

UDSKRIFT

AF

HØJESTERETS ANKE- OG KÆREMÅLSUDVALGS DOMBOG

HØJESTERETS KENDELSE

afsagt torsdag den 13. oktober 2011

Sag 13/2011

Konkurrencerådet

(kammeradvokaten ved advokat Jacob Pinborg)

mod

DONG Energy A/S (tidligere Elsam A/S)

(advokat Christian K. Lauridsen)

Biintervenienter:

Energi Danmark,

Scanenergi A/S og

OK a.m.b.a.

(advokat Henrik A. Oldenhoff Holtse for alle)

I tidligere instans er afsagt kendelse af Sø- og Handelsretten den 5. november 2010. Procesbevillingsnævnet har den 29. december 2010 meddelt tilladelse til, at kendelsen indbringes for Højesteret.

I påkendelsen har deltaget fem dommere: Per Walsøe, Lene Pagter Kristensen, Thomas Rørdam, Michael Reklings og Lars Hjortnæs.

Påstande

Kærende, Konkurrencerådet, har nedlagt påstand om, at Sø- og Handelsrettens kendelse ændres, således at indkæredes begæring om syn og skøn ikke tages til følge.

Indkærede, DONG Energy A/S, har påstået stadfæstelse.

Indkæredes påstand er tiltrådt af biintervenienterne Energi Danmark A/S, Scanenergi A/S og OK a.m.b.a..

Sagsfremstilling

Ved afgørelse truffet af Konkurrencerådet den 20. juni 2007 fandt rådet det dokumenteret, at Elsam A/S havde misbrugt sin dominerende stilling på engros-elmarkedet i Vestdanmark til at opnå urimeligt høje priser. I afgørelsens resumé hedder det om baggrunden for sagen:

7. ... Elsam [er] i store dele af 2005-06 er såkaldt "residual monopolist", dvs. at Elsams indenlandske og udenlandske konkurrenter ikke kan dække hele den vestdanske efterspørgsel, og at Elsam derfor i et betydeligt omfang kan fastsætte elprisen i Vestdanmark uafhængigt af andre markedsaktører.

8. Elsams indmeldte udbudskurver til Nord Pool understreger endvidere, at Elsam besidder markedsmagt på det vestdanske marked. Det skyldes fx, at der ikke er sammenhæng mellem Elsams udbudskurve og Elsams omkostninger ved at producere el. Endvidere indebærer Elsams anvendte prisstrategi på Nord Pool, at der i nogle timer skabes flaskehalse på forbindelserne til Norge/Sverige, så Vestdanmark bliver et særskilt prisområde på el-børsen med en høj pris. Tilsvarende betyder prisstrategien i andre timer, at der ikke bliver skabt flaskehalse til Norge/Sverige. Derved undgår Vestdanmark at blive et særskilt prisområde med en lav pris.

9. Elsam kan dermed – i kraft af sin position som residual monopolist på det vestdanske marked – ved sin budstrategi reelt bestemme, om der skabes flaskehalse på forbindelserne og dermed sikre en højere pris i Vestdanmark, end der ville være tilfældet under virksom konkurrence.

10. Det er vurderingen, at Elsam i alle timer i 2005-06 indtager en dominerende stilling på det relevante marked, da Elsam besidder den fornødne markedsmagt til at handle uafhængigt af andre aktører. Uanset om Elsam vælger i en konkret time at udnytte sin stilling til fx at skabe eller forhindre en flaskehals for at opnå høje priser eller ej, vurderes det, at den veldokumenterede mulighed for at handle uafhængigt af andre aktører, er afgørende – og tilstrækkelig – for at kravet om tidsmæssig udstrækning af dominansen er opfyldt.

...

12. Konkurrencestyrelsen anvender en misbrugstest til at vurdere, hvorvidt Elsam har misbrugt sin dominerende stilling i 2005-06 til at opnå urimeligt høje priser. Den anvendte misbrugstest lå også til grund for Konkurrencerådets afgørelse i Elsam II sagen. Testen sammenligner forholdet mellem Elsams priser og omkostninger som foreslået af EF-domstolen i United Brands-sagen.

13. Misbrugstesten inkluderer – i modsætning til Elsam II sagen – Elsams omkostninger ved brug af CO₂-kvoter, da dette kvotesystem blev indført med virkning fra 1. januar 2005. Elsam har i 2005-06 kun få faktisk afholdte omkostninger til CO₂ pga. de gratis tildelte kvoter fra den danske stat. CO₂ kan dog udgøre en såkaldt alternativ-omkost-

ning for Elsam, da selskabet i et vist omfang har mulighed for at undlade at producere el og i stedet sælge de tildelte gratiskvoter på en markedsplads for CO2-kvoter.

14. Ud fra et forsigtighedshensyn inkluderer misbrugstesten et såkaldt "CO2-tillæg", hvori 100 pct. af den relevante CO2-pris indregnes. CO2-tillægget kompenserer herved Elsam for den maksimale økonomiske værdi af selskabets CO2-kvoter...

15. Misbrugstesten består af i alt syv tests (A-G):

16. Test A identificerer de såkaldte "kritiske timer". Det er kendetegnende for en kritisk time, at Elsam i denne time opnår en pris på det vstdanske marked, der er væsentlig højere end Elsams faktisk afholdte omkostninger i den tilsvarende time. I en kritisk time har Elsam således opnået en fortjeneste, der er væsentlig højere, end hvad der kan opnås på et marked med virksom konkurrence.

17. Test B bekræfter, at prisen i de kritiske timer i sig selv er urimelig. Det sker ved at sammenligne prisen i de kritiske timer med prisen i tilsvarende ikke-kritiske timer. Ved en tilsvarende time forstås en time på samme tidspunkt i døgnet men på en anden dag.

18. Samlet set viser misbrugstesten, at Elsam i 2005-06 har opnået urimeligt høje priser i 1.484 timer, og det hertil knyttede forbrugertab kan opgøres til ca. 111 mio. kr., jf. tabel 1a."

Konkurrencerådets afgørelse blev indbragt for Konkurrenceankenævnet, idet Elsam bl.a. anfægtede beregningsgrundlaget for Konkurrencerådets afgørelse. I Konkurrenceankenævnets kendelse af 3. marts 2008 er Elsams indsigelser gengivet således:

"For det tredje er der i forhold til Elsam II-sagen en ændring i egenkapital forrentningen, der indgår som et centralt element af misbrugstest A.

Da Konkurrencerådet traf sin afgørelse den 20. juni 2007 var afgørelsen baseret på oplysninger om den gennemsnitlige indtjening i danske industrivirksomheder i 2001 til 2003 – præcis som i Elsam II-sagen. Vi har gjort gældende, at dette var et forældet datagrundlag, og Konkurrencestyrelsen har så – på rådets vegne naturligvis og gennem sin advokat – erklæret sig enig i, at datagrundlaget for egenkapitalforrentningen skulle opdateres. De nye tal fra Danmarks Statistik, som er fra 2003 til 2005, viser en gennemsnitlig forrentning for dansk industri generelt på 22 %. Det tilsvarende tal i Elsam II-afgørelsen var 10 %. Problemet herved er, at Konkurrencestyrelsen derved har underkendt og ændret rådets grundlag for den indankede afgørelse. Den indankede rådsafgørelse identificerede 1.484 kritiske timer, medens de 22 % fører til blot 95 kritiske timer.

Dette forhold må i sig selv føre til, at afgørelsen ophæves eller i det mindste ophæves og hjemvises til fornyet behandling. Rådet skal have mulighed for at vurdere betydningen af, at man ser på et markant lavere antal kritiske timer end 1.484 som grundlag for at statuere, at der findes en strategi, som udgør misbrug.

95 timer ud af en periode på to år vil under alle omstændigheder være for få timer til, at det kan udgøre misbrug. Det vil aldrig kunne være udtryk for en "strategi" eller have den karakter eller det omfang, som må kræves efter artikel 82. Men det har rådet ikke fået mulighed for at tage stilling til.

For det fjerde bemærkes, at "den gennemsnitlige forrentning for dansk industri generelt" ikke udregnes som et gennemsnit, men efter en konstrueret beregningsmetode. Beregningsmetoden ses ikke anvendt hverken i Elsam II-sagen eller tidligere i Elsam III-sagen ved rådets afgørelse af 20. juni 2007.

I den forbindelse kan henvises til rådsafgørelsens punkt 465 og 466, hvor det fremgår, at det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at misbrugstesten af forsigtighedshensyn skal tillade Elsam en fortjeneste, der sikrer selskabet en egenkapitalforrentning svarende til "gennemsnittet af egenkapitalforrentningen i dansk industri generelt".

Imidlertid siger Konkurrencestyrelsen under den skriftlige forberedelse af ankesagen her, at der skal foretages en efterberegning af gennemsnittet. Det er igen ikke rådet, idet denne sag jo ikke har været drøftet i det kollegiale organ, Konkurrencerådet, siden 20. juni 2007.

I efterberegningen er tre elementer indgået.

For det første ses ikke længere på dansk industri generelt, men kun på visse brancher, idet bagervirksomhed – som har en høj forrentningsgrad – tages ud uden at styrelsen har forklaret, hvorfor de ikke er en del af dansk industri generelt. Ændringen synes alene at have til formål at reducere forrentningsgraden.

For det andet frasorterer man for såkaldte "ekstreme observationer" eller – altså andre ekstreme observationer end bagervirksomhed. Selvom man frasorterer både nogle høje og også nogle få lave, er resultatet igen en reduktion af forrentningsgraden.

Endelig for det tredje gang man – den således nu allerede reducerede egenkapitalforrentning – med en såkaldt "beta-værdi", som er mindre en 1. Dette er for at afspejle, at en elproducent bør have en lavere forrentning end "dansk industri generelt" – selv efter frasortering af bagervirksomhed og andre ekstreme observationer.

Gør man dette, blive de 22 % reduceret til 14 %, og antallet af kritiske timer stiger fra 95 til 784."

Konkurrencerådets bemærkninger hertil er gengivet således i Konkurrenceankenævnets kendelse:

"... Konkurrencerådet har yderligere vedrørende misbrugsvurderingen anført, at rådet finder anledning til for det første at fremhæve, at rådets afgørelse bygger på et helt unikt og meget omfattende datamateriale, og rådet har ved beregningerne anvendt de af Elsam indsendte tilgængelige data og oplysninger.

For det andet, er det i sagens natur ikke muligt præcist at fastlægge, hvad der udgør den "rigtige" pris, hvorfor rådet i misbrugstesten har indføjet en række sikkerhedsmarginer,

der medfører, at der er indbygget en endog meget høj tærskel, førend timer identificeres som kritiske. På trods heraf identificerer testen et betydeligt antal kritiske timer.

Og for det tredje, så indeholder de fremlagte bilag B-F en klar og utvetydig dokumentation for, at Elsam i en lang række timer har opnået priser, der er uden sammenhæng med omkostningerne og ligger endog meget højt (i mange tilfælde over 100 % og endda i nogle tilfælde over 200 %) over den i forvejen meget høje tærskel indbygget i misbrugstesten, hvilket har medført et betydeligt forbrugertab. Elsam har ikke kunnet give nogle objektive begrundelser for, hvorfor priserne er så høje, som det fremgår af listerne i bilag B-F.

Når tallene i bilagene sammenholdes med Konkurrencerådets test a og b, bliver resultatet ganske klart, idet bilagene B-F viser Elsams adfærd i den konkrete time og herunder svingningerne i priserne fra time til time, mens test a og b viser misbruget i et større perspektiv over den vurderede periode.

Begge dokumentationsgrundlag udviser samme resultat, nemlig at Elsams priser i mange timer i den vurderede periode har været urimeligt høje, og hver enkelt af disse timer kan udpeges konkret som sket ved bilagene B-F. Konkurrencerådet har således ved test a og b samt bilagene B-F til fulde dokumenteret det stedfundne misbrug.

...

Samlet foreligger der en omfattende og solid dokumentation for, at Elsam har misbrugt sin dominerende stilling, og der er ikke belæg for Elsams anbringender om, at misbrugstesten ikke er robust. Der er ikke tale om, at Elsam bliver ”fanget” af små marginaler i sagen, men derimod om, at der foreligger klar dokumentation for, at Elsam i betydeligt omfang har opnået urimelige priser.

...

Elsam har fremsat en række indsigelser mod den egenkapitalforrentning, der indgår som led i misbrugstesten. Det skal hertil bemærkes, at Konkurrencerådet ved misbrugsvurderingen har anvendt den gennemsnitlige forrentning i dansk industri i årene 2001-2003. Dette skyldes, at oplysninger for 2005-niveauet ikke forelå i fornødent omfang på tidspunktet for afgørelsen.

Rådet har som bilag F fremlagt en ny beregning af kritiske timer baseret på en mark up udregnet på baggrund af den gennemsnitlige egenkapitalforrentning i dansk industri i 2003-2005. Denne nye beregning identificerer 784 timer som kritiske, ... hvor Elsam har opnået urimeligt høje priser, og det dertil knyttede forbrugertab kan opgøres til ca. 57 mio. kr. (ca. 10,7 mio. kr. i 1. halvår 2005, ca. 34,5 mio. kr. i 2. halvår 2005, ca. 8,1 mio. kr. i 1. halvår 2006 og ca. 3,7 mio. kr. i 2. halvår 2006)

...

Om beregningen skal det bemærkes, at tallene bygger på egenkapitalforrentningen før skat beregnet ud fra oplysninger fra Danmarks Statistik. Ved gennemsnitsberegningen har rådet dog udeladt enkelte ekstreme observationer.

Den herved fremkomne gennemsnitlige egenkapitalforrentning er herefter ganget med en beta-værdi, der er udtryk for risikoen ved investering i den pågældende branche. Til forskel fra Elsam II-sagen er der i den nye beregning (bilag F) anvendt en højere beta-

værdi (gennemsnittet af beta-værdierne for 2003-2005) end i Elsam II-sagen (hvor gennemsnittet af beta-værdierne i 2001-2003 blev anvendt). Var den samme beta-værdi blevet anvendt, ville forrentningen være blevet 12 %.

...

Det må medgives, at bemærkningerne om fremgangsmåden både i Elsam II-afgørelsen og den indklagede afgørelse kunne have været klarere, men den generelle fremgangsmåde er dog beskrevet i et vist omfang, og der er henvist til den relevante hjemmeside, hvorfra beta-værdien er hentet...

Under Elsam II-sagen og rådsbehandlingen af nærværende sag havde Elsam endvidere ingen bemærkninger til den fastsatte gennemsnitlige egenkapitalforrentning på 10 % før skat, og rådet fandt det derfor ikke nødvendigt med yderligere udredninger om baggrunden for beregningerne. Herved skal det fremhæves, at rådet umiddelbart antog, at det måtte være klart for Elsam, at den gennemsnitlige egenkapital før skat var blevet reduceret med en faktor i form af beta-værdien, da den gennemsnitlige egenkapitalforrentning i dansk industri ret oplagt måtte være højere end de 10 % før skat.

Rådet skal dog naturligvis beklage, at forholdet ikke er fremgået klarere af afgørelserne og at Elsam tilsyneladende ikke tidligere har modtaget oplysninger om den præcise fremgangsmåde. Rådet skal dog understrege, at de nødvendige oplysninger straks er fremlagt i svarskriftet, da rådet blev opmærksom på, at Elsam ikke længere var enig i den fastsatte rimelige fortjeneste, men anfægtede opgørelsen af den gennemsnitlige egenkapital i dansk industri, der lå bag fastsættelsen.

Selv om fremgangsmåden ikke klart fremgår af afgørelsen, så fremgår det udtrykkeligt både i afgørelsen og i det regneark, der beregner de kritiske timer, og som Elsam har fået stillet til rådighed under sagen, hvilken forrentning der er indregnet. Elsam kan ikke have været i tvivl herom.

Yderligere skal det understreges, at der er indlagt så mange sikkerhedsmargener i misbrugstesten, at Elsam overkompenseres i betydelig grad i forhold til omkostningerne i det eksterne regnskab. Elsam får derfor utvivlsomt dækket sine omkostninger inklusiv en rimelig fortjeneste. Herved kan også henvises til misbrugstest c, der viser, at den høje indtjening i de kritiske timer ikke var nødvendig for at sikre Elsam en rimelig fortjeneste."

Konkurrenceankenævnet har i sin kendelse udtalt følgende om rådets beregninger, herunder brugen af den såkaldte misbrugstest A:

"11.4 Egenkapitalforrentningen

11.4.1 ... Det er DONG's opfattelse, at forrentningsgraden er alt for lav som følge af mangler i grundlaget for dens fastsættelse. DONG påstår opgørelsen ophævet med henvisning til, dels at det faktuelle grundlag for den trufne afgørelse, var forkert, jf. den markante forskel mellem bilag A og bilag F, dels at der til skade for DONG er ændret beregningsmetode fra bilag A til bilag F uden saglig grund.

11.4.2 Ankenævnet er imidlertid enig med Konkurrencerådet i, at det for den trufne afgørelses lovlighed og gyldighed i så henseende afgørende er, om egenkapitalforrentning indgår i misbrugstesten med en rimelig størrelse. Ankenævnet bemærker herved, at der for så vidt angår fastsættelsen af egenkapitalforrentningen og andre relevante parametre til brug for en misbrugstest – inden for rammerne af det sagligt funderede – må indrømmes Konkurrencerådet en vid skønsmargin...

11.4.3 Heller ikke det, som DONG i øvrigt har anført om egenkapitalforrentningen, kan anses for at udgøre mangler ved den påklagede afgørelse af betydning for dennes lovlighed og gyldighed.

11.5 Misbrugstesten

11.5.1 DONG har anført, at misbrugstest A ved at sammenholde gennemsnitsomkostninger ved at producere en kilowatttime baseret på Elsams samlede årlige omkostninger med den faktiske engrospris pr. enkelttime i 3- og 10-timers intervaller lider af en fundamental metodisk fejl, som ikke opvejes af de anvendte tillæg til gennemsnitsomkostningerne, og at testen ikke har den fornødne robusthed, hvilket ændringen af antal kritiske timer fra 1484 til 784 illustrerer. Test A kan ikke stå alene, og test B er ikke en selvstændig test. DONG har videre anført, at testen ved at være baseret på regnskabstal, som først kendes lang tid efter indmeldingerne til Nord Pool, ikke kan anvendes som grundlag for prisindmelding og derfor ikke giver Elsam mulighed for at sikre, at der bydes ind, så det ikke risikeres senere at blive konfronteret med misbrug ud fra beregninger af ”kritiske timer”.

...

11.5.3 Ankenævnet bemærker indledningsvist, at Elsam II-sagen havde sin baggrund i henvendelser i efteråret 2003 fra de særlige organer med opgaver af betydning for elmarkedets optimale funktion til Konkurrencestyrelsen om prisdannelsen på engrosmarkedet for fysisk el i Vestdanmark – dels fra det vstdanske systemansvar Eltra, som mente, at Elsam manipulerede markedet, dels fra Nord Pool i anledning af, at Vestdanmark den 2. september 2003 havde de højeste gennemsnitlige spotpriser, som nogensinde var realiseret i Nord Pool-området. Den af Elsam i hele perioden fra 1. juli 2003 til 30. juni 2006 fulgte prisstrategi ved indmelding til Nord Pool har ikke været marginalomkostningsbaseret, men naboprisorienteret – en strategi, som kan indebære misbrug af dominerende stilling i form af urimelige priser. Ved bedømmelsen heraf har Konkurrencerådet ikke kunnet gøre anvendelse af en alment anerkendt, veletableret metode, idet der er tale om en ny, særegen og kompleks problemstilling.

11.5.4 Efter en samlet bedømmelse af Konkurrencerådets undersøgelse og analyser tiltræder Ankenævnet – ligesom Elsam II-sagen – af de grunde, der er anført af Konkurrencerådet, at den samlede analyse omfattende misbrugstest A sammenholdt med misbrugstest B og de øvrige tests samt bilag A og F sammenholdt med bilag B, C, D og E og de i øvrigt foreliggende oplysninger har et grundlag og er gennemført på en måde, så det i hvert fald er så pålideligt påvist, at det kan anses for bevist i overensstemmelse med de beviskrav, der stilles efter konkurrenceretten i Danmark og EU, at Elsam i 2005 og 1. halvår af 2006 havde mulighed for i ikke uvæsentligt omfang at styre prisdannelsen på et marked for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark og i ikke uvæsentligt omfang gjorde det det i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1/EF-traktatens artikel 82, stk. 1, jf. stk. 2, litra a. Misbrugsbedømmelsen inddrager

således alle tilgængelige oplysninger om markedet og dets funktion i perioden, om Elsams stilling på markedet, Elsams omkostninger, budkurver osv.; den er gennemført på en måde, som indebærer skønmæssige valg, der imidlertid alle må anses for sagligt velbegrundede og overbevisende. Der er ingen oplysninger afgivet om Elsams forhold, der ikke er indgået i afgørelsen. DONG's indsigelser vedrører i realiteten da også den skønmæssige afvejning af, om priserne er urimelige – de er ikke baseret på en fremdragelse af objektive forhold, som begrunder priserne i de fremdragne timer i 2005 og 1. halvår af 2006. Misbrugstest A har sine svagheder, men indgår imidlertid i en helhed, som må anses for at være en til sagens problemstilling på grundlag af hidtidig praksis rimeligt tilpasset og forsvarligt anvendt analyse.”

Elsam A/S, nu DONG Energi A/S, har ved stævning af 28. april 2008 indbragt konkurrencemyndighedernes afgørelser for Sø- og Handelsretten med påstand om delvis ophævelse.

Anbringender

Konkurrencerådet har til støtte for sin påstand om, at der ikke skal udmeldes syn og skøn, anført bl.a., at vurderingen af, om en adfærd udgør misbrug i form af urimeligt høje priser, afhænger af en række skønmæssige valg i forhold til opgørelsen af omkostningsgrundlag m.v. Disse valg ligger alle inden for et område, hvor konkurrencemyndighederne på grund af deres særlige sammensætning og indsigt i komplicerede økonomiske og konkurrenceretlige forhold må have et vidt skøn, jf. også konkurrencelovens § 21, stk. 1 og 2, hvorefter Konkurrenceankenævnet har en særlig erfaring, kompetence og indsigt i at foretage skønmæssige vurderinger i konkurrencesager, og konkurrencelovens § 20, hvorefter der er krav om udnyttelse af rekurs, inden konkurrencesager kan komme for domstolene. Såfremt den linje, som Sø- og Handelsrettens flertal har fastlagt ved kendelsen, følges fremover, vil det have vidtrækkende og af lovgiver utilsigtede følger for behandlingen af konkurrencesager ved domstolene, ligesom kendelsen vil kunne forrykke den balance og kompetencefordeling mellem domstolene og Konkurrenceankenævnet, som følger af praksis. Endvidere vil der være en betydelig risiko for, at Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet reelt overflødiggøres, såfremt myndighedernes sagkyndige vurdering kan ”overprøves” af en mere eller mindre tilfældigt udpeget syns- og skønsmand. Det bemærkes i den forbindelse, at ingen af Konkurrencerådets eller Konkurrenceankenævnets jurister og økonomer, der har en betydelig indsigt og erfaring i de forhold, der ønskes syn og skøn om, og som var bekendt med Elsams indsigelser, har fundet, at misbrugsvurderingen indeholdt elementer, der var i strid med økonomisk teori. Hertil kommer, at det vil være svært at finde en syns- og skønsmand, som har en sådan ekspertise inden for konkurrenceret og konkurrenceøkonomi, at han eller hun kan matche den

samlede kompetence hos de af lovgiver udpegede medlemmer af Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet.

Konkurrencerådet har videre anført, at DONG kunne have fremlagt udtalelser og erklæringer uden begrænsninger for konkurrencemyndighederne og derved have opnået Konkurrenceankenævnets upartiske og sagkyndige vurdering af, om Konkurrencerådets afgørelse var i strid med relevant økonomisk teori. DONG kunne således fuldt ud varetage sine interesser, uden at det var nødvendigt at udmelde syn og skøn herom under en senere retssag.

Endelig har Konkurrencerådet anført, at misbrugstesten kun udgør en del af Konkurrenceankenævnets afgørelse og at syn og skøn også af den grund er overflødigt.

Biintervenienterne har til støtte for deres påstand bl.a. tiltrådt Konkurrencerådets anbringende om, at en tilladelse til syn og skøn vil forrykke balancen mellem den offentlige forvaltning og domstolene, idet Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har både betydelig juridisk og økonomisk kompetence. DONGs dagsorden med begæringen om syn og skøn er i øvrigt i virkeligheden at få en opgørelse af det nøjagtige omfang af markedsmisbruget, uanset at dette rettelig hører hjemme i den parallelle erstatningssag, som biintervenienterne har anlagt mod DONG.

DONG Energy A/S har til støtte for sin påstand anført bl.a., at det ikke vil forrykke balancen og kompetencefordelingen mellem domstolene og konkurrencemyndighederne, hvis der udmeldes syn og skøn, da en skønsmand – hvis udpegning næppe kan karakteriseres som tilfældig – ikke har eller får kompetence til at afgøre sagen. Det er domstolenes opgave at træffe afgørelse i sagen, herunder at tage stilling til sagens beviser, og en skønsrapport udgør et sådant bevis med den værdi, som retten finder, at den skal have. Hvis man skulle følge Konkurrencerådets synspunkt, ville man reelt aldrig kunne opnå tilladelse til syn og skøn, hvis der er tale om at prøve en forvaltningsafgørelse, hvilket ikke er gældende ret. Der er således flere eksempler i retspraksis på, at der udmeldes syn og skøn i forbindelse med prøvelsen af forvaltningsretlige afgørelser, også selv om disse afgørelser indebærer et betydeligt skøn.

Med hensyn til, om der kan udmeldes syn og skøn med henblik på en vurdering af, om konkurrencemyndighedernes beregninger er i overensstemmelse med herskende økonomisk teori,

er udgangspunktet, at alt, hvad der ikke er jus, er faktum, hvorfor økonomisk teori også må anses for et bevis om faktuelle forhold, som kan indgå i domstolenes vurdering. Endvidere spiller økonomisk teori ubestrideligt en vigtig rolle for hovedsagen, idet det udtrykkeligt fremgår af rådets afgørelse, at misbrugstest A er opbygget i henhold til et klart defineret økonomisk normsæt. Konkurrencemyndighedernes metoder er ikke i overensstemmelse med økonomisk teori, hvorfor der heller ikke er tale om, at myndighederne har foretaget et valg mellem flere ligeværdige alternativer i henhold til økonomisk teori.

Højesterets begrundelse og resultat

Højesteret bemærker indledningsvis, at sagen vedrører spørgsmålet, om der til brug for den for Sø- og Handelsretten verserende sag skal indhentes en sagkyndig erklæring eller udmeldes syn og skøn om de temaer, der er angivet i udkast til syns- og skønstema af 21. maj 2010 (bilag 33) for så vidt angår de spørgsmål, om hvis besvarelse parterne ikke er enige.

Der er også for Højesteret enighed om, at der med denne afgørelse i givet fald ikke skal tages stilling til, i hvilket omfang de enkelte spørgsmål i skønstemaet kan godkendes.

Af de grunde, der er anført af Sø- og Handelsrettens flertal, stadfæster Højesteret kendelsen.

Thi bestemmes:

Sø- og Handelsrettens kendelse stadfæstes.

--oo0oo--

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Højesteret, den 13. oktober 2011.



Kirsten Lohmann

kontorfuldmægtig