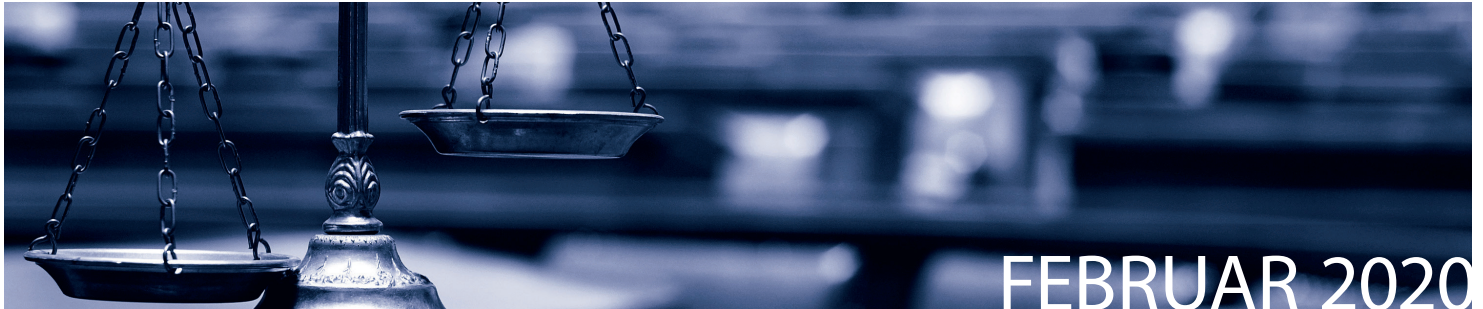


Holst, nyhedsbrev



FEBRUAR 2020

Nyt fra Civilprocessen

Højesteret afsagde i årets første måned 6 afgørelser om procesretlige spørgsmål og Østre Landsret en enkelt, mens der hverken i UfR, T:BB, FED, TFA eller Fuldmægtigen blev publiceret nye afgørelser af almen interesse for de procesinteresserede. Til gengæld har Ugeskriftet optaget en praktisk vigtig »opdatering« af Ulla Otkens glimrende artikel fra 2001 om lovligt forfald (Fröhlich i U 2020B s. 1 ff.), og Erik Hørlyck har med en ny udgave af bogen »syn og skøn«, der nu bærer undertitlen »sagkyndig bevisførelse«, bidraget med spændende læsestof til den kommende måned. I det følgende gennemgås samtlige januars afgørelser tematisk, og de vigtigste kendelser og domme undergives en kort analyse med henblik på at placere dem i den relevante kontekst.

Bevisførelse

U 2020.xxxx H – Højesterets kendelse af 15. januar 2020 – om fremlæggelse af ensidigt indhentede erklæringer

Sagsnr. BS-40072/2019

Sagen vedrørte spørgsmålet om erstatning efter et færdselsuheld, hvor en knallertfører blev påført omfattende skader, da hun blev påkørt af en bil. Mens sagen verserede, var den pågældende fortsat under kommunal udredning og frekventerede i denne sammenhæng en psykolog.

Efter byretten havde frifundet bilens ansvarsforsikringselskab, indgav tilskadekomne en ankestævning vedlagt en udtalelse fra hendes psykolog udarbejdet efter byrettens dom.

Udtalelsen var – tilsyneladende – ikke indhentet til brug for retssagen, idet det af de kommunale akter fremgik, at kommunens sagsbehandler havde efterspurgt en psykologvurdering til brug for "... afdækning af behovet for særlig støtte fra Familierådgivningen".

Det fremgik imidlertid samtidig af telefonnotater, at tilskadekomne selv havde henvist kommunen til psykologen, at tilskadekomne havde drøftet udtalelsens udformning med psykologen, og at tilskadekomne havde haft udtalelsen til gennemsyn i udkast.

Et flertal af Højesterets dommere fandt med henvisning til dette forløb, at erklæringen måtte anses for indhentet af tilskadekomne selv (og ikke kommunen) – og erklæringen kunne derfor ikke fremlægges.

Dommen giver yderligere bidrag til det tema, der var oppe at vende i FED 2019.29 (omtalt i nyhedsbrevet for november 2019), hvor landsretten tillod en myndigheds anmodning om at fremlægge en erklæring indhentet på myndighedens initiativ til brug for dennes vurdering af en genoptagelsesansøgning.

Både flertallets og mindretallets præmisser i den seneste kendelse peger mod den ret klare regel, at erklæringer der (1) indhentes på initiativ fra andre end retssagens parter eller (2) indhentes med et andet formål end fremlæggelse i sagen, som udgangspunkt frit kan fremlægges.

Dette er i overensstemmelse med U 2014.1532 H om fremlæggelse af en speciallægeerklæring indhentet af Arbejdsskade styrelsen og U 2015.2970 Ø (men ikke oplagt foreneligt med U 2007.2329/1 H). 2014-dommen er i lovforslag 20/2016 taget til indtægt for en generel regel om, at erklæringer indhentet på foranledning af en offentlig myndighed som led i dennes sagsbehandling ikke er ensidige.

Herfra gøres efter flertallets præmisser undtagelse, hvis en part har haft indflydelse på udpegningen og/eller udarbejdelsen af erklæringen (også denne del af bedømmelsen harmonerer med lovforslag 20/2016 samt fra tiden før loven

FED 2013.30 V). Med dette led af præmisserne in mente er rigtigheden af FED 2019.29 tvivlsom. Højesterets mindretal ville have tilladt fremlæggelse med præmisser, der i al væsentlighed fulgte linjen fra 2019-afgørelsen.

En alternativ forklaring på den seneste afgørelse – der i hvert fald for mig er ganske tiltalende – er, at *graden af involvering* peger på, at tilskadekomne har forsøgt at omgå reglerne ved at udnytte en forestående (og periodisk forekommende) rutineforespørgsel fra kommunen til at snige materiale ind i retssagen, som hun ellers ikke ville kunne fremlægge.

Som en interessant yderligere nuance synes det at fremgå af flertallets præmisser, at en erklæring, der alene består i en sammenskrivning af forudgående notater (journaloptegnelser/bevidelse af tidligere iagttagelser), også frit vil kunne fremlægges. Der gælder så at sige en »nedre grænse« for, hvornår noget overhovedet er en sagkyndig erklæring.

Højesteret fastslog i konsekvens af vurderingen af erklæringen, at psykologen ej heller kunne afhøres som sagkyndigt vidne. Psykologen kunne derimod – naturligvis – afhøres som almindeligt vidne om sine faktiske iagttagelser og om det samlede behandlingsforløb. Kendelsen er på dette punkt helt i tråd med tidligere praksis, der entydigt har fastslået, at indkaldelse af sagkyndige vidner er undergivet samme begrænsninger som fremlæggelsen af ensidigt indhentede erklæringer (jf. tillige lovforslag 20/2016, de almindelige bemærkninger afsnit 2.2.1.2).

Afgørelsen er den 3. vigtige afgørelse om sagkyndige erklæringer, jeg har haft anledning til at gennemgå på blot 4 måneder. Det siger noget om spørgsmålets vigtighed, men peger måske også på, at den klarhed over retsstillingen, som lovgiver i 2016 forsøgte at skabe (jf. lov 1725/2016 jf. betænkning 1558/2016), ikke helt er lykkedes efter planen. Det er således næppe sidste gang i år, der bliver lejlighed til at tage emnet op i et nyhedsbrev.

Anke- og kærebegrænsninger

Højesterets kendelser af 20. januar 2020 – om retsplejelovens § 368, stk. 4

Sagsnr. BS-56853/2019 HJR og BS-56853/2019

Også i den forgangne måned har Højesteret haft anledning til at tage stilling til appelreglen i § 368, stk. 4 (appel direkte fra Sø- og Handelsretten). I begge sager afvist anken.

I den første sag havde Sø- og Handelsretten afsagt dom om principalansvarets anvendelse ved udlejning af en kran med kranfører.

Højesteret fandt ikke, at sagen, hvis afgørelse hovedsageligt beroede på en konkret vurdering af de involverede personers

indbyrdes forhold, opfyldte betingelserne i retsplejelovens § 368, stk. 4.

I den anden sag havde Sø- og Handelsretten afsagt dom om krænkelse af markedsføringsloven i en sag anlagt af foreningen MLDK (det civilprocesretligt interessante spørgsmål om foreningens søgsmålskompetence, jf. U 2020.368 SH, er omtalt i mit nyhedsbrev for december 2020).

Højesteret fandt ikke, at sagen opfyldte betingelserne i retsplejelovens § 368, stk. 4.

Oprejsningsbevillinger

U 2020.xxxx H – Højesterets kendelse af 9. januar 2010 – afslag på oprejsningsbevilling i konkurskarantænesag

Sagsnr. BS-21847/2019 HJR

I en konkurskarantænesag, hvor både parten og dennes advokat udeblev fra det forberedende retsmøde, afsagde retten kendelse på det foreliggende grundlag den 18. oktober 2018. Kendelsen blev påkæret den 27. november 2018 af en ny advokat.

Parten gjorde til støtte for en begæring om oprejsningsbevilling gældende, at kendelsen på grund af tekniske fejl – der ikke nærmere er beskrevet – aldrig var blevet adviseret hverken for parten eller dennes advokat. Det synes at kunne læses af dommen, at hverken landsretten eller Højesteret var tilbøjelig til at lægge denne forklaring til grund uden nærmere bevis herfor.

Parten oplyste herudover, at han fra byretten den 9. november 2018 havde modtaget oplysning om, at sagen var kæret.

Hverken landsretten eller Højesteret fandt, at der i det beskrevne forløb var godtgjort sådanne særlige omstændigheder, at kære skulle tillades efter retsplejelovens § 394, stk. 2 (der i medfør af konkurslovens § 251, stk. 2 og § 255 finder anvendelse på spørgsmålet).

Afgørelsen er i tråd med den – formentlig gennemgående – restriktive praksis vedrørende kæretilladelser. Eksempler på tilladelse til at kære har ofte enten været begrundet i fejlinformationer fra retten (U 2003.2303 Ø) eller spørgsmålets betydning for parten kombineret med tilstedeværelsen af undskyldelige omstændigheder (U 2010.3008 H).

I den sammenhæng har det muligvis haft betydning, at den angivelige fejlinformation fra byretten blev givet mere end en uge efter fristens udløb, og således ikke var den primære årsag til overskridelsen.

Heller ikke det forhold, at overskridelsen måske kunne henføres til fejl (ugidelighed) fra advokaten, kunne begrunde en

kæretilladelse. Afgørelsen er på dette punkt i tråd med den almindelige håndtering af advokatfejl (jf. eksempelvis U 2015.913 H og U 2013.570 H), og illustrerer herved det forholdsvist begrænsede område for præmisserne i U 2010.3008 H (sag om afslag på familiesammenføring) – en afgørelse der må læses i lyset af spørgsmålets helt afgørende betydning. Spørgsmålet om betydningen af advokatfejl er grundigt beskrevet i *Kjærulff og Fenger: »Appeltilladelser«* s. 314 ff.

En afgørelse om konkurskarantæne opleves formentlig gennemsnitligt som ganske indgribende, og barren for meddelelse af kæretilladelse ved overskridelser på grund af advokatfejl er derved sat ganske højt.

Sagsomkostninger og fri proces (herunder salærfastsættelse)

Højesterets dom af 8. januar 2020 – fastsættelse af salær til beskikket advokat under fri proces (efter den grønlandske retsplejelov)

Sagsnr. 128/2019 HJR

I sag om uberettiget afskedigelse var sagsøger meddelt fri proces og havde i den forbindelse fået beskikket en advokat. I stævningen var nedlagt påstand om betaling af kr. 119.865,00, hvilket beløb forblev uændret.

Sagen blev et halvt år efter indgivelse af stævning forliget mod betaling af (ca.) det halve beløb, og således at sagsomkostningerne skulle fastsættes af Retten i Grønland.

Både den Grønlandske Landsret og Højesteret – der på vej mod resultatet fastslår, at udmåling af sagsomkostninger i sager omfattet af den grønlandske retsplejelov skal ske efter samme principper, som er styrende for den danske – udmålte sagsomkostninger med udgangspunkt i de vejledende salærtakster for sagsomkostninger for sagsværdien opgjort i stævningen. Dommen fortsætter herved linjen fra U 2007.1587 H.

Højesterets kendelse af 14. januar 2020 – betaling af skønsmands honorar efter isoleret bevisoptag i skattesag

Sagsnr. BS-28775/2019 HJR

I en skattesag, hvor Skattestyrelsen i medfør af skatteforvaltningsloven havde meddelt skatteyderen fuld omkostningsgodtgørelse, udmeldtes sideløbende med sagens gang ved Landsskatteretten et syn og skøn efter reglerne om isoleret bevisoptag, jf. retsplejelovens § 343.

Sagen vedrørte således i første omgang samspillet mellem skattestyrelseslovens bestemmelse om »fuld omkostningsgodtgørelse« og den almindelige regel i retsplejelovens §

343, stk. 3, om, at udgifterne til isoleret bevisoptag skal afholdes af den »tabende« part, jf. lovforslag 178/2014.

I både landsretten og Højesteret faldt denne afvejning ud til fordel for retsplejelovens almindelige regel, idet det for Højesteret var udslagsgivende, at Skattestyrelsens afgørelse om fuld omkostningsgodtgørelse udgjorde en aftale i § 343, stk. 3's forstand.

Selvom afgørelsen er konkret – den vedrører kun direkte samspillet med en særregel i skatteforvaltningsloven – kan den nok med en vis forsigtighed tages til indtægt for, (1) at grundreglen om udgiftsfordeling ved isoleret bevisoptag er en hovedregel, hvorfra en fravigelse kræver nogenlunde faste holdepunkter, og (2) at aftalebegrebet i bestemmelsens stk. 3 alene omfatter egentlige aftaler.

Også andre forvaltningsakter om omkostningsdækning (efter de for området gældende regler) må forventes bedømt tilsvarende.

Vestre Landsret dom af 31. januar 2020 – sagsomkostninger i ebh-dommen

Sagsnr. B-0427-11 – den offentliggjorte dom indeholder aktuelt "kun" landsrettens præmisser (der imidlertid fylder over 200 sider!).

I denne sag, der er interessant for mange og af mange grunde, fik landsretten lejlighed til at fastsætte sagsomkostninger i dét, der på landsrettens egen hjemmeside beskrives som den "formentlig mest omfattende sag, der hidtil er behandlet ved domstolene her i landet". 9 år, 80.000 siders bilag, 149 retsmøder og tæt ved 60 forklaringer; og som produkt heraf en dom der inkl. gengivelse af forklaringerne fylder 3.600 sider.

Et lille hjørne af de mange sider er afsnittet om sagsomkostninger, der i så stort et sagskomplekst naturligvis er fastsæt helt og aldeles frigjort fra de vejledende takster.

Finansiel Stabilitet havde i sagen rejst krav for i alt 700 mio. kr., der dog frem mod og under hovedforhandlingen blev nedsat, så der over for de enkelte sagsøgte var rejst krav på mellem 200 og 550 mio. kr.

Den konkrete udmåling er ikke i sig selv relevant; udmålingen må i sager af denne størrelse altid være individuel. Men det er interessant at se, hvilke individuelle faktorer, landsretten tillægger betydning. Det drejer sig navnlig om:

1) I forhold til ekstern revision fremhæves, at selskabet måtte forholde sig *både* til anbringender fremsat over for de enkelte bestyrelsesmedlemmer og over for revisionselskabet. Sagen var således mere omfattende/kompleks for

- ekstern revision (der i et vist omfang førte "begge" sager).
- 2) I forhold til ekstern revision fremhæves dernæst som omkostningskrævende skridt:
 - a. At Finansiell Stabilitet iværksatte syn og skøn
 - b. At Finansiell Stabilitet begærede edition (som blev afslået)
 - 3) I forhold til alle sagsøgte fremhæves, at Finansiell Stabilitet ved en sen udvidelse af de nedlagte påstande (fra 6 til 31) nødvendiggjorde omfattende supplerende skriftveksling, der fortsatte under hovedforhandlingen ("idet sagen efter afgivelsen af processkriftet ændrede karakter og i realiteten ikke var færdigforberedt"). Det gav sagens skriftveksling et større omfang, der førte til yderligere besvær i perioden med hovedforhandling, og gav anledning til et betydeligt antal yderligere retsdage.
 - 4) I forhold til alle sagsøgte fremhæves sagens målbare omfang: 80.000 siders bilag, 149 retsdage og 59 parter/vidner tillige med en delhovedforhandling om spørgsmålet om afvisning og et større antal forberedende møder.
 - 5) Særligt i forhold til Finn Strier Poulsen – over for hvem Finansiell Stabilitet fik medhold i et beløb på godt 2 mio. kr. – fremhæves, at han blev frifundet for næsten 550 mio. kr. (det største beløb krævet af noget bestyrelsesmedlem), hvorfor han i relation til udmålingen måtte stilles lige med de øvrige bestyrelsesmedlemmer.

Salæret blev på denne baggrund *som udgangspunkt* fastsat til 12 mio. kr. ekskl. moms (med fradrag af 0,4 mio. kr. som følge af, at Finansiell Stabilitet havde vundet afvisningsspørgsmålet). For de advokater, der havde repræsenteret flere bestyrelsesmedlemmer, tilkendtes et tillæg af 0,5 mio. kr. pr. yderligere klient.

Salæret til BDO blev på baggrund af de ovennævnte individuelle forhold fastsat højere; i alt 17,6 mio. kr. ekskl. moms til revisionselskabet samt de tre sagsøgte revisorer (ca. 35 % højere end udmålingen efter bestyrelsesmedlemstaksten).

Som en civilprocesretlig interessant krølle fik landsretten ved udmålingen anledning til at tage stilling til virkningstidspunktet for de (mange) advokatbeskikkelser, der var sket undervejs i sagen. Landsretten fandt med henvisning til U 2015.954 H ikke grundlag for at lade beskikkelserne få tilbagevirkende kraft.

Dokumentoffentlighed og aktindsigt

Højesterets kendelse af 10. januar 2020 – om aktindsigt i lydoptagelser

Sagsnr. BS-40075/2019 HJR og BS-40082/2019 HJR

I denne lidt specielle sag var en advokat pålagt en bøde for tilsidesættelse af god advokatskik ved sin adfærd under hovedforhandlingen af en straffesag. Bøden blev tildelt efter

klage fra retten, og sagen blev bedømt bl.a. på baggrund af retsbogens oplysninger om det passerede.

Under en sag mod Advokatnævnet anmodede advokaten med henvisning til retsplejelovens § 41 d og h, og artikel 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, om et editionsplæg vedrørende en lydfil fra hovedforhandlingen (optagelse af en vidneforklaring i medfør af retsplejelovens § 711).

Både landsretten og Højesteret afviste begæringen under henvisning til, at de påberåbte bestemmelser i retsplejeloven ikke gav advokaten krav på aktindsigt i lydoptagelser som de omhandlede.

Afgørelsen må formentlig læses i lyset af de ret specielle omstændigheder og med forståelse for samspillet mellem de almindelige regler om dokumentoffentlighed ved retterne hhv. de specielle regler om aktindsigt i kapitel 64 om aktindsigt i vidneforklaringer under straffesager, og for samspillet mellem reglerne om dokumentoffentlighed (hvis kerneområde er retsbøger og andre procesdokumenter) og reglerne om udfærdigelse af retsbøger (retsplejelovens §§ 34 og 35).

Ved at afvise editionsbegæringen har Højesteret værnet om den grundlæggende proces for håndteringen af oplysninger i retten: At det passerede under en hovedforhandling optages i en retsbog, og at videregivelse af oplysninger fra hovedforhandlingen – eksempelvis i forbindelse med aktindsigtsbegæring mv. – sker ved udlevering af denne retsbog.

Publicerede domme

Ugeskriftet for Retsvæsen har i januar publiceret følgende afgørelser, der er omtalt i nyhedsbrevet for december:

- U 2020.368 SH – brancheorganisations søgsmålskompetence
- U 2020.464 V – beslutning om ikke at genoptage sag omfattet af § 389 a
- U 2020.491 H – ingen sagsomkostninger, da begge parter havde vundet stort set lige meget
- U 2020.493 H – om retsplejelovens § 368, stk. 4



Kristian Torp
E, kto@holst-law.com
T, +45 8934 1162
M, +45 3010 2223