

Processkrift om formaliteten

Til

Højesteret

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

Foreningen imod Ulovlig Logning
(advokat Søren Narv Pedersen)

mod

Justitsminister Nick Hækkerup
Justitsministeriet
(advokat Rasmussen Holdgaard)

1. INDLEDNING

Justitsministeriet fastholder de fremsatte begæringer om udskillelse i ankesvarskriftet. Ministeriet er opmærksom på Højesterets praksis vedrørende udskillelse. Det er dog fortsat ministeriets opfattelse, at ankesagen i første omgang bør begrænses til at angå dels de forhold, som landsretten har taget stilling til i sin dom, dels om appellants nye påstande skal tillades. De spørgsmål, som er omfattet af ministeriets anmodning om udskillelse, vil endvidere kunne behandles skriftligt, jf. retsplejelovens § 387, stk. 1, nr. 3.

Appellants beskyldninger om, at ministeriet bevidst har forhalet og fortsat forhaler sagen, er grundløse. Ministeriet anmodede under sagens behandling for landsretten om, at sagen blev udsat i medfør af retsplejelovens § 345 med henblik på at afvente den dom, som EU-Domstolen afsagde 6. oktober 2020 (sag C-511/18, C-512/18 og C-520/18, *La Quadrature du Net m.fl.*, ECLI:EU:C:2020:791). Landsretten efterkom denne anmodning og opretholdt efterfølgende udsættelsen mod appellants protest. EU-Domstolens afsagte dom viser tydeligt, at udsættelsen var velbegrundet. Ud over disse udsættelser har

ministeriet kun bedt om helt sædvanlige udsættelser på svarskrift og har i øvrigt bidraget aktivt til at belyse og tilskære sagen.

Appellantens processkrift om formaliteten af 15. september 2021 giver derudover indstævnte anledning til følgende supplerende bemærkninger:

2. ANBRINGENDER

2.1 En udskillelse af spørgsmål efter Justitsministeriets anmodning kan afslutte sagen

Det er ikke korrekt som anført i appellantens processkrift, at de spørgsmål, som er omfattet af anmodningen om udskillelse, ikke vil kunne føre til, at sagen afsluttes:

- Spørgsmålet om, hvorvidt det forhold, at anvendelse af dele af bekendtgørelsen er i strid med EU-retten, kan føre til, at logningsbekendtgørelsen tilsidesættes som helt eller delvist ugyldig, kan fuldt ud afgøre den principale og subsidiære påstand 1. Hvis Højesteret er enig med Justitsministeriet og landsretten, vil denne del af sagen være helt afsluttet, uden at det er nødvendigt at tage stilling til de materielle og mere komplekse spørgsmål, herunder om den aktuelle trussel mod den nationale sikkerhed og La Quadrature-dommens rækkevidde.
- Spørgsmålet om, hvorvidt den mere subsidiære og mest subsidiære påstand 1 om "uansvarlighed" kan admitteres, herunder spørgsmålet om, hvorvidt de er afskåret i medfør af to-instansprincippet, jf. retsplejelovens § 383, om appellant har den fornødne retlige interesse, og om påstanden har den fornødne klarhed, jf. nærmere nedenfor, vil fuldt ud kunne afgøre, om påstanden kan bedømmes. Hvis Højesteret er enig med Justitsministeriet i, at påstanden ikke kan tages under behandling, vil denne del af sagen være afsluttet.
- Spørgsmålet om, hvorvidt appellantens påstand 2 skal afvises i overensstemmelse med landsrettens dom, vil også kunne afgøre denne del af sagen helt. En forlods bedømmelse heraf kan også overflødig gøre en omfattende og kompleks bedømmelse af det indholdstunge tidsmæssige forløb i sagen. Hvis Højesteret stadfæster landsrettens dom, vil påstanden være færdigbehandlet.

Samlet set vil en udskillelse af de tre spørgsmål dermed kunne indebære en fuldstændig afslutning af sagen, hvis Højesteret er enig med Justitsministeriet, og landsretten finder, at den nye påstand er prækluderet.

Det bestrides, at disse udskillelsesanmodninger indebærer, at ”*langt størsteparten af sagen skal udskilles til en forlods prøvelse*”, og at det henstår i det uvisse, hvad der skulle være tilbage, jf. appellantens processkrift, side 7-8.

Udskillelsesanmodningerne har samlet set til formål at undgå en fuld bevisførelse om, hvad Justitsministeriet har foretaget sig i hele forløbet fra afsigelsen af Digital Rights-dommen den 8. april 2014 og frem til dags dato, og om, hvorvidt Danmark konkret står overfor en trussel mod den nationale sikkerhed, som kan begrunde logning i overensstemmelse med La Quadrature-dommen. Begge disse forhold kræver en gennemgang af ganske omfattende dokumentation, som landsretten slet ikke har forholdt sig til, og som er unødvendig, hvis Højesteret finder grundlag for at afgøre sagen på samme måde som landsretten.

Appellanten har ikke godtgjort, at de tre ovennævnte spørgsmål skulle nødvendiggøre en omfattende bevisførelse med samme omfang som en fuld materiel prøvelse af sagen, eller at spørgsmålene er uegnede til skriftlig behandling.

Appellantens bemærkninger til de enkelte anmodninger gennemgås i det følgende.

2.2 Den første anmodning

Det bestrides, at en udskillelse af spørgsmålet om, hvorvidt en modstrid med EU-retten i det hele taget kan føre til, at logningsbekendtgørelsen tilsidesættes som helt eller delvist ugyldig, vil indebære, at Højesteret skal afgive ”*et juridisk responsum om, hvorvidt EU-retten generelt og hypotetisk kan føre til anvendelsen af ugyldighed som retsmiddel*”, jf. side 3 i appellantens processkrift.

Udskillelsen vil indebære, at Højesteret skal tage stilling til, om den foreliggende konkrete sag kan afgøres på nøjagtig samme måde, som landsretten gjorde. Landsretten har ikke afgivet et abstrakt responsum om retstilstanden på et givet område, men derimod afgjort den konkrete tvist mellem parterne om, hvorvidt logningsbekendtgørelsen kan tilsidesættes som ugyldig. Den omstændighed, at præmisserne for en sådan afgørelse vil indebære en stillingtagen til et principielt og generelt spørgsmål om konsekvenserne af en modstrid med EU-retten, betyder på ingen måde, at der bliver tale om abstrakt responsumvirksomhed. Genstanden for Højesterets dom ville – ligesom for landsretten – være det konkrete spørgsmål om, hvorvidt logningsbekendtgørelsen kan tilsidesættes som ugyldig.

Det bestrides også, at spørgsmålet ikke meningsfuldt kan udskilles fra øvrige dele af sagen på en måde, som vil indebære en procesbesparelse.

Appellanten har fortsat kun i meget generelle og abstrakte vendinger redegjort for sit synspunkt om, at ugyldighed konkret skulle være det eneste egnede instrument, og har hverken henvist til de retskilder

eller faktiske omstændigheder, som dette støttes på, jf. side 15 i appellanten's processkrift I for landsretten, side 80 i den indankede dom og side 2-3 i ankestævningen.

Det er derfor uklart, hvad der menes med, at den *"egnethedsvurdering"*, som appellanten mener, at Højesteret skal foretage, *"i sagens natur ikke meningsfuldt [kan] foretages uden en samtidig materiel behandling af sagen, hvorved de implikationer, som valget af instrument vil have for de implicerede borgeres grundlæggende rettigheder vurderes"*.

Som indstævnte forstår synspunktet, mener appellanten, at en tilsidesættelse af logningsbekendtgørelsen er påkrævet, fordi hver enkelt borger i modsat fald ville være henvist til at sagsøge deres egen teleudbyder for at få logningen stoppet, hvilket i praksis ville være umuligt, jf. ankestævningens side 3.

Appellanten har på ingen måde påvist eller godtgjort, at en stillingtagen til dette synspunkt kræver en fuld bevisførelse om, hvad Justitsministeriet har foretaget sig i hele forløbet fra afsigelsen af Digital Rights-dommen den 8. april 2014 og frem til dags dato, eller om, hvorvidt Danmark konkret står overfor en trussel mod den nationale sikkerhed, som kan begrunde logning i overensstemmelse med La Quadrature-dommen. Der er ingen sammenhæng mellem det komplekse konkrete forløb i sagen og de generelle praktiske vanskeligheder ved at skulle sagsøge teleudbyderne. Appellanten har ikke for landsretten ført selvstændigt bevis for de påståede *"eksorbitante økonomiske omkostninger og praktiske vanskeligheder"* og har heller ikke varslet sådan bevisførelse i ankestævningen. I det lys er det meget uklart, hvorfor *"[e]n begrænset prøvelse som den af Indstævnte foreslåede ville [...] afskære bevisførelse, der er afgørende for den retlige prøvelse af dette spørgsmål"*.

Efter Justitsministeriets opfattelse er der intet til hinder for en forlods og skriftlig bedømmelse af spørgsmålet om, hvorvidt en modstrid med EU-retten i det hele taget kan føre til, at logningsbekendtgørelsen tilsidesættes som helt eller delvist ugyldig. Spørgsmålet er af ren juridisk karakter, og appellanten's abstrakte og generelle synspunkter om *"egnethed"* – som i øvrigt har været enslydende siden processkrift I for landsretten og også fuldt ud indgik i landsrettens bedømmelse, jf. den indankede dom, side 118 – giver ikke grundlag for at antage, at det indebærer komplekse og omtvistede bevisspørgsmål af nogen art. Spørgsmålet vil endvidere – sammen med de øvrige spørgsmål, som også anmodes udskilt, jf. nedenfor – kunne afgøre påstanden fuldt ud og overflødigøre en omfattende bevisførelse om, hvad Justitsministeriet konkret har foretaget sig i en periode på mere end 8 år, og hvilke aktuelle trusler mod den nationale sikkerhed, som Danmark står overfor.

2.3 Den anden anmodning

2.3.1 Påstandens klarhed

For så vidt angår anmodningen om udskillelse af formalitetsspørgsmål vedrørende appellants nye påstand om ”*uanvendelighed*” bemærkes indledningsvis, at appellanten i processkriftet om formaliteten har anført, at man ikke er enig i ministeriets udlægning af påstandens betydning i ankesvarskriftet.

Justitsministeriet anførte i ankesvarskriftet, at ministeriets eneste mulighed for at ”anvende” reglerne er at håndhæve reglerne gennem påbud og strafansvar efter bekendtgørelsens kapitel 3. Eftersom denne håndhævelse imidlertid udtrykkeligt er suspenderet og har været det længe inden nedlæggelsen af påstanden i ankestævningen, bemærkede ministeriet, at det ikke var klart, hvori den retlige uenighed bestod.

Appellanten har nu anført i sit seneste processkrift, at der ikke skal ”*efterlades nogen tvivl om, at parterne er særdeles uenige om, hvad der nærmere skal forstås ved uanvendelighed*”. Appellanten er således tilsyneladende af den opfattelse, at en dom over Justitsministeriet, som fastslår, at reglerne er uanvendelige, ikke bare vil betyde, at reglerne ikke kan håndhæves, men derimod vil have en anden ikke nærmere bestemt vidererækkende betydning.

I lyset heraf gør Justitsministeriet gældende til støtte for den nedlagte afvisningspåstand, at påstanden er for uklar til at tage under påkendelse. En dom i overensstemmelse med appellants påstand vil således tydeligvis efterlade væsentlig tvivl om, hvad retstilstanden er. Hvis appellanten har en anden forståelse end Justitsministeriet, når det handler om, hvad det vil sige, at logningsbekendtgørelsen er ”*uanvendelig*”, må påstanden omformuleres, så den specifikt tager sigte på de handlinger, som ministeriet ifølge appellanten skal afstå fra at foretage sig. Den nuværende grundlæggende uklarhed i påstanden kan ikke som anført af appellanten afklares ved en ”*udforskning*” i yderligere skriftveksling. Påstanden skal i sig selv være klar og egnet til at indgå i en domskonklusion.

2.3.2 Retsplejelovens § 383

Det fastholdes, at påstanden om uanvendelighed ikke kan tillades fremsat, jf. retsplejelovens § 383. Det er ikke korrekt, at en abstrakt påstand om uanvendelighed er et ”*konceptuelt alternativ*” til en påstand om ugyldighed, eller at spørgsmålet om uanvendelighed reelt har indgået i landsrettens bedømmelse. Dette illustreres tydeligt af, at parterne tilsyneladende har vidt forskellige opfattelser af, hvad ”*uanvendelighed*” i denne sag konkret vil betyde, jf. afsnit 2.3.1 ovenfor. Hvis påstanden tillades fremsat, vil det efter appellants eget udsagn kræve, at eksistensen og omfanget af den retlige uenighed ”udforskes”

yderligere. Allerede dette forhold viser klart, at der er tale om en ny og væsentligt anderledes påstand end den, som var til bedømmelse i landsretten.

Det indgår i øvrigt ikke i bedømmelsen af nye påstande og anbringender for Højesteret efter retsplejelo-
vens § 383, om indstævnte har mulighed for at varetage sine interesser, jf. § 383, stk. 2, 2. pkt. modsæt-
ningsvis. De relevante betingelser er alene, om det er undskyldeligt, at den pågældende påstand ikke
tidligere er fremsat, eller om appellanten vil lide et uforholdsmæssigt tab. Ingen af disse betingelser er
opfyldt. Der henvises til ankesvarskriftet.

Det er ikke korrekt, at sagen er uden fortilfælde i dansk ret. Der findes talrige eksempler på, at virksom-
heder og borgere har gjort indsigelse mod anvendelsen af regler, der strider mod EU-retten, jf. bl.a.
U.2011.539H, U.2012.2247Ø og U.2021.985H. Den omstændighed, at appellanten i denne sag har valgt
at afvige fra den sædvanlige fremgangsmåde for prøvelse af en sådan modstrid, betyder ikke, at der skal
gives videre adgang til at fremsætte nye påstande efter retsplejelovens § 383.

Det er også forkert, når appellanten anfører, at Justitsministeriet under hovedforhandlingen fremkom
med nye anbringender. De gengivne synspunkter i den indankede dom om "frifindelse for tiden" (side 98)
var ikke udtryk for nedlæggelse af en selvstændig påstand (hvilket frifindelse for tiden i øvrigt ikke er),
men en påpegning af, at landsretten i en eventuel frifindende dom af egen drift kunne anføre, at frifin-
delsen skete for tiden, hvis den fandt behov herfor. Under alle omstændigheder er det dog helt uden
betydning for spørgsmålet om, hvorvidt appellanten nu kan fremsætte en ny påstand for Højesteret.

2.3.3 Udskillelse

Det bestrides, at spørgsmålet om, hvorvidt den nye mere subsidiære og mest subsidiære påstand 1 om
"uanvendelighed" kan admitteres, ikke meningsfuldt vil kunne behandles adskilt fra sagens materie, jf.
bemærkningerne på side 4-5 i appellantens processkrift.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt den nye påstand i det hele taget kan tillades fremsat, jf.
retsplejelovens § 383, har appellanten anført, at *"spørgsmålet om nova kan [...] ikke meningsfuldt foreta-
ges uden at store dele af hovedtemaet om uanvendelighed, henholdsvis ugyldighed tages under behand-
ling."*

Dette bestrides. Spørgsmålet om nova kræver ifølge retsplejelovens § 383 en bedømmelse af, om det er
undskyldeligt, at påstanden først nedlægges nu, og om appellanten vil lide retstab. Dette kan bedømmes
helt uafhængigt af de komplekse faktuelle spørgsmål i sagen. Det er uklart, hvad sagsøgerne mener med
at *"hovedtemaet om uanvendelighed, henholdsvis ugyldighed"* skal tages under behandling. Under alle
omstændigheder har dette "hovedtema" ingen sammenhæng med sagens materielle spørgsmål, herunder

spørgsmålet om, hvad Justitsministeriet har foretaget sig i hele forløbet fra afsigelsen af Digital Rights-dommen den 8. april 2014 og frem til dags dato, og spørgsmålet om, hvorvidt Danmark konkret står overfor en trussel mod den nationale sikkerhed, som kan begrunde logning i overensstemmelse med La Quadrature-dommen. En udskillelse vil dermed under alle omstændigheder indebære en væsentlig procesbesparelse.

For så vidt angår spørgsmålet om retlig interesse har appellantens anført, at dette er uegnet til udskillelse *”allerede fordi en selvstændig prøvelse heraf utvivlsomt vil skulle udforske eksistensen og omfanget af den retlige uenighed mellem parterne”*, og fordi dette *”vil indebære bevisførelse, der er overlappende med sagens materielle hovedtemaer”*.

Det er korrekt, at det i lyset af appellantens bemærkninger i det seneste processkrift er meget uklart, hvori den retlige uenighed består. Dette forhold taler imidlertid for en forlods behandling; ikke imod. En afklaring af, hvori uenigheden består, er i øvrigt helt uafhængig af sagens materielle spørgsmål om, hvorvidt betingelserne i La Quadrature-dommen er opfyldt, herunder om Danmark står over for en trussel mod den nationale sikkerhed. Afklaringen af uenigheden vil kun kræve, at appellantens redegør præcist for, hvad man mener med, at logningsbekendtgørelsen er ”uansvarlig” for Justitsministeriet. Der henvises til afsnit 2.3.1 ovenfor.

Det er på ingen måde konkretiseret, hvorfor en bedømmelse af spørgsmålet om retlig interesse vil kræve bevisførelse, der er overlappende med sagens materielle hovedtemaer. Spørgsmålet om retlig interesse beror på en bedømmelse af, hvilken retsstilling appellantens reelt ønsker gennemført med den nedlagte påstand, herunder hvilke handlinger Justitsministeriet konkret skal afstå fra at foretage sig, og om appellantens kan påvise, at denne retsstilling reelt adskiller sig fra, hvad der allerede er gældende. Dette kræver kun en begrænset bevisførelse om, i hvilket omfang Justitsministeriet på nuværende tidspunkt anvender logningsbekendtgørelsen. Det er navnlig ikke nødvendigt at tage stilling til alle ministeriets handlinger siden Digital Rights-dommen og den aktuelle trussel mod den nationale sikkerhed.

Det fastholdes samlet set, at en udskillelse af formalitetsspørgsmålene relateret til den nye påstand om uansvarlighed vil være hensigtsmæssig og procesbesparende, og appellantens ukonkrete indsigelser heroverfor kan ikke føre til et andet resultat. Det er endvidere Justitsministeriets opfattelse, at en sådan udskillelse vil kunne indebære en mere effektiv og dermed hurtigere proces.

2.4 Den tredje anmodning

Det bestrides, at en forlods behandling af spørgsmålet om, hvorvidt appellantens påstand 2 skal afvises i overensstemmelse med landsrettens dom, vil være uforsvarlig eller *”retssikkerhedsmæssigt betænkelig”*.

Appellanten har ikke redegjort nærmere for sit synspunkt om, at foreningens retlige interesse ”*med en vis sandsynlighed må forventes at være proportionel med den tid, der er passeret*”. Appellanten har heller ikke henvist til retskilder, der støtter dette synspunkt. Landsrettens afvisning af sagen på dette punkt er begrundet i, at påstanden er uegnet til at indgå i en domskonklusion, fordi den fremstår som en ytring om et omtvistet faktuel forhold, nemlig om Justitsministeriet ”*hurtigst muligt*” har sørget for, at en retstilstand blev ændret. Det er uklart, hvorfor en sagsøger skulle opnå en retlig interesse i at få dom over et sådant faktuel forhold uden retligt indhold med tiden. Synspunktet forekommer på den baggrund grundløst.

Appellanten har dog under alle omstændigheder ikke påvist, at det vil være nødvendigt med en komplet bevisførelse om Justitsministeriets handlinger i hele perioden for at afgøre, om foreningen har retlig interesse. Det er navnlig ikke påvist, at en bedømmelse af synspunktet om, at den retlige interesse er ”*proportionel med den tid, der er passeret*”, vil kræve en bevisførelse om *indholdet* af det tidsmæssige forløb eller om den aktuelle trussel mod den nationale sikkerhed.

Appellanten bemærker herudover i sit processkrift, at en udskillelse af formalitetsspørgsmålet om påstand 2 under alle omstændigheder ikke vil indebære en procesbesparelse, da hele bevisførelsen om indholdet i det tidsmæssige forløb alligevel skal indgå i bedømmelsen af påstanden om ugyldighed. Appellanten synes dog i den forbindelse 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. Ministeriets samlede anmodning om forlods behandling betyder således netop, at det *ikke* bliver nødvendigt at bedømme hele det tidsmæssige forløb – på samme måde som landsretten ikke fandt det nødvendigt.

Det er naturligvis korrekt, at bevisførelsen for hele forløbet m.v. vil være nødvendigt i en senere hovedforhandling, hvis Højesteret ikke finder grundlag for at afgøre de spørgsmål, som ministeriet ønsker udskilt, på samme måde som landsretten. Dette er imidlertid altid tilfældet, når visse spørgsmål behandles forlods, og bør ikke tillægges betydning ved vurderingen af, om udskillelse bør ske. Det afgørende er, at en udskillelse i overensstemmelse med ministeriets anmodning *kan* afslutte sagen med en væsentlig proces- og tidsbesparelse.

København, den 29. september 2021



Rass Holdgaard
Partner, Advokat (H)