

PROCESSKRIFT AD FORMALITETEN II

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. INDLEDENDE BEMÆRKNINGER

Appellanten fastholder, at der ikke er grundlag for at imødekomme Indstævntes anmodninger om udskillelse i henhold til de bemærkninger, der blev fremsat af Appellanten ved processkrift om formaliteten af 15. september 2021 og med de supplerende bemærkninger, der fremsættes i nærværende processkrift.

Det retten skal forholde sig til er, om der er grundlag for at imødekomme Indstævntes tre udskillelsesanmodninger, jf. retsplejelovens § 253, stk. 1. Retten skal *ikke* ved denne lejlighed forholde sig til eller foregribe, om der er materielt grundlag for de bagvedliggende indsigelser, som Indstævnte rejser.

I det følgende vil Appellanten adressere en række af de bemærkninger, som Indstævnte er fremkommet med ved sit seneste processkrift om formaliteten. Fokus vil være rettet mod spørgsmålet om udskillelse og på de af Indstævntes bemærkninger, der er nye eller på anden vis nuancerede.

2. SKRIFTLIGHED

Med sit seneste processkrift anmoder Indstævnte, som noget nyt, om at de spørgsmål, der er omfattet af udskillelsesanmodningerne skal behandles skriftligt, jf. retsplejelovens § 387, stk. 1, nr. 3.

Det bemærkes indledningsvist, at Indstævnte ikke har uddybet, hvorfor sagens beskaffenhed skulle tale for, at en skriftlig behandling anses for hensigtsmæssig. I mangel på andre oplysninger, forstår Appellanten endvidere Indstævntes anmodning som værende møntet på alle Indstævntes udskillelsesanmodninger. Nedenstående bemærkninger tager udgangspunkt heri.

Appellanten finder ikke, at de forhold, som ønskes udskilt meningsfyldt kan afgøres på skriftligt grundlag.

Det er Appellantens opfattelse, at udskillelsesanmodningerne ikke egner sig til skriftlig behandling, idet de omhandler principielle og komplekse juridiske problemstillinger, hvis afklaring ved domstolene har stor præjudikatværdi for fremtidige sager, jf. f.eks. Højesterets afgørelse i U.2021.4126 modsætningsvist.

Herudover har sagen en væsentlig og særlig interesse for offentligheden, idet samtlige danske indehavere af en telefon berøres af den generelle og udifferentierede logning som logningsbekendtgørelsen hjemler. Hertil kommer, at en stadfæstelse af den indankede dom i praksis ville betyde, at hver enkelt borger er henvist til at anlægge selvstændige sager ved domstolene med henvisning til, at logningen af vedkommendes oplysninger skal ophøre. En sådan retstilstand rejser grundlæggende spørgsmål om princippet om effektiv adgang til domstolsprøvelse, hvilket ikke bør afklares på skriftligt grundlag. Disse principielle spørgsmål har afstedkommet stor mediebevågenhed, hvilket bl.a. kom til udtryk ved, at flere journalister dækkede hovedforhandlingen i landsretten.

Det er ligeledes relevant at fremhæve, at Appellanten har en bred medlemsskare, herunder et teleselskab, ligesom sagsanlægget er finansieret af private donationer fra mere end 1.000 borgere og interesseorganisationer som f.eks. Amnesty International.

Endeligt gøres det gældende, at sagens usædvanlige karakter fordrer en gennemgang af sagens forløb, der mest hensigtsmæssigt gennemføres ved en mundtlig forelæggelse.

For dét tilfælde at Højesteret måtte være uenig i ovenstående, gøres det subsidiært gældende, at alene spørgsmålet om nova under Anmodning 2 bør afgøres på skriftligt grundlag.

3. ANMODNING 1

Det fastholdes, at en imødekommelse af Indstævntes første anmodning ville indeholde en klar risiko for abstrakt responsumvirksomhed.

Det forhold at landsretten – efter at have hørt sagens fulde bevisførelse – afsagde en *”allerede fordi”* afgørelse er ikke ensbetydende med, at Indstævntes anmodning mister sin abstrakte karakter i en anke for Højesteret. Indstævntes anmodning er allerede ved sin ordlyd, jf. udtrykket *”om EU-retten i det hele taget kan føre til”* svært forenelig med, at Indstævnte parallelt hermed fastholder, at genstanden for Højesteret skulle være *”det konkrete spørgsmål om, hvorvidt logningsbekendtgørelsen kan tilsidesættes som ugyldig”*.

Dertil kommer, at hvis forholdet var så åbenlyst egnet til udskillelse som det nu hævdes, da er det ganske påfaldende, at det ikke blev forsøgt udskilt for landsretten, idet de betragtninger, som Indstævnte nu fremkommer med, også gjorde sig gældende i forrige instans.

Herudover anfører Indstævnte, at det er uklart, hvilken forbindelse en egnethedsvurdering har til sagens konkrete omstændigheder.

Hertil skal bemærkes, at en egnethedsvurdering ikke kan foretages uden inddragelse af sagens faktuelle forløb – herunder også Justitsministeriets handlinger og undladelser i perioden. Det skyldes, at en vurdering af om ugyldighed på nuværende tidspunkt er det konkrete egnede instrument med henblik på effektiv sikring af borgernes grundlæggende rettigheder som minimum vil skulle forholde sig til:

- i. overtrædelsens varighed, herved at forstå den mængde tid, der er passeret fra borgeren (rettighedssubjektet) med rette kunne have forventet, at Indstævnte (pligtsubjektet) havde tilpasset dansk lovgivning i lyset af EU-Domstolens praksis. En indbygget overvejelse under dette punkt er, som tidligere omtalt, hvornår Indstævntes handlepligt aktualiseres.
- ii. overtrædelsens grovhed, herunder om Indstævnte har foretaget indholdsmæssige mitigerende foranstaltninger, der konkret måtte tale imod, at retten skulle ty til ugyldighed.

Det fastholdes således, at en konkret egnethedsvurdering under alle omstændigheder ikke meningsfuldt eller forsvarligt kan foretages i et faktuelvakuum.

Opsamlende gøres det gældende, at der er tale om en anmodning, hvis primære ærinde er at anspore den samme *”allerede fordi”* tilgang som den af landsretten anvendte, og afskære inddragelsen af et tidsmæssigt forløb, der er belastende for Justitsministeriet. At dette tidsforløb erkendeligt måtte være langt og komplekst fritager det ikke for dets materielle relevans – tværtimod. I dét lys, fastholdes det, at anmodningen ikke bør imødekommes.

4. ANMODNING 2

Nærværende processkrifter om formaliteten omhandler og udspringer af Indstævntes udskillelsesanmodninger. Processkrifternes hovedsigte er således *ikke* at foregribe en behandling af sagens materielle problemstillinger. Appellantens tilgang i såvel første som nærværende processkrift om formaliteten har således været udelukkende at foregribe sådanne spørgsmål i det omfang, det er fundet nødvendigt for at kontekstualisere, hvorfor en *udskillelse* er uhensigtsmæssig.

I det følgende vil Appellanten fremkomme med udvalgte bemærkninger til Indstævntes seneste processkrift om formaliteten. Hovedvægten lægges – af de ovenfor anførte grunde – på Indstævntes afsnit 2.3.3. Hvad angår afsnittene 2.3.1-2.3.2, vil Appellanten ved dette processkrift udelukkende kommentere på sådanne betragtninger og gengivelser, som er åbenlyst ukorrekte eller misvisende.

4.1. Indstævntes bemærkninger til udskillelse

Nova

Indstævnte anfører ved sit seneste processkrift, at *”spørgsmålet om nova kræver ifølge retsplejelovens § 383 en bedømmelse af, om det er undskyldeligt, at påstanden først nedlægges nu, og om appellant vil lide et retstab. Dette kan bedømmes helt uafhængigt af de komplekse faktuelle spørgsmål i sagen”*.

Sidstnævnte sætning bestrides. Af praksis kan udledes, at ét moment i vurderingen af *”undskyldelighed”* netop er, om påstanden har en nær sammenhæng med sagens øvrige spørgsmål, jf. f.eks. U.2000.1530H. Det er således ikke indlysende, hvordan retten meningsfuldt skal vurdere, om en sådan sammenhæng foreligger uden samtidigt at være henvist til at foregribe forskellen på uanvendelighed og ugyldighed. En behandling af et for sagen så væsentligt hovedtema i en ramme, der er blottet for al historik, kronologi og kontekst, indeholder en latent risiko for, at faktum såvel som en juridisk analyse af ugyldighed, henholdsvis uanvendelighed, der er væsentlig for sagens afgørelse, afskæres.

Det fastholdes på den baggrund, at en udskillelse ikke meningsfuldt kan foretages uden at store dele af sagens hovedtematikker samtidigt tages under behandling.

Retlig interesse

Hvad angår udskillelse af spørgsmålet om retlig interesse har Indstævnte overordnet anført: (i) at det er uklart hvori den retlige uenighed mellem parterne består, og at dette taler for en udskillelse af spørgsmålet, samt (ii) at bedømmelsen af spørgsmålet om retlig interesse ikke kræver bevisførelse, der er overlappende med sagens hovedtemaer.

Disse indsigelser behandles i det følgende særskilt.

Ad. (i)

Indstævnte synes ved sit seneste processkrift at indtage to modstridende synspunkter for så vidt angår den retlige uenighed mellem parterne.

På den ene side indtager Indstævnte dét synspunkt, at *”det er meget uklart, hvori den retlige uenighed består”* (side 7), alt imens Indstævnte på den anden side bemærker, at *”parterne*

tilsyneladende har vidt forskellige opfattelser af, hvad "uansvarlighed" i denne sag konkret vil betyde" (side 5). Begge udsagn kan ikke være rigtige på én og samme tid.

Indstævntes angivelse af, at håndhævelsen af logningsbekendtgørelsen skulle være *"udtrykkeligt suspenderet"* bygger på justitsministerens udtalelser på et samråd, som sidenhen kun har været udmøntet skriftligt ved justitsministerens besvarelse af et folketingssspørgsmål. Den omtalte "suspension" har ikke fundet vej til de autoritative, officielle og gængse retskilder, og er således – som det mindste – ikke udtrykkelig, og i Appellantens optik ej heller et udtryk for, hvad der kan udgøre en effektiv, reel eller retlig relevant suspension i et demokratisk retssamfund.

Det fastholdes således i det hele, at der består en reel og aktuel retlig uenighed mellem parterne.

Indstævntes udtalelser synes at have karakter af, at man ved en forlods behandling ønsker at afklare *omfanget af* den retlige uenighed.

Heroverfor gør Appellanten gældende, at der ved vurderingen af, om en udskillelse konkret er hensigtsmæssig med fordel kan sondres mellem: (i) *hvorvidt* der er en retlig uenighed og (ii) *omfanget af* en sådan uenighed. Det kan næppe på nuværende tidspunkt pålideligt fastholdes, at der ikke består en retlig uenighed mellem parterne. En afklaring af omfanget af denne retlige uenighed går imidlertid langt ud over rammerne for retsplejelovens § 253, stk. 1, og er således allerede af den grund uegnet til at blive udskilt til forlods behandling.

Ad. (ii)

Det bestrides fortsat, at en forlods bedømmelse af, hvorvidt en retlig uenighed består, skulle kunne foretages uafhængigt af sagens hovedtemaer.

En afklaring af spørgsmålet om *hvorvidt* (modsat "omfanget af", jf. ovenfor) en retlig uenighed i det hele taget består vil utvivlsomt skulle tage bestik af de materielle uenigheder, der består mellem parterne.

4.2. Indstævntes øvrige bemærkninger

Indstævnte tager flere steder Appellanten til indtægt for, at anvendelsen af ordet "udforske" skulle rumme en indbygget accept af, at den mere og mest subsidiære påstand 1 er uklar, jf. Indstævntes processkrift om formaliteten, afsnittene 2.3.1, 2.3.2 og 2.3.3. Det skal for en god ordens skyld bemærkes, at dette hverken er en korrekt eller loyal gengivelse af Appellantens synspunkt. Der henvises til side 5 i Appellantens første processkrift om formaliteten, hvoraf fremgår: (i) at afsnittet - i tråd med disse processkriftes formål - eksplicit er møntet på rammerne for en udskillelse, og ikke på de materielle spørgsmål om påstandens klarhed, og (ii) at Appellanten ved sidste pkt. blot gendriver Indstævntes synspunkt i ankesvarskriftet, jf. udtrykket *"en eventuel uklarhed"*:

"Spørgsmålet om retlig interesse er uegnet til udskillelse allerede fordi en selvstændig prøvelse heraf utvivlsomt vil skulle udforske eksistensen og omfanget af den retlige uenighed mellem parterne. Det vil indebære bevisførelse, der er overlappende med sagens materielle hovedtemaer. Det vil herudover udgøre et uforholdsmæssigt processuelt skridt, jf. straks nedenfor, al den stund en eventuel uklarhed om omfanget af en retlig uoverensstemmelse – som vanligt – vil kunne søges afklaret ved parternes kommende processkrifter." [vores fremhævelser]

4.3. Appellantens sammenfattende bemærkninger

Overfor Indstævntes anmodning 2 fastholdes det sammenfattende, at det forekommer uforholdsmæssigt at imødekomme Indstævntes anmodning al den stund:

1. der er tale om mere og mest subsidiære påstande, hvorfor en forlods prøvelse er uegnet til at afgøre påstanden – endsige sagen – i sin helhed;
2. de mere og mest subsidiære påstande ikke meningsfuldt kan adskilles fra sagens materie;
3. en forlods prøvelse vil være af procesfordyrende og forhalende karakter.

5. ANMODNING 3

Indstævnte bemærker i sit processkrift, at Appellanten ikke har uddybet en række forhold vedrørende retlig interesse.

Appellanten skal i den forbindelse endnu engang erindre om, at disse processkrifters hovedformål er at håndtere Indstævntes udskillelsesanmodninger, og ikke at foregribe en behandling af sagens materielle spørgsmål. Appellanten har, også for så vidt angår anmodning 3, berørt sådanne spørgsmål i det omfang det er vurderet nødvendigt for at facilitere rettens stillingtagen til udskillelsesanmodningerne.

Herudover bemærker Indstævnte, at Appellanten synes ”at overse, at ministeriet netop også har anmodet om, at det overordnede spørgsmål vedrørende påstanden om ugyldighed, som handler om konsekvensen af en modstrid med EU-retten, behandles forlods”.

Det har næppe været muligt at overse, at Indstævnte også har anmodet om en udskillelse af sagens kerne – spørgsmålet om ugyldighed. Appellanten har blot ikke taget for givet, at Højesteret vil efterkomme en sådan anmodning.

Hvad der dog implicit kan udledes af Indstævntes ovenstående argumentationsrække, er en anerkendelse af de to anmodningers indbyrdes afhængighed. Dette er Appellanten enig i. Der henvises i det hele til side 7 i Appellantens første processkrift om formaliteten.

Det fastholdes i tråd hermed, at Indstævntes anmodning 3 ikke bør imødekommes, og ikke kan stå alene for dét tilfælde at Højesteret ikke finder grundlag for at efterkomme Indstævntes anmodning 1.

København, den 15. oktober 2021

Søren Narv Pedersen

Partner, Advokat (H)