

PROCESSKRIFT AD FORMALITETEN III

I Højesterets sag nr. BS-26847/2021-HJR

Appellanten

Foreningen imod Ulovlig Logning
CVR-nr. 39 30 93 86
Birkegade 15, 5. tv.
2200 København N
v./advokat (H) Søren Narv Pedersen
("Appellant")

i sagen mod

Indstævnte

Justitsminister Nick Hækkerup
Justitsministeriet
Slotholmsgade 10
1216 København K
v./advokat (H) Rasmussen Holdgaard
("Indstævnte")

1. INDLEDNING

Appellanten nedlagde ved ankestævning af 10. juli 2021, en mere subsidier påstand om, at logningsbekendtgørelsen er uanvendelig, og en mest subsidier påstand om, at logningsbekendtgørelsens §§ 1, 4, 5 og/eller 6 er uanvendelige.

Indstævnte har gjort gældende, at påstandene ikke bør tillades fremsat, jf. retsplejelovens § 383, og har begæret spørgsmålet udskilt til forlods behandling.

Spørgsmålet blev ved Højesterets kendelse af 5. november 2021 udskilt til forlods skriftlig behandling.

2. BAGGRUNDEN FOR PÅSTANDENES NEDLÆGGELSE

Østre Landsret konkluderede ved sin afgørelse af 29. juni 2021, at retten ikke kunne kende logningsbekendtgørelsen ugyldig under henvisning til en eventuel uforenelighed med EU-retten. Allerede fordi dette var tilfældet, valgte landsretten ikke at foretage en retlig prøvelse af, hvorvidt logningsbekendtgørelsen materielt strider mod EU-retten.

Baggrunden for nedlæggelsen af den mere og mest subsidier påstand 1 skal ses i lyset heraf. Appellanten ønsker herved tilsvarende at undgå forhindringer for, at Højesteret kan tage materielt stilling til, om logningsbekendtgørelsen strider mod EU-retten – uanset udstrækningen af reaktionsmuligheder på en sådan eventuel uforenelighed.

Det bemærkes for fuldstændighedens skyld, at parterne gennemgående også har været uenige om hvad der nærmere bestemt skal forstås ved begrebet uanvendelighed. Indstævnte har fastholdt, at logningsbekendtgørelsen er uanvendelig, idet justitsministeren mundtligt har tilkendegivet, at bekendtgørelsen ikke vil blive håndhævet. Appellanten har heroverfor gjort gældende, at uanvendelighed som det mindste fordrer en effektiv, reel og retlig relevant suspension af logningsbekendtgørelsens § 10, og at et mundtligt tilsagn herom ikke lever op til denne tærskel.

3. RETSPLEJELOVENS § 383

3.1 Undskyldelighed

Det fastholdes, at Appellantens mere og mest subsidier påstande kan tillades fremsat, jf. retsplejelovens § 383, idet det må anses for undskyldeligt, at påstandene ikke er fremsat tidligere end sket.

Det skyldes i første række, at Appellanten ikke med rimelighed kunne have forudset, at landsrettens materielle prøvelse ville stoppe allerede ved konstateringen af, at EU-rettens forrang ikke konceptuelt kunne føre til ugyldighed. Det fastholdes i den forbindelse, at der er tale om en sag uden fortilfælde i dansk ret, hvorfor der skal tillades et rimeligt processuelt spillerum af hensyn til at kunne nå til det materielt rigtige resultat. Indstævntes henvisning til U.2011.539H, U.2012.2247Ø og U.2021.985H kan ikke føre til et andet udfald, allerede fordi denne praksis ikke er analog. Fællesnævneren for den af Indstævnte citerede praksis er, (i) at der var tale om enkeltstående og konkrete tvister, og (ii) at retsaktens ugyldighed ikke var til pådømmelse.

Appellanten skal i den forbindelse henvise til Højesterets dom i U.2006.2346H om godtgørelse efter lov om ansættelsesbeviser. Ved denne dom fastslog Højesteret, at § 5 i bekendtgørelse nr. 941 af 16. september 2004 (om nedsættelse af godtgørelsesniveauet for overtrædelse af kravene til ansættelsesbeviser) ikke havde hjemmel i ansættelsesbevisloven (§ 6 i den dagældende lov nr. 138 af 25. marts 2002). Konkret udtalte Højesteret i dommen:

”Højesteret finder på den baggrund, at der ikke i lovens § 6 er hjemmel til at nedsætte godtgørelsesniveauet som sket ved bekendtgørelsen, og at § 5 derfor er ugyldig.”

Højesteret kom frem til denne konklusion, selvom spørgsmålet om ugyldighed af bekendtgørelsens § 5 ikke havde været under påkendelse i den foregående instans. For Højesteret gjorde begge parter i U 2006.2346H gældende, at der manglede hjemmel, men Højesteret kunne desuagtet i sagen ex officio have valgt at hjemvise sagen på dette punkt. Højesteret valgte imidlertid som anført at tage stilling til dette nye anbringende, hvilket efter Appellantens opfattelse har skyldtes, at Højesteret fandt sig kompetent til at behandle spørgsmålet uden at det var behandlet i den forudgående instans. Dette skete i en sag mellem to private parter om et konkret krav, og bør så meget desto mere kunne ske i en sag af nærværende karakter.

I anden række gøres det gældende, at Appellantens mere og mest subsidiære påstande om logningsbekendtgørelsens hele eller delvise uanvendelighed har en nær sammenhæng til spørgsmålet om ugyldighed.

Indstævnte gjorde i forrige instans gældende, at en dansk retsregels modstrid med en EU-retlig regel ikke kan indebære, at den danske retsregel bliver ugyldig, men alene at den bliver uanvendelig¹. Appellanten gjorde modsat gældende, at nationale domstole ikke er afskåret fra at kende en EU-retsstridig bekendtgørelse ugyldig, og at valget af retsmiddel bør tage afsæt i hvad der er nødvendigt og egnet til sikring af borgernes rettigheder efter EU-Charteret. Appellanten gjorde herudover gældende, at det konkret egnede og nødvendige retsmiddel til sikring af borgernes rettigheder var, at logningsbekendtgørelsen blev kendt ugyldig. Dette skyldtes, at logningsbekendtgørelsens uanvendelighed ikke ville resultere i, at logningen af danske borgere de facto ophørte².

Spørgsmålet om ”uanvendelighed” blev under sagen gennemgående drøftet som værende det begrebsmæssige alternativ til ”ugyldighed”. Retsmidlernes indbyrdes sammenhæng, effekt, egnethed samt de nationale domstoles råderum ved valget heraf er således blevet behandlet under ét – såvel under hovedforhandlingen som i parternes skriftveksling. Nedlæggelsen af de mere og mest subsidiære påstande er således ikke af en karakter, der grundlæggende ændrer sagens genstand. Der er tværtimod tale om påstande, der har en nær, åbenbar og naturlig sammenhæng til spørgsmålet om ugyldighed. Der henvises til Højesterets afgørelser i U.2000.1530H og U.2020.246H.

I tredje række, gøres det at samme grund gældende, at påstandene er udtryk for synspunkter, der var indeholdt under sagens forberedelse ved landsretten, og også af den grund bør tillades fremsat, jf. Højesterets afgørelse i U.1981.637H.

¹ Indstævntes sammenfattende processkrift, s. 5

² Østre Landsrets dom af 29. juni 2021, s. 80

Endeligt bemærkes det for en god ordens skyld, at påstandene blev nedlagt allerede ved indgivelsen af ankestævningen. Appellanten har således fremsat påstandene tidligst muligt under ankesagens forberedelse.

3.2 Uforholdsmæssigt tab

Det gøres herudover gældende, at der er en iboende risiko for, at Appellanten vil lide et uforholdsmæssigt tab, såfremt påstandene ikke admitteres, og Højesteret stadfæster landsrettens afgørelse uden at finde anledning til at foretage en materiel prøvelse af logningsbekendtgørelsens forenelighed med EU-retten.

Det skyldes, at logningsbekendtgørelsen i så tilfælde fortsat vil være i kraft, og at foreningens enkelte medlemmer vil være henvist til at anlægge talrige selvstændige sager ved domstolene med påstand om, at logningen af den enkeltes oplysninger skal ophøre med henvisning til uanvendelighed. Sådanne afgørelser vil – som føromtalt – kun have virkning inter partes.

Dette er en praktisk og økonomisk umulighed, og sådan retstilstand vil i sig selv udgøre en krænkelse af borgernes ret til effektiv domstolsprøvelse som sikret ved EU-Charteret.

4. AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER

Den 18. november 2021 fremsatte Indstævnte et lovforslag, der havde til formål at revidere de danske logningsregler³. Lovforslaget blev førstebehandlet den 23. november 2021. Et flertal i Folketinget har efter modtagelse af 31 stærkt kritiske høringssvar udsat den videre behandling af lovforslaget med henvisning til, at den korte tid, der var allokeret mellem fremsættelse og førstebehandling ikke efterlod rum til en grundig parlamentarisk proces, særlig henset til den brede kritik af lovforslaget. Appellanten bekendt er der endnu ikke fastsat en tidsplan for, hvornår de nye logningsregler forventes andenbehandlet eller vedtaget.

Indstævnte har ved tidligere processkrifter antydnet, at sådanne nye regler vil aktualisere særegne spørgsmål om retlig interesse. Appellanten har gennemgående afvist, at der skulle være en sådan sammenhæng. Det lægges til grund, at udsættelsen af lovforslaget endegyldigt overflødiggør yderligere bemærkninger hertil.

Appellanten tager dog forbehold for at fremkomme med sådanne supplerende bemærkninger for det tilfælde, at Indstævnte måtte fastholde tidligere varslede indsigelser.

København, den 7. december 2021

Søren Narv Petersen, Partner, Advokat (H)

³ L93 Forslag til lov om ændring af retsplejeloven og lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester