

HØJESTERETS KENDELSE

afsagt tirsdag den 1. september 2020

Sag 35/2020

Energi Danmark A/S m.fl.

(advokat Henrik Holtse og advokat Peter Stig Jakobsen)

mod

Ørsted Bioenergy & Thermal Power A/S

(advokat Erik Bertelsen)

I tidligere instans er afsagt dom af Sø- og Handelsretten den 31. marts 2020.

I påkendelsen har deltaget tre dommere: Michael Rekling, Oliver Talevski og Jan Schans Christensen.

Påstande

Energi Danmark A/S m.fl. har nedlagt påstand om, at Højesteret antager sagen til realitetsbehandling.

Ørsted Bioenergy & Thermal Power A/S har nedlagt påstand om, at Højesteret afviser at antage sagen til realitetsbehandling.

Sagsfremstilling

Hovedsagen, som blev anlagt ved Sø- og Handelsretten den 20. november 2007, angår, om appellanterne er berettiget til erstatning på ca. 4,4 mia. kr. med tillæg af renter som følge af, at Elsam A/S (nu Ørsted Bioenergy & Thermal Power A/S) i perioden fra den 1. juli 2003 til den 31. december 2006 misbrugte en dominerende stilling på markedet for engrossalg af fysisk elektricitet i Vestdanmark til at opnå urimeligt høje priser.

Det fremgår af SØ- og Handelsrettens retsbog af 12. oktober 2012, at erstatningssagen blev udsat på afsigelse af dom i den såkaldte myndighedssag mellem Elsam og Konkurrencerådet (SØ- og Handelsrettens sag nr. U-01-08), idet parterne var enige herom.

SØ- og Handelsretten fandt ved dom af 30. august 2016 i myndighedssagen, at Elsam havde misbrugt en dominerende stilling til at opnå urimeligt høje priser i perioden fra den 1. januar 2005 til den 30. juni 2006. Elsam ankede dommen til Vestre Landsret, som ved dom af 24. maj 2018 (sag nr. B-1828-16) fandt, at konkurrencemyndighederne ikke med den fornødne sikkerhed havde påvist, at Elsam havde misbrugt sin dominerende stilling til at opnå urimeligt høje priser, og konkurrencemyndighedernes afgørelser herom blev følgelig ophævet.

I erstatningssagen anmodede Energi Danmark A/S m.fl. om forelæggelse for EU-Domstolen af præjudicielle spørgsmål om opgørelsen af produktionsomkostninger til brug for vurderingen af, om der var tale om urimeligt høje priser. Elsam protesterede herimod.

Under et forberedende retsmøde den 14. november 2018 henstillede SØ- og Handelsrettens daværende retspræsident til Energi Danmark at hæve erstatningssagen som følge af Vestre Landsrets dom i myndighedssagen.

Den 19. november 2018 meddelte Energi Danmark, at anmodningen om præjudiciel forelæggelse blev fastholdt, og sagen blev herefter under et forberedende retsmøde den 6. december 2018 berammet til en delforhandling. Af SØ- og Handelsrettens retsbog af 6. december 2018 fremgår bl.a.:

”Retten besluttede, at næste skridt i sagen bliver en mundtlig forhandling om den anmodning om præjudiciel forelæggelse, som sagsøgerne har indgivet, og de indsigelser, som sagsøgte har rejst i mod sagsøgernes anmodning om præjudiciel forelæggelse, herunder sagsøgtes indsigelser mod, at sagsøgerne kan fremkomme med et nyt ansvarsgrundlag. Det bliver en delforhandling, som ikke vil omfatte spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger *acte clair* eller *acte éclairé* for så vidt angår de spørgsmål, som sagsøgerne ønsker forelagt for EU-Domstolen, og ikke omfatte eventuel formulering af forelæggelsesspørgsmål. Det vil parterne og retten i givet fald skulle forholde sig til senere (efter delforhandlingen).”

Under delforhandlingen, som blev gennemført den 7.-8. januar 2020, nedlagde Energi Danmark påstand om, at anmodningen om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen skulle fremmes til realitetsbehandling. Elsam nedlagde heroverfor påstand om, at anmodningen om

præjudiciel forelæggelse ikke skulle tages til følge. Elsam nedlagde endvidere selvstændig påstand om frifindelse over for erstatningspåstandene i stævningen af 20. november 2007. Energi Danmark nedlagde heroverfor principal påstand om, at Elsams frifindelsespåstand skulle afvises under delforhandlingen, og subsidiær påstand om, at frifindelsespåstanden ikke skulle tages til følge under delforhandlingen.

Sø- og Handelsretten tog ved dom af 31. marts 2020 Elsams frifindelsespåstand til følge. I Sø- og Handelsrettens begrundelse hedder det:

”Denne afgørelse angår, om behandlingen af nærværende sag om erstatning skal fortsætte med stillingtagen til sagsøgernes anmodning om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen, eller om grundlaget for sagen er bortfaldet som følge af Vestre Landsrets anke dom af 24. maj 2018 i den såkaldte myndighedssag mellem sagsøgte i nærværende sag, Elsam, og Konkurrencerådet, hvorved det blev bestemt, at Konkurrencerådets og senere Konkurrenceankenævnets afgørelser om, at Elsam havde misbrugt sin dominerende stilling, skulle ophæves.

Retten bemærker først, at der ikke er grundlag for at afvise at behandle Elsams påstand om frifindelse over for sagsøgernes påstande i stævningen af 20. november 2007 under denne delforhandling.

Der er herved lagt vægt på sagens art og samlede forløb samt det aftalte mellem retten og parterne om genstanden for delforhandlingen. Rettens stillingtagen til, om der er grundlag for at imødekomme sagsøgernes anmodning om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen, forudsætter desuden i sig selv, at retten også tager stilling til Elsams synspunkter om, at der ikke længere er en aktuel retlig tvist mellem parterne.

Sagsøgernes principale påstand om afvisning af Elsams påstand om frifindelse tages derfor ikke til følge.

Om Elsams påstand om frifindelse bemærker retten videre følgende:

Efter en samlet vurdering af forløbet af ankesagen i Vestre Landsret i myndighedssagen, jf. nærmere ovenfor, samt parternes påstande og synspunkter under nærværende sag og indholdet af Vestre Landsrets anke dom af 24. maj 2018 må det lægges til grund, at dommen har materiel retskraft også for tvisten mellem parterne i nærværende sag.

Rettens vurdering er navnlig baseret på, at Vestre Landsrets anke dom angår samme retlige spørgsmål som i nærværende sag, særligt om Elsam har misbrugt sin dominerende stilling, og at sagen og anke dommen i realiteten også må anses for at angå sagsøgerne i nærværende sag, idet to af sagsøgerne, Energi Danmark A/S og Scanenergi A/S sammen med OK a.m.b.a., var indtrådt som biintervenienter til støtte for Konkurrencerådet både ved Sø- og Handelsrettens behandling af sagen i 1. instans og Vestre Landsrets behandling af ankesagen. Under sagens behandling udøvede biintervenienterne deres beføjelser på en sådan måde, at der var tale om en meget selvstændig og aktiv adfærd til

støtte for konkurrencemyndighedernes oplysninger og synspunkter i hele sagsforløbet, herunder gennem omfattende skriftlige indlæg.

Det må lægges til grund, at formålet med biinterventionen var at varetage samtlige erstatningssøgendes interesser i myndighedssagen. Ud over det, der er anført ovenfor, er herved tillige lagt vægt på, at biintervenienterne har oprettet en selvstændig hjemmeside for alle erstatningssøgende, ”elmarkedsmisbrug.dk”, hvoraf fremgår, at de tre biintervenienter og NEAS Energy ’koordinerer’ erstatningssagen, og at ’styregruppen’ vil biintervenere i myndighedssagen. Endelig har sagsøgerne i erstatningssagen igennem hele sagsforløbet optrådt som én samlet gruppe repræsenteret af de samme advokater, som også har repræsenteret biintervenienterne i myndighedssagen.

På samme baggrund og efter indholdet af den årelange og meget omfattende skriftveksling og korrespondance under nærværende sag har sagsøgerne ved deres adfærd de facto afgivet en proceserklæring om, at grundlaget for Elsams erstatningsansvar, der er forudsætningen for kravet i nærværende sag, fulgte af den konkurrenceretlige afgørelse i myndighedssagen, som var til prøvelse i Sø- og Handelsretten og senere Vestre Landsret.

Som følge heraf er sagsøgerne afskåret fra nu at gøre gældende, at deres erstatningskrav kan støttes på andre faktiske omstændigheder og juridiske synspunkter end dem, der indgik i den konkurrenceretlige afgørelse i myndighedssagen.

Retten giver således Elsam medhold i påstanden om frifindelse over for sagsøgernes påstande i stævningen af 20. november 2007 og har herefter ikke anledning til at tage stilling til sagsøgernes øvrige synspunkter til støtte for at fortsatte sagen ved retten.”

Anbringender

Energi Danmark A/S m.fl. har anført navnlig, at sagen rejser en række principielle spørgsmål, som har betydning for retsanvendelsen og retsudviklingen samt væsentlig rækkevidde i øvrigt, jf. retsplejelovens § 368, stk. 4, 2. pkt. Det er et principielt spørgsmål, hvorvidt og i hvilket omfang dommen i myndighedssagen mellem Elsam og Konkurrencerådet skal tillægges materiel retskraft i erstatningssagen, som angår andre retlige forhold og andre parter, herunder biintervenienter i myndighedssagen. Det er endvidere et principielt spørgsmål, hvorvidt og under hvilke omstændigheder en part ved en adfærd kan anses at have afgivet en ”de facto proceserklæring”, som afskærer parten fra at gøre yderligere anbringender gældende under en retssag, uanset at der ikke er indtrådt præklusion. Det er yderligere et principielt spørgsmål, om det kan opstilles som en forudsætning for et erstatningskrav, som er baseret på, at skadevolder har begået en overtrædelse af konkurrencereglerne, at der foreligger en endelig myndighedsafgørelse, der fastslår en overtrædelse af konkurrencereglerne, herunder om en sådan forudsætning er i overensstemmelse med praksis fra EU-Domstolen. Endelig er det et principielt spørgsmål, om det EU-retlige effektivitetsprincip er overholdt, hvis udfaldet af myndig-

hedssagen tillægges materiel retskraft i erstatningssagen, uanset *at* appellanterne ikke var parter i myndighedssagen, *at* udfaldet af myndighedssagen beror på en række fortrolige oplysninger, som appellanterne ikke har kendskab til, og *at* dommen i myndighedssagen ikke fastslår, at Elsams priser var lovlige, men alene at Konkurrencerådets afgørelsesgrundlag var utilstrækkeligt.

Ørsted Bioenergy & Thermal Power A/S har anført navnlig, at sagen ikke er af principiel karakter, og at betingelserne for, at der kan ske anke direkte til Højesteret, derfor ikke er opfyldt, jf. retsplejelovens § 368, stk. 4, 2. pkt. SØ- og Handelsrettens dom rejser ikke et principielt spørgsmål om materiel retskraft, idet dommen er i overensstemmelse med retspraksis, hvorefter tredjepart kan blive bundet af en doms materielle retskraft, hvis dette følger af lovhjemmel eller aftale, eller hvis omstændighederne i øvrigt taler for det. Dommen er udtryk for en konkret bevisbedømmelse af, om det retlige spørgsmål, som appellanterne ønsker prøvet i erstatningssagen, er det samme retlige spørgsmål, som var genstand for prøvelse i myndighedssagen, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt Elsams priser var urimeligt høje. SØ- og Handelsrettens dom rejser endvidere ikke et principielt spørgsmål om, hvornår en bindende proceserklæring kan anses for afgivet. Også dette spørgsmål beror på en konkret bevisbedømmelse. Den indankede dom rejser heller ikke i øvrigt principielle spørgsmål. Det er ikke korrekt, at dommen opstiller som en forudsætning for erstatning, at der foreligger en myndighedsafgørelse, der fastslår overtrædelse af konkurrencereglerne, ligesom dommen ikke er udtryk for en tilside-sættelse af det EU-retlige effektivitetsprincip.

Højesterets begrundelse og resultat

Af retsplejelovens § 368, stk. 4, 2. pkt., som affattet ved lov nr. 84 af 28. januar 2014 om ændring af retsplejeloven mv. (Sagstilgangen til Højesteret), fremgår, at domme, der er afsagt af SØ- og Handelsretten, kan ankes til Højesteret,

”hvis sagen er af principiel karakter og har generel betydning for retsanvendelsen og retsudviklingen eller væsentlig samfundsmæssig rækkevidde i øvrigt, eller hvis andre særlige grunde i øvrigt taler for, at sagen behandles af Højesteret som 2. instans.”

Den indankede dom angår navnlig, om Vestre Landsrets dom af 24. maj 2018 i myndighedssagen mellem Ørsted Bioenergy & Thermal Power A/S (tidligere Ørsted A/S, DONG Energy A/S og Elsam A/S) og Konkurrencerådet har bindende virkning for appellanterne i nærværende erstatningssag, herunder som følge af biintervenienternes adfærd i myndighedssagen og en

eventuel proceserklæring. Afgørelsen heraf beror navnlig på en konkret vurdering af en række særegne omstændigheder ved forløbet og indholdet af sagerne.

Højesteret finder herefter, at betingelserne for anke til Højesteret ikke er opfyldt, jf. retsplejelovens § 368, stk. 4, 2. pkt. Højesteret afviser derfor anken, jf. retsplejelovens § 368, stk. 6, 2. pkt., jf. stk. 4, 2. pkt.

Thi bestemmes:

Denne ankesag afvises fra Højesteret.