

Høring over udkast af 27/9 2021 til lovforslag om revision af logningsreglerne

Indhold

Indledning	2
Overordnede bemærkninger til lovudkastet	2
Bemærkninger til forslagene vedrørende generel og udifferentieret logning	3
Vurdering af om der foreligger en trussel der kan legitimere generel og udifferentieret logning.....	4
Kompetence til at iværksætte generel og udifferentieret logning.....	5
Tidsmæssig udstrækning af påbud om generel og udifferentieret logning.....	6
Adgang til oplysninger der er logget generelt og udifferentieret	7
Effektiv prøvelse af generel og udifferentieret logning	11
Bemærkninger til forslagene vedrørende målrettet logning	13
Geografisk målrettet logning (lovudkastets § 1, nr. 9, indsættelse af ny § 786c).....	13
Konkret begrundet målrettet logning (lovudkastets § 1, nr. 9, indsættelse af ny § 786d)	14
Effektiv prøvelse af målrettet logning	15
Bemærkninger til den foreslåede definition af "grov kriminalitet"	16

Indledning

I det følgende fremgår Justitias bemærkninger til udvalgte dele af Justitsministeriets udkast af 27. september 2021 til forslag til lov om ændring af retsplejeloven og lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (revision af reglerne om registrering og opbevaring af oplysninger om teletrafik (logning) m.v.) (herefter benævnt "lovudkastet").

Justitia har kun forholdt sig til de dele af lovudkastet, der udtrykkeligt behandles i høringssvaret. Manglende omtale af dele af lovudkastet og bestemmelserne heri kan således ikke i sig selv ses som udtryk for, at Justitia er enig i disse.

Overordnede bemærkninger til lovudkastet

De danske logningsregler har – som minimum – siden 2016 været i strid med EU-retten.¹ Her fastslog EU-Domstolen, at nationale regler som de danske, der foreskriver generel og udifferentieret logning, er ulovlige og bl.a. strider mod privatlivets fred.² I 2020 udtalte EU-Domstolen, at der undtagelsesvis og midlertidigt kan ske generel og udifferentieret logning, hvis et land står overfor en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, der er reel og aktuel eller forudsigelig.³ I øvrige tilfælde kan der ske målrettet logning til bekæmpelse af som minimum grov kriminalitet.⁴ For en nærmere gennemgang af de nuværende logningsregler i lyset af EU-Domstolens praksis henvises til Justitias analyse "Ulovlig logning – tid til en lovrevision".⁵

Justitia finder det positivt, at Justitsministeriet nu er i gang med den nødvendige lovrevision af logningsreglerne. Lovudkastet giver dog på en række punkter anledning til bekymring.

Justitia er opmærksom på, at logningsreglerne indebærer en vanskelig afbalancering mellem navnlig hensynene til effektiv kriminalitetsbekæmpelse, herunder terror, på den ene side og respekten for grundlæggende rettigheder på den anden side. Dele af lovudkastet indebærer imidlertid risiko for, at den nuværende (ulovlige) retstilstand de facto opretholdes, hvorved krænkelser af privatlivets fred og retten til persondatabeskyttelse vil fortsætte.

Denne risiko er navnlig en konsekvens af de foreslåede rammer for vurderingen af, om der foreligger en trussel, der kan legitimere generel og udifferentieret logning, sammenholdt med den del af

¹ EU-Domstolens dom (Store Afdeling) af 8/4 2014 i de forenede sager C-293/12 og C-594/12 (Digital Rights-dommen), EU-Domstolens dom (Store Afdeling) af 21/12 2016 i de forenede sager C-203/15 og C-698/15 (Tele2-dommen) og 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-dommen)

² Tele2-dommen

³ La Quadrature-dommen, præmis 134-139

⁴ La Quadrature-dommen, præmis 146-147

⁵ Tilgængelig [her](#)

forslaget, hvorefter der kan gives adgang til disse loggede data til brug for bekæmpelse af grov kriminalitet.

Dertil kommer, at særligt rammerne for den foreslåede målrettede geografiske logning forekommer så vide, at der de facto vil blive tale om generel logning. Med andre ord synes kriterierne for målrettet geografisk logning at medføre, at så store dele af landet underlægges logning, at logningen ikke længere kan anses målrettet.

Når Justitsministeriet endda derudover foreslår en definition af "grov kriminalitet", der indebærer en væsentlig lempelse sammenholdt med det kriminalitetskrav, der hidtil har været gældende for adgangen til loggede data,⁶ forekommer der reelt at være tale om en de facto udvidelse af den nuværende (ulovlige) logningsordning.

Justitia finder i øvrigt ikke, at lovudkastet indeholder fornødne prøvelses- og kontrolforanstaltninger.

Samlet set forekommer ovenstående svært problematisk i lyset af EU-Domstolens praksis. Ifølge Justitias vurdering vil vedtagelse af den foreslåede løsning indebære en ikke uvæsentlig risiko for, at Danmark vil blive dømt ved en eventuel sag for EU-Domstolen.

Justitia finder det ligeledes bemærkelsesværdigt, at Justitsministeriet agter at vedtage regler under en erkendt "væsentlig procesrisiko"⁷ og med samtidig henvisning til, at reglerne vil kunne anvendes i hele perioden frem til en eventuel dom ved EU-Domstolen.⁸ Der lægges hermed op til (endnu) en lang årrække med logning, hvis lovlighed er tvivlsom.

Bemærkninger til forslagene vedrørende generel og udifferentieret logning

EU-retten er som udgangspunkt til hinder for generel og udifferentieret logning.⁹ Dog kan der *undtagelsesvis* og *midlertidigt* ske en sådan form for logning, hvis et land står overfor en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, der er reel og aktuel eller forudsigelig.¹⁰

I lovudkastet foreslås det at indføre en ny bestemmelse i retsplejeloven (§ 786e), hvorefter justitsministeren efter forhandling med erhvervsministeren kan fastsætte regler om generel og udifferentieret logning, når der foreligger tilstrækkeligt konkrete omstændigheder, der giver anledning til at antage, at Danmark står over for en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed, som må anses for at være reel og aktuel eller forudsigelig.¹¹

⁶ I henhold til reglerne om indgreb i meddelelshemmeligheden, jf. RPL § 781, stk. 1, nr. 3

⁷ S. 106 i lovudkastet

⁸ S. 86 i lovudkastet

⁹ Digital Rights-dommen (C-293/12 og C-594/12), præmis 69-71, Tele2-dommen (C-203/15 og C-698/15), præmis 103-107 og La Quadrature-dommen, præmis 117-119 og 141

¹⁰ La Quadrature-dommen, præmis 134-139

¹¹ Lovudkastets § 1, nr. 9, indsættelse af § 786 e

Vurdering af om der foreligger en trussel der kan legitimere generel og udifferentieret logning

EU-Domstolens praksis foreskriver, at der kun må logges generelt og udifferentieret i en begrænset periode,¹² hvorved tidsperioden desuden skal begrænses til det strengt nødvendige,¹³ og at denne form for logning aldrig må blive hovedreglen¹⁴ eller antage systematisk karakter.¹⁵ Vurderingen skal være baseret på konkrete omstændigheder,¹⁶ og der skal være tale om en reel og aktuel eller forudsigelig trussel.¹⁷ Domstolens praksis må på den baggrund forstås sådan, at der er tale om et ekstraordinært tiltag reserveret til ekstraordinære situationer.

I lovudkastet forudsættes det, at vurderingen af, om der foreligger en tilstrækkelig trussel til at kunne iværksætte generel og udifferentieret logning, skal bero på antallet og karakteren af verserende og/eller afgjorte sager om straffelovens kap. 12 og 13, Center for Terroranalyses (CTA) årlige terrortrusselsvurdering (VTD) samt øvrige relevante analyseprodukter. CTA's terrortrusselsvurdering er ifølge Justitsministeriet tilstrækkelig dynamisk til, at vurderingen ikke vil få systematisk karakter.¹⁸

Justitia hæfter sig ved, at det i lovudkastet er formuleret således, at CTA's vurdering kan indgå som *et element (af flere)* i vurderingen.¹⁹ Ifølge Justitias vurdering er det afgørende, at CTA's klassificering af, at terrortruslen er "alvorlig", ikke bør kunne stå alene som grundlag for at iværksætte generel og udifferentieret logning. CTA har vurderet trusselsniveauet "alvorligt" hvert år siden 2014.²⁰ Der er således tale om et generelt trusselsbillede, der har gjort sig gældende i som minimum 7 år, og som ikke kan antages at ændre sig foreløbigt.

Iværksættelse af generel og udifferentieret logning på baggrund af CTA's klassificering alene vil derfor ikke overholde kravet om, at generel og udifferentieret logning skal være et tidsbegrænset tiltag reserveret til ekstraordinære situationer. Tværtimod vil dette medføre, at generel og udifferentieret logning bliver hovedreglen, pålægges for en ikke-begrænset periode samt antager systematisk karakter. Dette er i direkte strid med EU-Domstolens praksis som gennemgået netop ovenfor.

Ifølge Justitia må vurderingen foretages på baggrund af konkrete, dokumenterbare omstændigheder, der gør trusselsantagelsen reel og aktuel eller forudsigelig. Dette kunne f.eks. være

¹² La Quadrature-dommen, præmis 137

¹³ La Quadrature-dommen, præmis 138

¹⁴ La Quadrature-dommen, præmis 111

¹⁵ La Quadrature-dommen, præmis 138

¹⁶ La Quadrature-dommen, præmis 137

¹⁷ La Quadrature-dommen, præmis 137

¹⁸ S. 55 ff. i lovudkastet

¹⁹ S. 55-56 i lovudkastet

²⁰ [Publikationer \(pet.dk\)](#)

tilfældet, hvis PET på baggrund af efterretninger får en reel mistanke om, at et ekstremistisk netværk er i færd med at planlægge et konkretiseret og nært forestående terrorangreb i Danmark.

Justitia er enig i, at underliggende analyser fra CTA samt øvrige relevante analyseprodukter – afhængig af deres karakter – kan indgå som *delelementer* i vurderingen. Det er i den forbindelse afgørende, at der skal være tale om analyser baseret på konkrete omstændigheder fremfor ”bredere tendensanalyser og vurderinger af fænomener”.²¹

For så vidt angår sager om straffelovens kap. 12 og 13 bemærker Justitia, at det er afgørende at have for øje, at truslen skal være ”reel og aktuel eller forudsigelig”. Der bør derfor udvises varsomhed i forhold til at lægge vægt på navnlig allerede afgjorte sager om straffelovens kap. 12 og 13, der som udgangspunkt må antages i højere grad at belyse bagudrettede forhold.

Kompetence til at iværksætte generel og udifferentieret logning

I henhold til den foreslåede § 786 e, stk. 1, er det justitsministeren, der bemyndiges til at vurdere, om der er grundlag for at iværksætte generel og udifferentieret logning samt til at fastsætte reglerne herom. Dog fastsættes reglerne efter forhandling med erhvervsministeren.

Justitia ønsker at bemærke, at generel og udifferentieret logning er særligt omfattende og dermed indgribende, og den juridiske vurdering af, om betingelserne for at pålægge en sådan logningsordning er opfyldt, kan risikere at blive politiseret.

Om end det er positivt, at det ikke er justitsministeren alene, der i lovudkastet foreslås at have kompetence til at pålægge generel og udifferentieret logning, finder Justitia det anbefalelsesværdigt, at vurderingen underlægges yderligere kontrol og objektivitet.

Der kunne f.eks. stilles krav om, at vurderingen foretages i samarbejde med Tilsynet med Efterretningstjenesterne.

En anden – og formentlig bedre – mulig løsning, kunne være at oprette en uafhængig særenhed, hvis medlemmer skal være med til at foretage vurderingen. Udpegelsen af enhedens medlemmer bør i så fald ske på et formelt set mere uafhængigt grundlag end udpegelsen af tilsynet med efterretningstjenesterne.²² Således bør det ikke være justitsministeren – der også er ansvarlig for politiet/PETs virksomhed – som har kompetence til at vælge medlemmerne, idet der i så fald ville ske en unødigt sammenblanding af interesser. Medlemmerne bør i stedet vælges af Folketinget, i lighed med Folketingets Ombudsmand.

I begge tilfælde kan der indføres regler om, hvorvidt der blandt de personer, der foretager vurderingen af truslen, kræves fuld enighed eller et bestemt antal stemmer for, at en ordning om generel og udifferentieret logning kan initieres. Disse regler bør sikre, at den endelige vurdering i

²¹ Som beskrevet på s. 56 i lovudkastet

²² PET-lovens § 16

alle tilfælde vil fremstå objektiv. Det vil således ikke være tilfredsstillende, hvis der f.eks. gives justitsministeren vetoret.

Desuden vil det være fordelagtigt at underlægge vurderingen af, om der foreligger en tilstrækkelig trussel, parlamentarisk kontrol.

I alle tilfælde er det afgørende, at dem der er involveret i vurderingen, skal have tilgang til alt materiale og alle oplysninger, der er af betydning for vurderingen. Der kan i den forbindelse drages inspiration fra Tilsynet med Efterretningstjenesterne, som i medfør af PET-lovens § 20 har adgang til alle oplysninger, der har betydning for tilsynets virksomhed.

For at yde tilstrækkelige retssikkerhedsmæssige garantier i forbindelse med vurderingen af, om betingelserne er opfyldt, bør en sådan ordning desuden kun kunne iværksættes efter rettens kendelse. Et krav om kendelse vil naturligvis være mere tids- og ressourcekrævende, men henset til, at der kun i helt ekstraordinære tilfælde bør kunne pålægges generel og udifferentieret logning, vil behovet for at skaffe en kendelse opstå så sjældent, at de retssikkerhedsmæssige garantier, der er forbundet med kravet, opvejer disse ulemper.

Retten bør i den henseende have tilgang til alt det materiale og alle de oplysninger, der ligger til grund for vurderingen af behovet for at pålægge generel og udifferentieret logning. For at bevare fortroligheden kan rettens behandling af spørgsmålet foregå for lukkede døre. Der kan i øvrigt iværksættes yderligere sikkerhedsprocedurer for at undgå risikoen for læk af klassificerede oplysninger.

Tidsmæssig udstrækning af påbud om generel og udifferentieret logning

Ifølge EU-retten skal et påbud om generel og udifferentieret logning skal tidsmæssigt begrænses til det strengt nødvendige.²³ Desuden må varigheden af et påbud om logning ikke overstige et forudseeligt tidsrum.²⁴

I henhold til den foreslåede § 786 e, stk. 2, kan regler om generel og udifferentieret logning fastsættes for en periode på op til 1 år ad gangen.

Efter Justitias opfattelse går en periode på 1 år, når denne periode anvendes som udgangspunktet, væsentligt ud over det strengt nødvendige.

Justitia har bemærket, at det fremgår af lovudkastets almindelige bemærkninger, at reglerne om generel og udifferentieret logning ophæves, hvis der opstår grundlag for at antage, at reglerne ikke længere kan opretholdes.²⁵ Rammerne omkring denne vurdering konkretiseres imidlertid ikke nærmere, herunder hvem der har ansvar for at foretage vurderingen og hvor ofte den foretages.

²³ La Quadrature-dommen, præmis 138

²⁴ La Quadrature-dommen, præmis 138

²⁵ Lovudkastets s. 59

På grund af den indgribende karakter, som generel og udifferentieret logning har, bør reglerne ifølge Justitias opfattelse indebære en pligt til løbende at tage stilling til, om det konkrete trusselsbillede fortsat er tilstrækkeligt aktuelt til at tillade ordningens opretholdelse. Justitia foreslår på den baggrund, at udgangspunktet fastsættes til 14 dage med mulighed for forlængelse, hvis omstændighederne fortsat gør sig gældende ved periodens udløb. Herved sikres det, at reglerne rent faktisk kun opretholdes, så længe der består et grundlag for opretholdelsen. Hver forlængelse á 14 dage bør afgøres ved kendelse.

Adgang til oplysninger der er logget generelt og udifferentieret

Af lovudkastet fremgår det, at Justitsministeriet vurderer, at EU-Domstolens praksis ikke er til hinder for, at medlemsstaterne kan give politi og anklagemyndighed adgang til trafik- og lokaliseringsdata, der er logget med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed, i de tilfælde, hvor politi og anklagemyndighed bekæmper grov kriminalitet.²⁶

I lovudkastet lægges der således op til, at reglerne om adgang til loggede oplysninger kan indrettes sådan, at der kan gives adgang til oplysninger til brug for et formål, der er mindre tungtvejende end det, oplysningerne oprindeligt blev logget af hensyn til.

Justitia er ikke enig i Justitsministeriets tolkning af dommen på dette punkt. Justitia er opmærksom på, at Justitsministeriet selv har angivet, at ministeriets læsning af præmis 166 i La Quadrature-dommen sker under "en væsentlig procesrisiko",²⁷ hvilket i sig selv forekommer bemærkelsesværdigt.

Ifølge Justitias vurdering vil den foreslåede løsning imidlertid ikke blot udgøre en væsentlig procesrisiko, men vil være i direkte strid med EU-Domstolens praksis. Vedtagelse af den foreslåede løsning vil således indebære en ikke uvæsentlig risiko for, at Danmark vil blive dømt ved en eventuel sag for EU-Domstolen.

Præmis 166 lyder således:

"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

²⁶ Pkt. 3.7.2 i lovudkastet

²⁷ S. 106 i lovudkastet

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.” (Justitias fremhævning)

Justitsministeriets tolkning bygger på, at der i præmissen ikke ”eksplicit” tages stilling til, om hensynet til at efterforske og retsforfølge grov kriminalitet vil kunne begrunde, at politi og anklagemyndighed kan få adgang til lagrede trafik- og lokaliseringsdata, der er lagret med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed.²⁸

Desuden henviser Justitsministeriet til, at der i præmis 166 henvises til proportionalitetsprincippet i dommens præmis 131 samt at dommens præmis 131 henviser til præmis 55 i Ministerio Fiscal-dommen, og ministeriet anfører på den baggrund:²⁹

”Når EU-Domstolen henviser til præmis 55 i Ministerio Fiscal-dommen og det her opstillede proportionalitetskrav, må dette efter Justitsministeriets opfattelse fortolkes således, at Domstolen herved – fortsat – har den opfattelse, at det indgreb i de grundlæggende rettigheder, som teleudbyderes pligt til at registrere og opbevare trafikdata og offentlige myndigheders adgang hertil udgør, kan begrundes i hensynet til forebyggelse, efterforskning og retsforfølgning af straffelovsovertrædelser, der har til formål at bekæmpe kriminalitet, der på samme måde kan kvalificeres som »grov«, jf. Ministerio Fiscal-dommens præmis 56.

Justitsministeriet vurderer således – under en væsentlig procesrisiko, som kan aktualiseres ved de nye reglers ikrafttræden, i lyset af præmis 166 i La Quadrature du Net-dommen – at dommen ikke er til hinder for, at medlemsstaterne kan give politiet og anklagemyndigheden adgang til trafikdata, der er registreret og opbevaret med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed, til brug for politiets og anklagemyndighedens bekæmpelse af grov kriminalitet.”

I den nyligt afsagte H.K.-dom³⁰ gentager EU-Domstolen præmis 166 fra La Quadrature-dommen:

”31. Hvad angår de formål, der kan begrunde de offentlige myndigheders adgang til de data, som udbydere af elektroniske kommunikationstjenester lagrer som følge af en foranstaltning, der er i overensstemmelse med disse bestemmelser, fremgår det af Domstolens praksis, at en sådan adgang kun kan begrundes i det mål af almen interesse, med henblik på hvilket disse tjenesteudbydere er blevet pålagt at foretage

²⁸ S. 105 i lovudkastet

²⁹ S. 105-106 i lovudkastet

³⁰ Sag C-746/18

denne lagring (jf. i denne retning dom af 6.10.2020, La Quadrature du Net m.fl., C-511/18, C-512/18 og C-520/18, EU:C:2020:791, præmis 166)." (Justitias fremhævnings)

Justitsministeriet fremhæver dog også H.K.-dommens præmis 33:³¹

*"Hvad angår det formål om forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning i straffesager, der forfølges med den i hovedsagen omhandlede lovgivning, er det 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, **uanset om der er tale om generel og udifferentieret lagring eller målrettet lagring.** Det er således kun de indgreb i de nævnte grundlæggende rettigheder, der ikke er alvorlige, som kan begrundes i det formål, der forfølges med den i hovedsagen omhandlede lovgivning, om at foretage forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning i straffesager i almindelighed (jf. i denne retning dom af 6.10.2020, La Quadrature du Net m.fl., C-511/18, C-512/18 og C-520/18, EU:C:2020:791, præmis 140 og 146)." (Justitsministeriets fremhævnings i fed. Justitias fremhævnings understreget)*

Som det fremgår af ovenstående bygger ræsonnementet i lovudkastet dels på, at EU-Domstolen i præmis 166 i La Quadrature-Dommen henviser til præmis 131 i samme dom, som henviser tilbage til præmis 55 i Ministerio Fiscal-dommen.

Præmis 55 i Ministerio Fiscal-dommen omhandler spørgsmålet om, hvorvidt der kan gives adgang til en helt anden form for data, end den her omhandlede, nemlig data med henblik på at identificere indehavere af SIM-kort (brugeridentitetsoplysninger). Ministerio Fiscal-dommen omhandler udelukkende spørgsmålet om adgang til persondata, og ikke spørgsmålet om hvordan og hvorvidt disse logges (dvs. målrettet eller generelt og udifferentieret). I præmis 55 og de omkringliggende præmisser forklarer EU-Domstolen, at der lovligt kan gives adgang til oplysninger af hensyn til bekæmpelse af kriminalitet i almindelighed, hvis adgangen til den pågældende type oplysninger ikke udgør et alvorligt indgreb. Der kan med andre ord gives adgang til brugeridentitetsoplysninger vedrørende SIM-kort i videre omfang end til trafik- og lokaliseringsdata, fordi adgang til sådanne oplysninger ikke udgør et lige så alvorligt et indgreb.

Justitia har svært ved at følge Justitsministeriets ræsonnement om, at præmis 55 i Ministerio Fiscal-dommen understøtter ministeriets fortolkning af EU-Domstolens retspraksis vedrørende det her omhandlede spørgsmål.

Når EU-Domstolen i La Quadrature-dommens præmis 166 henviser til dommens præmis 131, er der for det første blot tale om en generel henvisning til proportionalitetsprincippet (jf. ordlyden i præmis

³¹ S. 107-108 i lovudkastet

166, "I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, således som dette er blevet præciseret i denne doms præmis 131"). Justitia er ikke enig i, at en generel henvisning til proportionalitetsprincippet kan fortolkes således, at EU-Domstolen har haft til hensigt at svække selve ordlyden i præmis 166, der i sig selv fremstår klar. For så vidt angår præmis 55 i Ministerio Fiscal-dommen, der udgør en sekundær henvisning, indgår denne præmis i en helt anden sammenhæng både faktisk og juridisk, som synes svær at sammenligne med det her omhandlede spørgsmål.

Det er desuden værd at bemærke, at henvisningen til præmis 131 end ikke sker i sammenhæng med spørgsmålet om, hvorvidt der kan gives adgang til data, der er logget til et mindre tungtvejende formål, end det formål, som den ønskede adgang er begrundet i. Tværtimod sker henvisningen til præmis 131 i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt der kan gives adgang til data, der er logget til et *mere* tungtvejende formål end det formål, som den ønskede adgang er begrundet i (dvs. f.eks. adgang til data til brug for bekæmpelse af terrorisme, når dataene oprindeligt er blevet logget til bekæmpelse af menneskehandel, hvilket er tilladt). Endelig omfatter præmis 166s henvisning til præmis 131 ikke "den deri nævnte praksis", hvilket EU-Domstolen ellers har for vane eksplicit at nævne, når henvisningen til en anden præmis også omfatter den øvrige praksis, der nævnes i præmissen.³² Henvisningen til præmis 131 kan således end ikke antages også at omfatte en henvisning til præmis 55 i Ministerio Fiscal-dommen.

Justitia mener ikke, at præmis 166 i La Quadrature-dommen, som bekræftes i H.K.-dommen, kan læses på anden måde, end at der ikke må 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 ifølge Justitias vurdering 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. Dette følger direkte af ordlyden af præmis 166 (se Justitias fremhævning i den citerede præmis ovenfor).

Justitsministeriets ræsonnement bygger ligeledes på præmis 33 i H.K.-dommen. Justitia er opmærksom på, at der kan argumenteres for, at præmis 33 i H.K.-dommen kan læses sådan, at adgang til data til brug for bekæmpelse af grov kriminalitet ikke er udelukket, selvom dataene er logget via en generel og udifferentieret logningsordning. Det er dog ikke dét spørgsmål, som EU-Domstolen reelt behandler eller forholder sig til i præmis 33. Spørgsmålet der behandles, er afgrænsningen af *grov* kriminalitet overfor kriminalitet *i almindelighed*, herunder hvilke former for data, der kan gives adgang til, når formålet med adgangen alene er kriminalitet i almindelighed. Det er derfor også mere nærliggende at læse præmissen sådan, at den egentlige pointe er, at når det gælder trafik- og lokaliseringsdata, vil minimumskravet altid være bekæmpelse af *som minimum* grov kriminalitet/beskyttelse af den offentlige sikkerhed, hvorefter en målrettet logningsordning af trafik- og lokaliseringsdata aldrig kan retfærdiggøre bekæmpelse af kriminalitet i almindelighed. Dette underbygges af, at præmis 33 i H.K.-dommen henviser til præmis 140 og 146 i La Quadrature-

³² Se f.eks. La Quadrature-dommens præmis 165, 175, 176 og 188

dommen, som netop tilsvarende omhandler spørgsmålet om afgrænsningen mellem data, der kan begrunde bekæmpelse af kriminalitet i almindelighed overfor data, der kun kan begrunde bekæmpelse af som minimum grov kriminalitet.

Modsat fremgår det utvetydigt af præmis 31 i H.K.-dommen, at "*Hvad angår de formål, der kan begrunde de offentlige myndigheders adgang til de data, [...], fremgår det af Domstolens praksis, at en sådan adgang kun kan begrundes i det mål af almen interesse, med henblik på hvilket disse tjenesteudbydere er blevet pålagt at foretage denne lagring*". I præmissen henvises der desuden til præmis 166 i La Quadrature-dommen, hvor det som nævnt utvetydig fremgår, at "*adgangen til [...] trafikdata og lokaliseringsdata, [...] i princippet kun kan begrundes i det mål af almen interesse, med henblik på hvilket disse udbydere er blevet pålagt at foretage denne lagring*". At EU-Domstolen skriver "i princippet" må antages at være knyttet til betragtningen senere i præmis 166 om, at der dog – pga. proportionalitetsprincippet – godt kan gives adgang til data, når formålet med adgangen er *mere* tungtvejende end det formål, som dataene oprindeligt blev logget af hensyn til. Dette understøttes yderligere af, at H.K.-dommens præmis 31 ikke indeholder dette forbehold.

Adgang til data, der er logget med henblik på at beskytte den nationale sikkerhed, når formålet med adgangen er bekæmpelse af grov kriminalitet, vil i øvrigt forekomme som en omgåelse af kravet om, at der kun må ske målrettet logning til bekæmpelse af grov kriminalitet mv.

Når hensynet til bekæmpelse af grov kriminalitet ikke kan begrunde generel og udifferentieret logning, må det samme hensyn så meget desto mindre kunne begrunde selve adgangen til oplysninger, der er lagret på baggrund af generel og udifferentieret logning. En sådan adgang ville gøre kravet vedr. målrettet logning illusorisk og som minimum arbitrært. Således ville der i forlængelse heraf skabes usikkerhed og inkonsistens i retstilstanden, hvis omfanget af data, som politiet har tilgang til i en sag om f.eks. grov narkokriminalitet, afhang af den nationale terrortrussel.

Samlet set må spørgsmålet således skulle afgøres i henhold til EU-Domstolens ganske tydelige formuleringer om spørgsmålet i både La Quadrature-dommens præmis 166 og H.K.-dommens præmis 31, hvorimod diverse præmis-henvisninger til Domstolens formuleringer om andre retlige spørgsmål ikke kan tages til indtægt for, at der åbnes op for en sådan omgåelse, der ville stride mod hele grundtanken i den begrænsning, som EU-Domstolen har fastslået.

Effektiv prøvelse af generel og udifferentieret logning

Ifølge EU-retten skal en afgørelse om, at der skal logges generelt og udifferentieret, kunne gøres til genstand for effektiv prøvelse med henblik på at kontrollere, om betingelserne for logning er opfyldt.³³

Det fremgår af lovudkastet, at gyldigheden af regler om generel og udifferentieret logning vil kunne prøves i henhold til den almindelige adgang til domstolsprøvelse efter GRL § 63. Det fremgår i den

³³ La Quadrature-dommen, præmis 139

forbindelse af lovudkastet, at grundlaget for vurderingen af, at der kan indføres generel og udifferentieret logning, offentliggøres ved reglernes udstedelse.³⁴

Det forudsættes imidlertid i lovudkastet, at de bagvedliggende klassificerede oplysninger, der ligger til grund for de analyseprodukter, der er anvendt i vurderingen, ikke udleveres til brug for en retssag. Det vil derimod være allerede offentliggjorte analyseprodukter og offentlige oplysninger om straffesager, der kan indgå i domstolens vurdering.³⁵

Justitia er enig i, at grundlaget for vurderingen af, at der kan indføres generel og udifferentieret logning, bør offentliggøres ved reglernes udstedelse. Forudsætningen i lovudkastet om, at de bagvedliggende klassificerede oplysninger, der ligger til grund for de analyseprodukter, der er anvendt i vurderingen, ikke udleveres til brug for en evt. retssag, giver imidlertid anledning til at overveje, om domstolsprøvelsen i så fald kan siges at være effektiv.

Det forekommer ikke muligt for en domstol at foretage en egentlig vurdering af, om betingelserne for generel og udifferentieret logning er opfyldt, hvis det samlede faktuelle grundlag for beslutningen ikke kan indgå i rettens vurdering. Umiddelbart forekommer denne løsning derfor ikke at opfylde kravene til effektiv prøvelse.

Justitia er samtidig opmærksom på, at saglige hensyn gør sig gældende i forbindelse med klassificeringen af det relevante materiale. Justitia anbefaler, at det nøje genovervejes, hvordan der bedst muligt findes en balance mellem hensynet til effektiv prøvelse på den ene side og bevarelsen af fortrolighed på den anden side.

Der kan i den forbindelse drages inspiration fra den proces, der anvendes i medfør af udlændingelovens kapitel 7b ved domstolsbehandling af visse beslutninger om administrativ udvisning m.v., hvor der bl.a. beskikkes en særlig advokat, der får tilgang til det relevante materiale,³⁶ og hvor visse dele af domstolsbehandlingen foregår for lukkede døre.³⁷ Mht. beskikkelse af en særlig advokat kan der ligeledes med inspiration fra denne ordning antages et antal advokater, der står til rådighed til formålet, og som således også kan underlægges særlige sikkerhedsmæssige procedurer.³⁸

Det bemærkes derudover, at domstolsprøvelsen giver anledning til at overveje spørgsmål vedrørende retlig interesse.

Som det fremgår ovenfor anbefaler Justitia i øvrigt, at et påbud om generel og udifferentieret logning i alle tilfælde vil kræve kendelse. Dette vil medføre øget retssikkerhed i ethvert tilfælde, hvor en sådan logning påtænkes.

³⁴ S. 60 i lovudkastet

³⁵ S. 84 i lovudkastet

³⁶ Udlændingelovens § 45e

³⁷ Udlændingelovens § 45g

³⁸ Udlændingelovens § 45j

I tillæg til domstolsprøvelse kan der med fordel gives Datatilsynet og Tilsynet med Efterretningstjenesterne eksplicit hjemmel til at foretage legalitetskontrol af beslutninger om generel og udifferentieret logning.

Bemærkninger til forslagene vedrørende målrettet logning

EU-retten tillader målrettet logning af trafik- og lokaliseringsdata i det omfang det sker til bekæmpelse af grov kriminalitet, alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed eller trusler mod den nationale sikkerhed (herefter benævnt "grov kriminalitet").³⁹ Der må derimod ikke ske logning af disse data til brug for bekæmpelse af kriminalitet i almindelighed.⁴⁰

For så vidt angår den i lovudkastet foreslåede definition af "grov kriminalitet" henvises der til det særskilte afsnit herom nedenfor.

Geografisk målrettet logning (lovudkastets § 1, nr. 9, indsættelse af ny § 786c)

Den målrettede logningsordning skal begrænses til det strengt nødvendige for så vidt angår de berørte personer. Denne afgrænsning kan dels ske som en geografisk afgrænsning, idet en sådan målretning vil reducere antallet af berørte personer.⁴¹

EU-Domstolen har fastslået, at der kan 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.⁴²

I lovudkastet foreslås det, at der iværksættes logning i områder, hvor der er et højere antal anmeldelser eller domfældelser for grov kriminalitet. Logningspligten træder i kraft, når antallet af anmeldelser/domfældelser i et område udgør mindst 1,5 gange landsgennemsnittet. De geografiske områder der underlægges logning skal i henhold til lovudkastet udgøre 3x3 km.⁴³

Desuden foreslås det i lovudkastet, at der iværksættes logning i områder, der er særligt sikringskritiske. Som eksempler nævnes kongehusets residenser, Christiansborg Slot, statsministerboligen Marienborg, ambassader, politiets ejendomme, kriminalforsorgens institutioner, bro-, tunnel- og færgeforbindelser, trafikknudepunkter og større indfaldsveje,

³⁹ La Quadrature-dommen, præmis 146-147

⁴⁰ La Quadrature-dommen, præmis 140

⁴¹ La Quadrature-dommen, præmis 150

⁴² La Quadrature-dommen, præmis 150

⁴³ Lovudkastets § 1, nr. 9 (indsættelse af ny § 786c, stk. 1, nr. 1 og 2)

grænseovergange, busterminaler, fjernbanestationer, stationer på bybaner, militære områder, kolonne 3-virksomheder og offentligt godkendte flyvepladser.⁴⁴

Justitia ønsker at understrege, at det er afgørende, at kriterierne for målrettet logning ikke får en sådan karakter, at logningen de facto bliver generel som hovedregel.

Det bør i den forbindelse nøje overvejes, om kriterierne i den foreslåede § 786, stk. 1 og 2 samlet set reelt vil medføre, at så store dele af landet underlægges logning, at logningen ikke længere kan anses målrettet. Dette vil ifølge Justitias vurdering være i strid med EU-Domstolens praksis.⁴⁵

Konkret begrundet målrettet logning (lovudkastets § 1, nr. 9, indsættelse af ny § 786d)

I lovudkastet foreslås det, at politiet gives mulighed for at meddele konkret begrundede pålæg om logning, når der "er grund til at antage", at kommunikationsapparater, personer eller geografiske områder har forbindelse til grov kriminalitet.⁴⁶ Pålæg sker ved retskendelse.⁴⁷ Tidsrummet for logningen fastsættes i kendelsen og skal være så kort som muligt, men må ikke overstige 6 måneder. Tidsrummet kan imidlertid forlænges, dog højst 6 måneder ad gangen.⁴⁸

Kravet om, at der skal være "grund til at antage", at der eksisterer en forbindelse, indebærer i henhold til lovudkastet, at kravet er lavere end det, der gælder for at foretage telefonaflytning.⁴⁹ Der kan derfor i henhold til lovudkastet bl.a. meddeles pålæg, når politiet har grund til at antage, at der er en forbindelse til planlægning af grov kriminalitet.⁵⁰

Som eksempler nævnes i lovudkastet bl.a. personer, der har været i kontakt med personer, der er eller har været genstand for et tvangsindgreb i retsplejelovens kapitel 70-75 på baggrund af grov kriminalitet og personer med nære relationer til personer, der har forbindelse til grov kriminalitet, som f.eks. ægtefæller eller samlevere.⁵¹

Justitia er for så vidt enig i, at det kan være legitimt at iværksætte logning overfor en person, der er i kontakt med miljøer, hvor der begås grov kriminalitet, men det bør sikres, at kriteriet om, hvornår der kan antages at være en forbindelse til grov kriminalitet, afgrænses tilstrækkeligt, herunder at der ikke gives adgang til, at enhver person, der har været i en hvilken som helst form for kontakt med en, der en gang er blevet aflyttet, kan gøres til genstand for logning. De nærmere kriterier for vurderingen af, om der kan antages at bestå en forbindelse til grov kriminalitet – og hvad denne forbindelse skal bestå i – fremstår efter Justitias opfattelse ikke tilstrækkeligt klare i lovudkastet.

⁴⁴ Lovudkastets § 1, nr. 9 (indsættelse af ny § 786c, stk. 2)

⁴⁵ La Quadrature-dommen, præmis 111

⁴⁶ Lovudkastets § 1, nr. 9 (indsættelse af ny § 786d, stk. 1)

⁴⁷ Lovudkastets § 1, nr. 9 (indsættelse af ny § 786d, stk. 2)

⁴⁸ Lovudkastets § 1, nr. 9 (indsættelse af ny § 786d, stk. 2)

⁴⁹ Telefonaflytning i medfør af RPL § 781, stk. 1, nr. 1

⁵⁰ S. 42 i lovudkastet

⁵¹ S. 42-43

Effektiv prøvelse af målrettet logning

Prøvelse af målrettet logning i medfør af lovudkastets §§ 786b-c

Det fremgår af lovudkastet, at gyldigheden af de regler om målrettet logning, der er baseret på klare og objektive kriterier, vil kunne prøves i henhold til den almindelige adgang til domstolsprøvelse efter GRL § 63. Det beskrives i lovudkastet, at kendetegnet ved disse logningsregler er, at det er objektivt konstaterbart, hvornår der logges.⁵² Som en følge af, at det er objektivt konstaterbart, hvornår der logges, er der i henhold til lovudkastet heller ikke behov for at foretage underretning af de personer, der berøres af denne form for logning.⁵³

Justitia forstår lovudkastet således, at ovenstående betragtninger gør sig gældende ved målrettet personbestemt logning i medfør af den foreslåede § 786b samt målrettet geografisk logning i medfør af den foreslåede § 786c.⁵⁴

I det omfang det rent faktisk er objektivt konstaterbart ved en ren læsning af loven, herunder for den berørte, hvornår der logges, har Justitia ikke bemærkninger til, at prøvelse blot kan ske i henhold til den almindelige adgang til domstolsprøvelse uden videre regulering. Justitia hæfter sig dog ved, at det ikke er alle former for målrettet logning i medfør af ovennævnte bestemmelser, hvor dette er tilfældet.

Særligt hæfter Justitia sig ved, at det fremgår af lovudkastet, at oversigten over de områder, der i henhold til den foreslåede § 786c, stk. 1 (områder med et større antal anmeldelser om og domfældelser for grov kriminalitet) og stk. 2 (særligt sikringskritiske områder) underlægges målrettet geografisk logning, ikke vil blive offentliggjort.⁵⁵ For disse typer af målrettet logning gælder det således, at personer i de berørte områder ikke vil have kendskab til, at deres oplysninger logges, hvorved der i det konkrete tilfælde ikke består en reel mulighed for at få efterprøvet den målrettede geografiske logning.

Justitia er opmærksom på, at legitime hensyn kan berettige, at de nærmere detaljer for, hvilke personer og områder der logges, ikke offentliggøres, så længe logningen pågår. Dog bør der ifølge Justitias opfattelse ske offentliggørelse/underretning af al målrettet logning, når disse hensyn ikke længere gør sig gældende – typisk ved ophøret af den pågældende logning. Dette vil etablere en reel adgang til prøvelse af den pågældende logning.

I visse tilfælde vil omstændighederne bevirke, at der i en længere periode ikke kan ske offentliggørelse af/underretning om målrettet logning. For i videst muligt omfang at bevare retssikkerheden i disse tilfælde foreslås det at give Datatilsynet og Tilsynet med

⁵² S. 81 i lovudkastet

⁵³ S. 82 i lovudkastet

⁵⁴ S. 81-82 i lovudkastet

⁵⁵ S. 48-49 i lovudkastet

Efterretningstjenesterne eksplicit hjemmel til at foretage legalitetskontrol med den målrettede logning, der iværksættes.

I henhold til lovudkastet er det desuden myndighederne, der på egen hånd skal udarbejde årlige oversigter over, hvilke geografiske områder, der skal underlægges logning i henhold til den foreslåede § 786, stk. 1 og 2.⁵⁶ I den forbindelse er det væsentligt, at afgrænsningen af de særligt sikringskritiske områder,⁵⁷ nødvendiggør en skønsmæssig vurdering.⁵⁸

Den samlede opstilling af, hvad der kan udgøre særligt sikringskritiske områder, forekommer at kunne omfatte særdeles store dele af landet. Som eksempler på mulige særligt sikringskritiske områder nævnes bl.a. en række motorveje, trafikerede ringveje, større indfaldsveje, stationer samt tunnel-, færge og broforbindelser.⁵⁹

Det forekommer ifølge Justitias opfattelse retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, at myndighederne egenhændigt kan foretage vurderingen af, hvilke områder der skal omfattes af de årlige oversigter for geografisk målrettet logning, uden der samtidig gives nogen mulighed for prøvelse af disse vurderinger. Ifølge Justitias opfattelse bør en sådan vurdering underlægges yderligere kontrol, såvel forudgående som efterfølgende.

Bemærkninger til den foreslåede definition af "grov kriminalitet"

Som nævnt ovenfor tillader EU-retten målrettet logning af trafik- og lokaliseringsdata i det omfang det sker til bekæmpelse af grov kriminalitet, alvorlige trusler mod den offentlige sikkerhed eller trusler mod den nationale sikkerhed ("grov kriminalitet mv").⁶⁰ Der må derimod ikke ske logning af eller gives adgang til disse data til brug for bekæmpelse af kriminalitet i almindelighed.⁶¹

De hidtidige logningsregler har ikke indeholdt et kriminalitetskrav for så vidt angår selve registreringen af oplysninger, idet alle oplysningerne netop er blevet logget generelt og udifferentieret. Dog har selve adgangen til oplysningerne været reguleret af bl.a. reglerne om indgreb i meddeleleshemmeligheden, der indeholder et kriminalitetskrav (RPL § 781, stk. 1, nr. 3).

Det nugældende kriminalitetskrav i RPL § 781, stk. 1, nr. 3 indebærer, at der som udgangspunkt skal være tale om en lovovertrædelse med en strafferamme på minimum 6 år, før der kan gøres indgreb i meddeleleshemmeligheden.

⁵⁶ S. 171 i lovudkastet

⁵⁷ I henhold til den foreslåede § 786, stk. 2

⁵⁸ Dette er også forudsat i lovudkastet, hvor det fremgår, at iværksættelse af sådan logning vil kræve, at der vurderes at være særlige beskyttelseshensyn, der kan begrunde, at området anses særligt sikringskritisk, jf. s. 168 i lovudkastet

⁵⁹ S. 169 i lovudkastet

⁶⁰ La Quadrature-dommen, præmis 146-147

⁶¹ La Quadrature-dommen, præmis 140 og 166

I lovudkastet lægges der op til en væsentlig lempelse af kriminalitetskravet, både for så vidt angår adgangen til oplysningerne og selve registreringen heraf, idet det foreslås, at der som udgangspunkt skal være tale om en lovovertrædelse med en strafferamme på minimum 3 år. Dertil kommer en række særligt angivne lovovertrædelser.⁶²

Justitia er opmærksom på, at EU-retten ikke indeholder nærmere krav til definitionen af grov kriminalitet, herunder grænsedragningen over for kriminalitet i almindelighed. Justitia finder det imidlertid bemærkelsesværdigt, at der foreslås en så markant lempelse af kriminalitetskravet.

Uanset fraværet af en EU-retlig definition af "grov kriminalitet", må der i reglerne tages udgangspunkt i en almensproglig forståelse af, hvad der adskiller denne form for kriminalitet fra kriminalitet i almindelighed, dvs. alvorsgraden af selve den kriminaliserede handling.

Det i lovudkastet foreslåede strafferammekrav vil bl.a. indebære, at simpel vold (straffelovens § 244) vil blive anset som "grov kriminalitet". I praksis vil dette indebære, at en person, der er dømt for simpel vold, automatisk vil blive underlagt logning i 3 år efter at have afsonet sin dom.⁶³ Som eksempler på simpel vold kan nævnes lussinger, kast med genstande, benspænd eller spytklat i ansigtet.

Justitia har svært ved at se rimelighed eller proportionalitet i den i lovudkastet foreslåede definition af "grov kriminalitet". Justitia anbefaler, at definitionen baserer sig på en højere strafferamme end 3 års fængsel, f.eks. 6 år.

Med venlig hilsen

Jacob Mchangama

Direktør

JUSTITIA

Mobil/Cell +45 24 66 42 20

E-mail: jacob@justitia-int.org<http://www.justitia-int.org>

Helene Qvist Petersen

Advokat

JUSTITIAE-mail: helene@justitia-int.org<http://www.justitia-int.org>

⁶² Lovudkastets § 1, nr. 2 (indsættelse af ny § 781a) og § 1, nr. 9 (indsættelse af ny §§ 786b, 786c og 786d)

⁶³ Lovudkastets § 1, nr. 9 (indsættelse af ny § 786b, stk. 2 nr. 1 og stk. 3)