing purposes for a maximum time period of 12 months, which was subsequently wrongly inserted in the data retention table in document WK 5206/2017 ADD 3 as a "DR legislative proposal".</p>	<p>Most parts of the Austrian law on data retention were declared invalid by the Constitutional Court on 27 June 2014 following the Ireland Digital Rights judgement of 8 March 2014.</p>

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
Belgium Up-dated on 5 March 2019	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Law of 29 May 2016 on the collection and retention of data in the telecommunications sector (<i>Loi relative à la collecte et à la conservation des données dans le secteur des communications électroniques</i>) The Law entered into force on 28 July 2016. • Code of criminal procedure (<i>Code d'instruction criminelle</i>): articles 46bis, 88bis, 464/13 and 464/25 • Law of 30 November 1998 on the intelligence and security services (<i>Loi organique des services de renseignement et de sécurité</i>): articles 13, 18 §3, 18 §8, 18/3 §2 and 18/8 • Law of 13 June 2005 on electronic communications (<i>Loi relative aux communications électroniques</i>): articles 126 and following, as well as 145 	<ul style="list-style-type: none"> • In the aftermath of the decision of the Court of Justice of the EU in the case C-203/15 <i>Tele2 Sverige</i> on the 21st of December 2016, four claims for annulment of the new Belgian legislation have been introduced before the Constitutional Court. On the 19th of July 2018, the Constitutional Court referred three questions to the Court of Justice of the EU for further interpretation (case C-520/18). It concerns (1) whether a broader objective would justify a general data retention scheme; (2) whether positive obligations imposed on the government on the basis of the Charter would justify a general data retention scheme; and (3) whether the effects of the national legislation could be temporarily uphold in case of a complete/partial annulment. Fourteen Member States and the European Commission have submitted written contributions. A hearing is expected in the course of 2019.

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
Bulgaria Up-dated on 29 November 2017	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Electronic Communications Act Prom. SG 41 of 22 May 2007, last amended and supplemented by SG 103 of 27 December 2016 • Criminal Procedure Code Prom. SG 83 of 18 October 2005, last amended and supplemented by SG. 13 of 7 February 2017 	The previous Bulgarian data retention law was declared incompatible with the national constitution by the constitutional Court on 12 March 2015.
Croatia Up-dated on 5 March 2019	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Electronic Communications Act. • Criminal Procedure Code. • Police Duties and Powers Act. • Law on the Security system and Intelligence of Republic of Croatia. • National Defence Act. • Regulation on the obligations in the field of national security of the Republic of Croatia for legal and natural persons in telecommunications • Regulation on Military Police Affairs and Enforcement of Certified Officials of Military Police. • <i>In our national legislative no changes were done so far, but we are in the process of analysing implications of ECJ judgments on the national legislation.</i> 	

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
Cyprus Up-dated on 5 March 2019	Yes	<p>Following the judgement in the case of Digital Rights Ireland the national legislation has been upheld by a Supreme Court's Judgement in October 2015.</p> <p>Although the national law has not been challenged before the Supreme Court after the issuing of the judgement in Tele2 Sverige Case, an interim judgment of the Assize Court issued in January 2019 referred to the issue in the following context:</p> <p>The defense lawyer objected to the filing of digital evidence containing telecommunication data of the defendant by the prosecution, alleging that the data was kept illegally by the internet service provider (isp) thus violating the right to private communication. To support his position the defense lawyer referred to the judgement in Tele2 Sverige.</p> <p>The objection was dismissed by the Assize Court on the ground that the national law provides for all necessary safeguards to the right to private communication explaining the following in its judgment:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Both the retention and the access to telecommunication data in Cyprus under the relevant legislation, Law 183(I)/2007, are subject to strict and thorough checks by national competent authorities. The retention of data is under the supervision of the Commissioner for the Protection of Personal Data and access to data is permitted only, 	

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
		<p>following a request by a police investigator and not by any other public body.</p> <ul style="list-style-type: none"> - The access to data is restricted to serious criminal offences punishable with a term of imprisonment of at least five years. Before any application is filed to the Court, the Attorney General's consent must be obtained and the application must be heard by a Senior District judge who might reject or grant the application. - The European Court's suggestion to retain telecommunication data in certain geographical areas cannot be implemented in Cyprus having in mind the way crime is committed in Cyprus and in particular the nature and the place where offences are committed, since the serious criminal activity can be noted in all areas under the control of the legal government in the Republic of Cyprus. - Furthermore, the retention of data on the basis of geographical areas with increased criminality might be rendered as discriminatory to the citizens of that area taking into consideration that the isp would not know in advance who will commit crime and therefore would be obliged to retain also the data of law abiding citizens in that area. <p>Despite the above mentioned, it is stressed that the issues arising from the judgment in Tele2</p>	

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
		<p>Sverige have not been examined conclusively by the Supreme Court in Cyprus.</p> <p>Lastly, it is stressed that Cyprus is in favour of the development of an EU regime on data retention, in line with the requirements of the case law of the Court of Justice of the EU, while taking into account the needs of the competent authorities in the fight against serious crime in the digital age.</p>	
<p>Czech Republic Up-dated on 5 March 2019</p>	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Electronic Communications Act • Code of Criminal Procedure, Section 88a 	The current legislation is being challenged before the Constitutional Court.
<p>Denmark Up-dated on 5 March 2019</p>	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Administration of Justice Act, Act no 1255 of 16 November 2015, Chapter 71 • Executive Order No. 988 of 28 September 2006 on the retention and storage of traffic data by providers of electronic communications networks and electronic communications services, amended by Executive Order no. 660 of 19 June 2014 (following the 2014 Digital Rights Ireland judgment) • Guidelines for the Executive Order on the retention and storage of traffic data by providers of electronic communications networks and electronic communications services 	<p>The Danish rules on data retention (executive order no. 988 of 28 September 2006) are currently being challenged before the Eastern High Court.</p> <p>The case has been postponed – initially until 1 September 2019 – due to the pending case C-520/18 at the ECJ.</p>

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
Estonia Up-dated on 29 November 2017	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Electronic Communications Act based on Directive 2006/24/EC concerning data retention obligation and retention criteria by telecommunication service providers • Several other national legal acts set the access criteria, prior authorization and other criteria for access. For example, access and use of retained telecom data is regulated in the Criminal Procedure Code. For misdemeanors procedure, it's the Code of Misdemeanor Procedure etc. Access to the retained data is allowed in different procedures and slightly different rules and criteria apply. 	
Finland Up-dated on 29 November 2017	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Information Society Code 917/2014, sections 157- 159 and 322 • The Act refers to the Police Act, the Border Guard Act (578/2005), the Act on the Processing of Personal Data by Border Guards (579/2005), the Customs Act (1466/1994) and the Coercive measures Act (806/2001). • Assessment of the data retention legislation was assigned by the National Parliament in early 2017. The report of the Working Group established by the Ministry of Transport and Communications was published on 22 June 2017. 	

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
France Up-dated on 5 March 2019	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Code des postes et des communications électroniques, articles L34-1 et L39-3 et les dispositions réglementaires correspondantes R10-12 à R10-22 et D 98-7 du même code. • Loi n 215-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement. • Code de procédure pénale, articles 60-1, 60-2, 77-1-1, 99-3, 706-95-4 et 706-95-5 et les dispositions réglementaires R 15-33-67, R 15-33-68 et R 213-1. • Article L83 du livre des procédures fiscales. • Article 65 du code des douanes remplacé par l'article 65 quinquies du code des douanes (article 14 de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude). • Loi n 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement • Loi n 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) et son décret d'application n 2011-2019 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données et notamment son article 6. 	<ul style="list-style-type: none"> • Following the Tele2 judgement, 2 French requests for preliminary ruling are pending before the ECJ (C-511/18 and C-512/18). Those cases have been brought by the French administrative Supreme Court on July 26th. • On February 15th, the French constitutional court has ruled that former legislation on the access to metadata by customs officers during criminal procedures was unconstitutional. The legislation which has been overruled by the constitutional court had already been repealed by a new one before this decision (see "status of legislation").

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
Germany Up-dated on 5 March 2019	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Law on the introduction of an obligation to store and a maximum period to retain traffic data (Gesetz für Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten) • The law entered into force on 18 December 2015. The storage obligation became effective on 1 July 2017. 	<p><u>Constitutional Court</u> The current legislation is being challenged before the German Constitutional Court (several constitutional complaints). Requests for interim decisions in relation to these complaints have been denied in July 2016 and in April 2017, respectively.</p> <p><u>Administrative Courts</u></p> <p>A complaint brought forward by an Internet Access Provider – directed against the obligation to store internet traffic data only – is pending at the Federal Administrative Court. After the corresponding request for interim relief has been denied in February 2017 by the Administrative Court Cologne, the Higher Administrative Court for North Rhine-Westphalia granted the appeal against that decision and ruled that the provider is not obliged to store data until the main proceedings are concluded. It based its decision on the notion that in light of the Tele2 judgment the German legislation on data retention would clearly be incompatible with EU law. The court acknowledged that the current storage obligation is more restrictive in comparison</p>

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
			<p>to the previous system. It concluded, however, that these restrictions do not warrant a different assessment than that provided by the Tele2 judgment regarding the SE and GB legislation.</p> <p>Following the decision of the Higher Administrative Court, the Federal Network Agency announced that it will abstain from enforcement measures regarding the storage obligations and that it won't impose fines for non-compliance with the storage obligations until main proceedings are concluded. The Administrative Court Cologne followed the decision of the Higher Administrative Court on 20. April 2018. The appeal against this decision is pending at the Federal Administrative Court.</p> <p>Another corresponding complaint has been filed by another Internet Access Provider (Telekom Deutschland GmbH). It was parallel ruled by the Administrative Court Cologne. The appeal against this decision is pending at the Federal Administrative Court as well.</p>
Greece	Yes	<ul style="list-style-type: none"> Act 3917/2011 (implementing Directive 	

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
Up-dated on 29 November 2017		2006/24)	
Hungary Up-dated on 5 March 2019	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Act C of 2003 on Electronic Communications (Data shall be retained for 12 months as a general rule, and for 6 months in case of unsuccessful calls.) • Act XC of 2017 on Criminal Proceedings (The act has entered into force on 1 July 2018 and introduced the requirement of prior review by the prosecutor when investigating authorities request data from service providers within the criminal procedure.) • Act XXXIV of 1995 on the Police • Act CXXII of 2010 on the National Tax and Customs Office • Act CXXV of 1995 on the National Security Services • Government decree 180/2004 (V.26) on electronic communications networks and bodies and agencies authorised to conduct covert investigations on cooperation between organisations • Under the coordination of Ministry of Interior an expert group on data retention has been established at a national level in the beginning of May 2017 in cooperation with the ministries, organisations and authorities concerned. The main task of the group is to analyse and assess the impacts of the Tele2 judgement on the existing Hungarian legislation and based on the practical 	

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
		<p>experiences to draft possible solutions regarding the way forward with amending current legislation. The current legislation, in relation with the Tele2 judgement, has not been amended until this time.</p> <p>No court decision has been delivered so far in relation with the current national regulation. A complaint has been submitted to the Constitutional Court on 26 July 2016, which found it eligible for further examination. No decision has been made yet.</p>	
Ireland Up-dated on 29 November 2017	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Communications (Retention of Data) Act 2011 • On 3 October 2017, the Minister for Justice and Equality published the general scheme of the Communications (Retention of Data) Bill 2017. The proposals take account of evolving ECJ jurisprudence. 	
Italy Up-dated on 29 November 2017	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Legislative Decree n. 109/2008 • Legislative Decree n. 7 of 18 February 2015 (confirmed by law n. 43 of April 17, 2015) 	
Latvia Up-dated on 29 November 2017	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Electronic Communications Act (Article 71) • Criminal Procedure Act (Article 192) • Cabinet Regulation No 820 of 2007 	

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
Lithuania Up-dated on 29 November 2017	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Electronic Communications Law No IX-2134 of 15 April 2004 (Articles 65, 66, 67 and 77) • Code of criminal Procedure (Article 154) • Law on Criminal Intelligence No XI-2234 of 2 October 2012 (Article 6) • Law of the Republic of Lithuania on Cyber Security No XII-1428 of 11 December 2014 should also be pointed out (Articles 12-16) 	
Luxembourg Up-dated on 29 November 2017	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Loi modifiée du 30 mai 2005, relative aux dispositions spécifiques de protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques et portant modification des articles 88-2 et 88-4 du Code d'instruction criminelle 	
Malta Up-dated on 5 March 2019	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Subsidiary Legislation 440.01 Processing of Personal Data (Electronic Communications Sector) Regulations of 15 July 2003 (last amended by Legal Notice 429 of 2013) 	In 2018, three constitutional cases were filed wherein the applicants challenged Legal Notice 198 of 2008 (the subsidiary legislation transposing Directive 2006/24/EC into Maltese legislation). All three cases are still at first instance level.

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
Netherlands Up-dated on 29 November 2017	No	<ul style="list-style-type: none"> • The Data Retention Act of 1 September 2009 is no longer applicable following a ruling of the the Hague Civil Court of 15 March 2015 • Proposal of 13 September 2016 amending the Telecommunications Act and the Criminal Procedures Act in view of the retention of data processed in the context of providing public telecommunication services and public telecommunication networks (<i>Voorstel van wet van 13 september 2016 tot Wijziging van de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering in verband met de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare telecommunicatiediensten en openbare telecommunicatienetwerken</i>) 	
Poland Up-dated on 5 March 2019	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Telecommunications law of 16 July 2004 (Section VIII – Obligations as regards defence, national security, internal security and public order) (Articles 180a-180e) • Regulation of the Minister of Infrastructure of 28 December 2009 with regard to the detailed list of data, the categories of the providers of publicly available telecommunications services or public networks that are obliged to retain and store the data • Law of 15 January 2016 amending the Law on the Police and other certain Laws 	Judgement of the Constitutional Tribunal of 30 July 2014 (K 23/11) on catalogue of data on the individual, collected via electronic means in the course of operational surveillance; data destruction requirements.

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
		<ul style="list-style-type: none"> • Law of 16 November 2016 on the National Revenue Administration • Code of Criminal Procedure (Articles 218, 218a, 218b) • Regulation of the Minister of Justice of 28 April 2004 on the means of technical preparation of information systems and networks for the collection of lists of phone calls and other communications and the means of securing IT data 	
Portugal Up-dated on 5 March 2019	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Law No 32/2008 of 17 July transposing Directive 2006/24/EC • Code of criminal procedure: articles 189º (187º, 188º) • Law No 109/2009, of 15 September approves the Cybercrime Law, transposing Council Directive 2005/222 / JHA of 24 February on attacks against information systems, and transposes into national law the Convention on Cybercrime Council of Europe • Organic Law 4/2017 of 25 August Access of Officers of information on SIS and SIED to telecommunications and internet data 	<u>Judgement of the Constitutional Court no. 420/2017, of 13 July 2017</u> : The Portuguese Constitutional Court was called upon to decide whether specific provisions of Law 32/2008, of 17 June, were in conformity with the Portuguese Constitution. The question posed to the Constitutional Court was specifically whether the duty imposed on the providers of publicly available electronic communications services or of a public communications network to retain, for the period of one year from the date of the conclusion of the communication, data regarding the name and address of the subscriber or registered user to whom the user ID was attributed at the time of the communication violated the right to secrecy of correspondence and other means of private communication and the right to privacy of personal and family life enshrined in the Constitution. The

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
			<p>Constitutional Court declared that the relevant provisions do not contradict the Constitution.</p> <p>Further to this, the Constitutional Court concluded that the ECJ's reasoning in the Ireland Digital Rights judgement of 8 March does not apply to Law 32/2008 and, in this regard, does not provide sufficient grounds to invalidate it. In fact, this law densified the Directive by regulating the procedure of retention and access to the data by the authorities and establishing adequate safeguards.</p>
<p>Romania Up-dated on 29 November 2017</p>	<p>Yes</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Law No 235/2015, amending Law No 506/2004, introducing rules regarding access of competent national authorities to retained data (notably Articles 5 and 121) • Law No 75/2016, amending Law No 235/2015 and Government Emergency Order No 82/2014 (amending and supplementing Law No 135/2010 on the Code of Criminal Procedure (notably Articles 138 and 152). 	<p>The previous Romanian data retention law was declared unconstitutional by the Constitutional Court on 8 July 2014.</p>
<p>Slovakia Up-dated on 29 November 2017</p>	<p>Yes</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Act no. 351/2011 of 14 September 2014 on Electronic Communications 	<p>Ruling of the Constitutional Court of the Slovak Republic of 29 April 2015 No. PL ÚS 10/2014-78 (On 29 April 2015, The Grand Chamber of the Constitutional Court (PL. ÚS 10/2014) proclaimed provisions Article 58(5) to (7) and § 63(6) of the Act on Electronic Communications (Act No. 351/2011 Coll.), which until now required mobile network providers to track the</p>

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
			communication of their users, as well as provisions of Article 116 of the Criminal Code (Act No. 301/2005 Coll.) and § 76(3) of the Police Force Act (Act No. 171/1993 Coll.), which allowed access to this data, to be in contradiction to the constitutionally guaranteed rights of citizens to privacy and personal data.
Slovenia Up-dated on 29 November 2017	No	<ul style="list-style-type: none"> The Slovenian Constitutional Court annulled Chapter 13 on data retention of the Electronic Communications Act on 3 July 2014. No proposal has been made by the government to replace this law. 	The Slovenian Constitutional Court annulled Chapter 13 on data retention of the Electronic Communications Act on 3 July 2014.
Spain Up-dated on 29 November 2017	Yes	<ul style="list-style-type: none"> Law 25/2007 of 18 October on the retention of data concerning electronic communications and public communication networks, last amended on 10 May 2014 (<i>Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, consolidado de 10 de mayo de 2014</i>). 	
Sweden Up-dated on 5 March 2019	Yes	<ul style="list-style-type: none"> On 28 February 2019, the Government decided to refer a proposal for new legislation regarding data retention to the Council on Legislation. The consultation with the Council on Legislation is a step in the Swedish legislative process and the aim is to present a final bill to the Parliament later this spring. The draft bill builds on the proposals put 	

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
		<p>forward by a Public Inquiry in October 2017 and is designed along the lines of the concept of restricted retention as discussed at EU-level, i.e. a series of data types and categories previously subject to retention will no longer be retained according to the proposal. A detailed list can be found in Annex 1 on page 38 in WK 3005/2018/INIT, Preparatory work for the Data Retention Matrix.</p> <ul style="list-style-type: none"> • According to the draft bill, location data is to be retained for two months and traffic data for six months. • In addition, it can be noted that it is proposed in the draft bill that it must be possible to identify a subscriber to the internet regardless of the technical solution used by the operator (such as the Carrier-Grade NAT). • Furthermore, it is proposed that data must be retained within the EU and that the Prosecution Authority will examine and decide upon requests for access to retained data for certain intelligence purposes. • Finally, it is proposed that the legislation will enter into force on 1 October 2019. 	

Member State	DR legislation in force	Status of the legislation	Relevant Court cases
United Kingdom Up-dated on 5 March 2019	Yes	<ul style="list-style-type: none"> • Investigatory Powers Act 2016, notably Part 3 on the authorisations for obtaining communications data and Part 4 on the retention of communications data. • Legislation was amended in October 2018 to reflect the additional requirements of independent authorisation and the serious crime threshold for the retention and acquisition of communications data as required by <i>Tele2 & Watson</i>. 	<ul style="list-style-type: none"> • In April 2018, the UK High Court ruled on the UK's data retention regime and found in the Government's favour on all parts except where we had conceded (and have subsequently amended), including ruling that our regime is not general and indiscriminate. • The Government is facing ongoing legal challenge to the Investigatory Powers Act, and a hearing is scheduled for June 2019.

INDLAND

Justitsministeren dropper forslag om internetovervågning

Justitsminister Søren Pind (Venstre) dropper forslaget om internetovervågning, fordi det er for dyrt.



Justitsminister Søren Pind (Venstre). (Foto: Mathias Løvgreen Bojesen © Scanpix)

REDIGERET AF KIRSTINE OTTESEN

17. MAR 2016 BEMÆRK: ARTIKLEN ER MERE END 30 DAGE GAMMEL

[?] FORKLAR ORD [AA] STØRRE TEKST [O] LÆS OP

Justitsministeriet vil gerne kunne overvåge og registrere, hvad danskerne laver på internettet. Det kaldes også sessionslogging.

Formålet med sessionslogging skal blandt andet være at hjælpe politiet. Ordningen har været indført tidligere, men blev afskaffet, fordi den dengang ikke kunne hjælpe politiets efterforskning.

Nu viser en analyse, at Justitsministeriets nye forslag til sessionslogning vil koste en milliard kroner om året. Og det er alt for dyrt, mener justitsminister Søren Pind (Venstre).

Minister: Forbryderne skal fanges på internettet

Politiet og Justitsministeriet vil derfor prøve at finde en anden løsning til sessionslogning. Ifølge Søren Pind er sessionslogning vigtigt for, at politiet kan fange forbrydere i fremtiden.

- Forbryderne flytter i stigende grad deres aktiviteter over på nettet. Vi skal sikre, at politiet kan følge med, siger Søren Pind i en skriftlig kommentar til Ritzau.

Rigspolitiet og Politiets Efterretningstjeneste (PET) har foreslået nogle nye regler for, hvordan man registrerer, hvad danskerne laver på internettet. Regeringen har endnu ikke fremsat et lovforslag om sessionslogning, fordi det blandt andet var vigtigt først at få styr på økonomien.

Teleselskaberne er glade

De danske teleselskaber har været meget utilfredse med justitsministerens forslag til sessionslogning. Blandt andet fordi, det ville komme til at koste mange penge for teleselskaberne.

Derfor er teleselskaberne nu glade for, at forslaget bliver droppet. Blandt andet Adam Lebech, der er direktør for [DI Digital](#).

- Vi er tilfredse med, justitsministeren nu anerkender de store omkostninger, som sessionslogning vil indebære for telebranchen, siger Adam Lebech i en udtalelse.

/ritzau/

Søren Pind: Sessionslogging er for dyrt - vi skal finde en billigere model

I den form, Rigspolitiet har foreslået, vil det koste en milliard kroner om året at indføre sessionslogging.

[Jesper Stein Sandal](#)  [@jespersandal](#) Torsdag, 17. marts 2016 - 13:37 38

Det vil koste én milliard kroner om året at indføre sessionslogging i den form, som Rigspolitiet har foreslået. Det er for dyrt, mener justitsminister Søren Pind, som nu vil finde en billigere model. Det rapporterer Ritzau ifølge flere medier.

Justitsministeren skulle i løbet af denne måned have fremsat et lovforslag om at genindføre en forbedret udgave af den sessionslogging af internettrafik i Danmark, som blev stoppet i 2014.

Læs også: [Sessionslogging af danskernes internetbrug på vej tilbage i udvidet form](#)

Nu kan de økonomiske konsekvenser af den foreslåede model imidlertid forsinke processen. Udmeldingen fra justitsministeren kommer samme dag, som ministeren er kaldt i samråd om netop sessionsloggingen.

Justitsministeriet har fået foretaget en ekstern konsulentundersøgelse af omkostningerne ved sessionslogging ud fra den model, Rigspolitiet har foreslået. Konklusionen af undersøgelsen lyder altså, at det vil koste en milliard om året.

»Det overstiger grænsen for det acceptable. I de kommende måneder vil Justitsministeriet og politiet derfor sætte sig sammen med branchen for at lave en model, sådan at der i næste folketingssamling kan fremsættes et lovforslag, som både tilgodeser politiets behov for at efterforske alvorlig kriminalitet, og som bliver mindre omkostningsfuld for branchen,« lyder det i en skriftlig kommentar fra Søren Pind.

Teleselskaberne har tidligere netop kritiseret planerne om sessionslogging på den baggrund, fordi det vil være teleselskaberne og i sidste ende kunderne, som skal betale for at logge en enorm mængde metadata.

Læs også: [Teleindustrien: Sessionslogging af danskerne bliver dyrt og besværligt](#)

Den tidligere udgave af sessionsloggingen blev standset, fordi de indsamlede data viste sig ikke at kunne anvendes i politiets efterforskning. Derfor har Rigspolitiet foreslået en ny indsamling, som skulle løse problemerne ved den gamle sessionslogging. Men nu ser det altså ud til, at der skal en ny model på bordet i stedet for det forslag, politiet er kommet med.

Læs også: [Politiet implementerer hemmeligt system, der kan analysere på logningsdata](#)

Beslutningen om at sætte lovforslaget på standby, indtil der kan findes en billigere model, blev positivt modtaget fra flere politikere, der har kritiseret ministerens ønske om at indføre sessionslogging.



»Det er på høje tid, at justitsministeren afviser forslaget om sessionslogging, som med rette har været voldsomt kritiseret. Han gør det på grund af prisen. Det er en væsentlig faktor, men lad os nu få en faktabaseret debat om det helt afgørende, nemlig at skabe en fornuftig balance mellem privatlivets fred og cybersikkerhed,« udtaler it-ordfører René Gade fra Alternativet i en meddelelse fra partiet.

Tidligere it-ordfører for Venstre, Michael Aastrup Jensen, er også tilfreds med beslutningen, skriver han på Twitter:



Michael Aastrup Jensen ✓

@michaেলাastrup



Rigtig glad og enig i, at Søren Pind nu trykker pause på forslaget om logging :-) #dkpol #itpol

1.40 PM · 17. mar. 2016 (i)

 25
  7
  Del dette Tweet

Enhedslistens Pernille Skipper efterlyser dog endnu en gang at få lov til at se lovforslaget. Hun har flere gange bedt om at få forslaget at se, da justitsministeren flere gange har afvist at gå i detaljer i den offentlige debat om sessionslogging med henvisning til, at det måtte vente til forslaget lå klar.



Pernille Skipper ✓

@PSkipperEL



Forslag om #sessionslogging, som skulle være super effektivt, er nu for dyrt. Men må vi så se det @sorenpind? dr.dk/nyheder/politi... #dkpol

1.45 PM · 17. mar. 2016 (i)

 28
  3
  Del dette Tweet

Også hos Konservative er formand Søren Pape Poulsen tilfreds:



Søren Pape Poulsen ✓

@SorenPape



Glad for at @sorenpind har droppet #sessionslogging. Systematisk overvågning af alle danskere er ikke i orden #dkpol

2.22 PM · 17. mar. 2016 (i)

 96
  13
  Del dette Tweet

Hos brancheorganisationen Teleindustrien, der både kritiserede den tidligere udgave af sessionsloggingen og det seneste forslag for at pålægge teleselskaberne en urholdsmæssig stor omkostning, bliver Søren Pinds beslutning også positivt modtaget:





Jakob Willer
@jakobwiller



Positivt at Pind udskyder revision af [#sessionslogning](#) Vi ser frem til saglig og grundig dialog med JM om sagen ekstrabladet.dk/nyheder/politi...

1.32 PM · 17. mar. 2016



6



1



Del dette Tweet

Tirsdag 27.04.2021

andreasrasmussen85@gmail.com

Dette er en kommentar. Den udtrykker skribentens holdning. Klik [her](#), hvis du ønsker at sende et debatindlæg til Berlingske.

[KOMMENTATORER](#)

Jacob Mchangama: Regeringen lægger op til mere (ulovlig) overvågning af borgerne

Regeringens længe ventede »lovskitse«, der skal sikre, at masseindsamling af blandt andet teledata (logging) lever op til de krav om respekt for privatliv og persondataskyttelse, som følger af EUs Charter om Grundlæggende Rettigheder, lægger reelt op til en de facto udvidelse af den nuværende ulovlige logningsordning.



Foto: Emil Helms/Ritzau Scanpix

KOMMENTAR

Mandag d. 26. april 2021, kl. 19.50

Del denne artikel ▾



JACOB MCHANGAMA
Direktør i tænketanken Justitia

Efter et forløb, der må være tæt på at sætte [rekord i politisk tidstrækkeri](#), har regeringen nu endelig fremsat en såkaldt [»lovskitse«](#), der skal sikre, at masseindsamling af blandt andet teledata (også kaldet logning) lever op til de krav om respekt for privatliv og persondataskyldelse, som følger af EUs Charter om Grundlæggende Rettigheder.

Det er dog ikke med regeringens gode vilje, at det i fremtiden - i hvert fald teoretisk set - bliver sværere for politi- og efterretningstjenester at tilgå det bundløse ocean af digitale spor, som alle danskere med en mobiltelefon efterlader sig, når vi trasker rundt i det offentlige rum og kommunikerer med venner, kolleger og familie.

Justitsminister Nick Hækkerup har blandt andet udtalt, at »det er en håndsrækning til forbryderne, som EU-Domstolen har givet« ved at erklære generel og udifferentieret masseindsamling af teledata for uforeneligt med grundlæggende rettigheder. Henset til, at Hækkerup også mener, [»at med overvågning stiger friheden«](#), kan det ikke overraske, at justitsministeren er alt andet end begejstret for at være tvunget til at ændre på logningsreglerne.

Det skinner da også igennem i den såkaldte lovskitse, som i al væsentlighed viderefører den nuværende retsstridige ordning. Det understreges af, at Justitsministeriet selv erkender, at et vigtigt delelement i lovskitsen indebærer en »væsentlig procesrisiko«, hvilket på menneskesprog betyder, at ministeriets skarpe jurister vurderer, at man risikerer at tabe med et brag, hvis ordningen udfordres ved domstolene.

»I lovskitsen tager Justitsministeriet tilsyneladende hele armen.«

Et af de helt afgørende elementer i den årelange diskussion om, hvorvidt logning er forenelig med vores grundlæggende rettigheder, er spørgsmålet om myndighedernes mulighed for at foretage »generel og udifferentieret logning«, hvilket indebærer, at teleselskaberne forpligtes til at logge teledata om alle deres kunder, uanset hvor i landet de befinder sig, og uanset om de måtte være under mistanke for kriminalitet eller ej. Denne form for logningspligt har været gældende i Danmark siden 2007, selvom det ifølge EU-Domstolen som helt klart udgangspunkt er ulovligt. Det har det som minimum været siden 2016.

PET skal selv vurdere behov

Domstolen har dog for nylig givet mulighed for, at der i en begrænset periode kan ske generel og udifferentieret logning, når der foreligger en tilstrækkelig konkret trussel mod den nationale sikkerhed. EU-Domstolen har altså givet myndighederne en håndsrækning til ekstraordinære

I lovskitsen foreslår Justitsministeriet, at vurderingen af, om der foreligger en sådan trussel mod den nationale sikkerhed, som kan begrunde generel og udifferentieret logning, hovedsageligt skal bero på Center for Terroranalysens (CTA) »vurdering af terrortruslen mod Danmark«.

Her er det værd at bemærke, at CTA hører hjemme hos PET. Det er altså PETs analytiske afdelings vurderinger, der er afgørende for, hvorvidt der skal indsamles persondata, som PETs efterretningsafdeling selv bruger til overvågning og efterforskning. Det siger sig selv, at en sådan ordning skaber en risiko for, at der kommer falske lodder i vægtskålen i CTAs vurderinger, og at man får et institutionelt incitament til at overdrive truslen mod den nationale sikkerhed, fordi den selvsamme organisation, som man er en del af, er afhængig af, at truslen mod den nationale sikkerhed vurderes til at være alvorlig for at kunne anvende et nyttigt redskab.

Hertil skal lægges, at CTAs analyser kan blive politiseret af ansvarlige politikere, såfremt indholdet ikke flugter med regeringens prioriteter.

Lagde låg på rapport

Allerede i 2019 vurderede CTA således, at danske børn af Syriens-krigere i kurdiske fangelejre ikke udgjorde en trussel. Men først i marts 2020 blev rapporten offentliggjort, hvilket rejser spørgsmålet, om regeringens top med vilje har lagt låg på rapporten, fordi den underminerede regeringens politik om ikke at hjemtage danske børn af IS-krigere. Det siger sig selv, at risikoen for den slags - mulige - usaglige hensyn risikerer at blive øget betragteligt, når CTA-rapporter pludselig bliver udslagsgivende for, hvorvidt der kan iværksættes overvågning, som regeringen finder afgørende i kampen mod terror og alvorlig kriminalitet.

Og det er blot ét af problemerne med regeringens lovskitse. Når lovskitsen læses i helhed, er der reelt tale om en de facto udvidelse af den nuværende (ulovlige) logningsordning. Medmindre man køber Hækkerups præmis om, at overvågning øger friheden, er der derfor god grund til at sætte kritisk fokus på, hvordan balancen mellem frihed og overvågning bliver udmøntet i den kommende tid.

Jacob Mchangama er direktør i tænketanken Justitia



LÆS MERE

[KRONIKKER](#) | [ABONNEMENT](#)

De er inspiration for Tolkien, Wagner og Marvel: I dag er det 50 år siden, de kom hjem



[KRONIKKER](#) | [ABONNEMENT](#)

Forsker: Vi skal ikke være så bange for akademiske

