



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 23. maj 2022

Sag BS-25048/2021-OLR
(10. afdeling)

Claus Østergaard Nielsen

og

Haarslev Invest ApS
(begge advokat Rasmus Vang og
advokat Michael Honoré)

mod

Haarslev Holding S.à.r.l.
(advokat Marianne Granhøj og
advokat Morten Kofmann)

Sø- og Handelsretten har den 1. september 2020 afsagt dom i 1. instans (sag BS-12270/2019-SHR).

Højesteret har i medfør af retsplejelovens § 368, stk. 6, 2. pkt., jf. stk. 4, 2. pkt., ved kendelse af 17. juni 2021 afvist Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS' anke til Højesteret.

Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS har herefter anket Sø- og Handelsrettens dom til landsretten.

Landsdommerne Malou Kragh Halling, Katja Høegh og Anne Bendfeldt Westergaard har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanterne, Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS, har nedlagt påstand svarende til deres principale påstand for Sø- og Handelsretten om, at voldgiftskendelsen afsagt den 20. december 2018 i sag E-2615 af den af Voldgiftsinstituttet udpegede voldgiftsret tilsidesættes som ugyldig.

Indstævnte, Haarslev Holding S.à.r.l., har påstået dommen stadfæstet.

Supplerende sagsfremstilling

Af protokol for voldgiftsretten af 20. november 2018 fremgår, at Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS under den mundtlige forhandling erklærede:

”Jakob Krag Nielsen oplyste, at klagerne ikke gør gældende, at Claus Østergaard Niensens aktive porteføljepleje og ejendomsadministration udgør en virksomhed, der er relevant for vurderingen efter konkurrencelovens § 6, stk. 1. Det forhold, at klagerne, så snart de frigøres fra konkurrenceklausulerne, umiddelbart er i stand til at påbegynde erhvervsmæssig aktivitet på markedet for renderingsudstyr, herunder ved at overtage Oestergaard A/S, udgør imidlertid virksomhed i konkurrencelovens forstand, jf. klagernes sammenfattende processkrift s. 12, smh. med s. 10 (dansk udgave).”

Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS har oplyst, at de fortsat er af den anførte opfattelse.

Anbringender

Parterne har gentaget de af deres anbringender for Sø- og Handelsretten, som angår den for landsretten nedlagte påstand.

Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS har i deres sammenfattende processkrift af 13. april 2022 yderligere gjort følgende anbringender gældende (henvisninger til ekstrakt og materialesamling samt fodnoter udeladt):

3. SAGENS KERNE

...

- Appellanterne har flere gange forsøgt at afhænde deres aktier til Altor. Dette har Altor afvist. Ligeledes har Altor nægtet appellanterne, at appellanterne kunne sælge sine aktier til tredjemand - uden at Altor gav nogen saglig begrundelse herfor.
- Den 13. november 2018 indgik Claus Østergaard Nielsen (via Haarslev Invest) en betinget købsaftale om overtagelse af Oestergaard-koncernen (via erhvervelse af holdingselskabet

Øster Holding 2017 A/S), der er en konkurrent til Selskabet. Dette er ubestridt.

- Overtagelsen af Oestergaard-koncernen var betinget af, at appellanterne blev frigjort af konkurrenceklausulerne. Dette er også ubestridt.
- Konkurrenceklausulerne afskærer således Claus Østergaard Nielsen fra at blive en aktuel konkurrent til Selskabet.

Det er nu 10 år siden, Altor købte Selskabet, og det er mere 5 år siden, at Claus Østergaard Nielsen blev opsagt som direktør og kort efter udtrådte af bestyrelsen i virksomheden. Men efter deres ordlyd gælder konkurrenceklausulerne fortsat. Ifølge ordlyden gælder de, så længe Altor ønsker at fastholde appellanterne til deres ejerskab af aktierne og herudover yderligere 2 år efter afståelsestidspunktet.

I sin voldgiftskendelse fandt voldgiftsretten, at Claus Østergaard Nielsen var en *potentiel konkurrent til Selskabet*, men fandt, at konkurrenceklausulerne ikke indebar en overtrædelse af konkurrencereglerne (artikel 101 TEUF og konkurrencelovens § 6) med henvisning til, at Claus Østergaard Nielsen ikke *aktuelt* udøvede en økonomisk aktivitet:

"It is true that Claus Østergaard Nielsen was and still is a potential competitor, but in 2012 none of the Claimants were engaged in economic activity"

Voldgiftsretten anlagde denne vurdering, også selv om konkurrenceklausulerne var (og fortsat er) den eneste grund til, at Claus Østergaard Nielsen ikke udøvede (og fortsat ikke udøver) en konkurrerende aktivitet.

Med sin kendelse har voldgiftsretten således blåstemplet en konkurrenceklausul, ifølge hvilken appellanterne på ubestemt tid er afskåret fra at konkurrere med indstævnte.

Voldgiftskendelsen og den påankede dom indebærer, at virksomheder kan fastholde mindretalsaktionærer og ansatte i evigtvarende konkurrenceklausuler og dermed i

...

5. INDLEDENDE BETRAGTNINGER AF RELEVANS FOR BEGGE HOVEDANBRINGENDER

EU's konkurrenceregler har som grundlæggende mål at sikre et velfungerende marked. Effektiv konkurrence gør det muligt for virksomheder at konkurrere på lige fod på tværs af medlemsstaterne, samtidig med at de sættes under pres for løbende at stræbe efter at tilbyde forbrugerne de bedst mulige produkter til de bedst mulige priser. Dette fremmer innovation og langsigtet økonomisk vækst. Konkurrencepolitikken er så-

ledes et centralt instrument til at opnå et frit og dynamisk indre marked og fremme den generelle økonomiske velfærd.

Formålet med konkurrencereglerne er således at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere, jf. også konkurrencelovens § 1:

...

Konkurrencereglerne anses for at være en grundlæggende bestemmelse, der er nødvendig for det indre markeds funktion (se C-453/99, *Courage & Crehan*, præmis 20).

Aftaler indgået i strid med konkurrencereglerne er derfor uden videre ugyldige og uden retsvirkning, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 2 ("*Aftaler og vedtagelser, som er forbudt efter stk. 1-3, er ugyldige ...*") og EUF-traktatens artikel 101, stk. 2 ("*De aftaler eller vedtagelser, som er forbudt i medfør af denne artikel, har ingen retsvirkning*") – vores understregning.

Da ugyldigheden efter artikel 101, stk. 2, er absolut, kan en aftale, som ifølge denne bestemmelse er uden gyldighed, hverken have virkning i retsforholdene mellem kontrahenterne eller gøres gældende over for tredjemand (se C-453/99, *Courage & Crehan*, præmis 22).

Konkurrencereglerne er således præceptiv lovgivning, hvilket betyder, at parterne ikke kan indgå indbyrdes aftaler eller forlige sager på en sådan måde, at konkurrencereglerne sættes ud af kraft.

De er endvidere "ufravigelige retsgrundsætninger" ("*ordre public*"), jf. sag C-126/97, *Eco Swiss*, præmis 39, citereret i den påankede dom side 134.

Overtrædelser af konkurrencelovgivningen er endvidere strafsanktionerede, og bødeniveauet kan være meget betragteligt, særligt i sager behandlet af EU-Kommissionen. Det maksimale bødeniveau er 10% af den samlede *koncernomsætning*. I kartelsager kan der i Danmark pålægges ledelsen fængselsstraf i op til 1 år og 6 måneder, jf. konkurrencelovens § 23, stk. 4.

Det gøres i lyset af ovenstående gældende, at to parter oplagt ikke kan indgå aftale om og efterfølgende ved voldgift tvinge hinanden til at handle i strid med konkurrencelovgivningen.

Det er hér vigtigt at erindre, at en voldgiftskendelse afsagt af en aftalebaseret voldgiftsret, som den foreliggende, alene har retskraft (positiv og negativ) *inter partes* og ikke *erga omnes*.

Voldgiftskendelsen giver derfor ikke beskyttelse i en sag rejst af fx konkurrencemyndighederne eller politiet.

Kendelsen giver heller ikke beskyttelse imod krav rejst af private parter, fx andre konkurrenter eller kunder, der er påvirket af adfærden og fx søger erstatning herfor.

Derved er voldgiftskendelsen fundamentalt forskellig fra en dom afsagt af de almindelige domstole, der har retskraft *erga omnes*. Hvis en dansk domstol ved (endelig) dom har anerkendt lovligheden af et aftalevilkår i lyset af fx konkurrencelovens § 6, vil denne dom efterfølgende kunne påberåbes i en sag rejst af konkurrencemyndighederne eller politiet. Logikken er klar, idet det er domstolene, der i sidste ende ville skulle afgøre lovligheden af sager afgjort af konkurrencemyndighederne eller indbragt for retten af politiet (hér: Statsadvokaten for Økonomisk og International Kriminalitet).

En voldgiftskendelse fra en aftalebaseret voldgiftsret har ikke denne virkning, da voldgiftsretten ikke er en "ret" i retsplejelovens forstand. En aftalebaseret voldgiftsret er som bekendt udpeget af sagens parter og opfylder ingen mindstekrav til fx juridisk uddannelse eller uafhængighed af sagens parter.

Det vil derfor være grundlæggende problematisk at sidestille en aftalebaseret voldgiftsret med en domstol og ukritisk overlade det til en voldgiftsret at træffe endelige afgørelse i sager af offentligretlig karakter.

Som udtrykt af i litteraturen er

'voldgiftsretter en særdeles uhomogen størrelse, der rækker fra retter med højesteretsdommere, erfarne advokater og professorer som medlemmer til retter, hvor voldgiftsdommerne ikke har juridisk uddannelse og ikke er egnede til at censurere uberettigede ønsker fra parterne'.

En aftalebaseret voldgiftsret er heller ikke en 'ret', der selv kan stille præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen i medfør af artikel 267 TEUF. Dette skyldes, at en voldgiftsret ikke er oprettet ved lov, ikke har permanent karakter og ikke er en obligatorisk retsinstans, jf. Eco-Swiss, præmis 34.

Det antages også i litteraturen, at en aftalebaseret voldgiftsret ikke har pligt til at påse EU-retten *ex officio*.

Voldgiftslovens § 27, stk. 2, indebærer *ingen pligt* for en voldgiftsret til at anmode en dansk domstol om at foretage en præjudiciel forelæggelse på sine vegne, ligesom der heller ikke er nogen pligt for en dansk domstol til at imødekomme en sådan anmodning, hvis den måtte foreligge. Det ville således være i strid med artikel 267 TEUF, hvis en voldgiftsdommer i sin egenskab af sidste-instans kunne træffe endelig afgørelse om fortolkningen af konkurrencereglerne uden samtidig at have en pligt til at foretage præjudicielle forelæggelser for EU-Domstolen i tilfælde af fortolkningstvivl, når EU-Domstolen netop stiller krav herom (jf. Eco Swiss-dommens præmis 40, se afsnit 7.2.1 nedenfor).

Endvidere er voldgiftsretten ikke omfattet af artikel 15 i forordning 1/2003. Dette betyder, at en voldgiftsret i modsætning til de nationale domstole ikke kan indhente vejledning hos EU-Kommissionen om de EU-retlige konkurrenceregler, jf. artikel 15, stk. 1 og 2, ligesom EU-

Kommissionen ikke kan assistere voldgiftsretterne ved at afgive indlæg for disse som *amicus curiae* på samme måde som over for nationale domstole, jf. forordningens artikel 15, stk. 3.

De almindelige retsgarantier for, at en dommer kan træffe materielt rigtige og retskraftige afgørelser om EUretten, er således ikke til stede, når en sag afgøres ved aftalebaseret voldgift.

Dette er selvsagt problematisk i sager, hvor den pågældende adfærd kan være i strid med *ordre public*, herunder indebære strafansvar.

Ovenstående betragtninger viser behovet for en effektiv domstolsprøvelse af voldgiftskendelser, hvis resultat kan være i strid med konkurrencereglerne.

Den nødvendige domstolsprøvelse kan i denne sag udøves i forbindelse med hvert af de to hovedanbringender. Enten kan de nationale domstole udøve en fuld prøvelse af voldgiftsretternes kendelser i sager vedrørende fortolkningen af ordre public-regler (hovedanbringende 2), eller de nationale domstole anses for enekompetente til at træffe afgørelser i sager, hvor parterne forpligtes til at udvise en fremadrettet konkurrencestridig adfærd (hovedanbringende 1).

6. UDDYBNING AF HOVEDANBRINGENDE 1 – MANGLENDE KOMPETENCE

Hovedanbringende 1 vedrører voldgiftsrettens kompetence i konkurrencesager og rækkevidden af VGL § 37, stk. 2, nr. 2, litra a, hvorefter en voldgiftskendelse kan tilsidesættes, hvis retten finder, at tvisten "efter sin art ikke kan afgøres ved voldgift".

Ifølge lovens forarbejder hænger bestemmelsen uløseligt sammen med spørgsmålet om *arbitrabilitet*, jf. voldgiftslovens § 6, der er sålydende (vores understregning):

"Tvister i retsforhold, som parterne har fri rådighed over, kan afgøres ved voldgift, medmindre andet er bestemt".

Af bestemmelsen følger, at hvis parterne ikke kan indgå aftale - herunder forlige spørgsmål - om sagens behandling (såkaldte indispositive sager), kan de heller ikke indgå voldgiftsaftale herom.

6.1. Dansk praksis på området

6.1.1. U.1999.829/1H

I U.1999.829/1H tog Højesteret stilling til en voldgiftskendelse om, hvorvidt en part havde overtrådt en bekendtgørelse om beregning af forbrugerpriser på lægemidler udstedt med hjemmel i apotekerlovens § 44.

...

6.1.2. U.2004.2572Ø

I U.2004.2572Ø udtalte Østre Landsret, at en tvist mellem ejerlejlighedsejere, *in casu* en ejerforening og en ejer, vedrørende sidstnævntes pligt til at fraflytte sin lejlighed ikke efter sin art kunne afgøres ved voldgift.

...

6.1.3. Advokatrådets betænkning fra 2003

...

6.1.4. Udenlandsk praksis: Dom fra Högsta Domstolen af 17. juni 2015 (*Systembolaget/Absolut*)

Advokatrådets og appellanternes fortolkning af VGL § 37, stk. 2, nr. 2, litra a) understøttes af den svenske højesteret (*Högsta Domstolen*), jf. dennes dom af 17. juni 2015 vedr. det svenske *Systembolaget*.

I sagen havde *Systembolaget* opsagt en aftale med én af sine leverandører, V&S (*Absolut*). Sidstnævnte anlagde herefter erstatningssag imod *Systembolaget* ved voldgiftsretten. Voldgiftsretten fandt, at ophævelsen af kontrakten udgjorde et misbrug af *Systembolagets* dominans og derved en overtrædelse af konkurrencereglerne (EUF-traktatens artikel 102), ligesom V&S skulle modtage erstatning herfor.

Konkret konstaterede *Högsta Domstolen* i sagen, at der var tale om et erstatningssøgsmaal vedrørende en ophørt adfærd (da aftalen var blevet opsagt), som voldgiftsretten derfor oplagt havde kompetence til at afgøre. Da voldgiftsretten havde fundet, at *Systembolaget* havde handlet i strid med konkurrencereglerne, var det ligeledes oplagt for *Högsta Domstolen*, at voldgiftskendelsen ikke var i strid med konkurrencereglerne (*ordre public*).

Dommen er af relevans for hovedanbringende 1, da *Högsta Domstolen* også forholder sig til spørgsmålet om voldgiftsretternes kompetence i konkurrencesager.

Kompetencespørgsmålet er nærmere reguleret i §§ 1 og 33, stk. 1, i den svenske voldgiftslov, hvoraf blandt andet fremgår, at "en tvist vedrørende spørgsmål, som parterne kan indgå forlig om, kan afgøres ved voldgift", og at "en voldgiftskendelse er ugyldig, hvis den afgør et spørgsmål, der ikke kan afgøres ved voldgift" (se dommens punkt 9, vores understregning).

De citerede bestemmelser svarer til §§ 6 og 37 i den danske voldgiftslov.

Dommens punkt 10, 11 og 13 er sålydende; vores oversættelse og understregning):

"10. Det fremgår af voldgiftslovens § 1, stk. 3, at en voldgiftsret kan træffe afgørelse om konkurrencerettens civile retlige virkninger mellem parterne. Bestemmelsen får kun betydning, når genstanden for tvisten ikke kunne forliges på tidspunktet for voldgiftskendelsen. [...]. Det skal hernæst bemærkes, at de civile retlige konsekvenser af en adfærd som er i strid med konkurrenceretten, kan forliges, når forliget ikke tager sigte på fremtidige forhold. Et eksempel herpå er krav om erstatning som følge af et påstået kontraktbrud [...]

11. Det faktum, at parterne ikke kan forlige en tvist vedrørende konkurrencereglerne, betyder således ikke nødvendigvis, at en voldgiftsret ikke har fornøden kompetence, så længe tvisten vedrører de civile retlige virkninger af konkurrenceovertrædelsen. [...]

13. Interessen i at opretholde tvungende konkurrenceretlig regulering må i sig selv veje tungt. Hvad angår spørgsmålet om, at ugyldighed fordrer, at der skal foreligge en åbenbar overtrædelse, så bør det holdes for øje, at en tvist om en aftale, som går ud på, at en part skal forpligte den anden til at handle på en konkurrencestridig måde, ikke kan afgøres ved voldgift (er indispositiv). En voldgiftskendelse, hvorved en sådan tvist afgøres, vil være ugyldig i medfør af § 33, stk. 1 i voldgiftsloven. [...]"

Som det fremgår af dommens præmis 13 finder Högsta Domstolen, at en aftale, hvorved en part skal forpligte den anden til at handle på en konkurrencestridig måde, ikke kan afgøres ved voldgift; den er indispositiv.

Kravet om, at ugyldighed fordrer, at der foreligger en "åbenbar krænkelse", gælder ikke i disse situationer.

På engelsk er præmis 13 sålydende:

*13. The upholding of the peremptory provisions of competition law is in and of itself important. With regard to the Act's requirement that the public policy must be obvious, it must be considered that a dispute involving an agreement which entails that a party is obliged to violate competition law is not eligible for arbitration.
[...]*

6.2. Denne sag vedrører de "offentligretlige aspekter" – og ikke de "civile retlige konsekvenser" af parternes adfærd

6.2.1. Generelle betragtninger om sontringen

Både Advokatrådet og Högsta Domstolen sondrer imellem de offentligretlige aspekter af en adfærd, der er i strid med konkurrenceretten (der ikke kan afgøres ved voldgift) og de civile retlige konsekvenser af en sådan adfærd (hvilket kan afgøres ved voldgift).

...

Ovennævnte sondring fremgår hverken af Højesterets dom i sag U.1999.825/1H eller Østre Landsrets dom i U.2004.2572Ø, men dette kan formentlig skyldes, at begge sager ubestridt vedrørte de offentlige aspekter af lovgivningen og normerede de relevante personers fremtidige adfærd. Det var derfor ikke fornødent at forholde sig til denne sondring.

Det kan være vanskeligt at foretage en stringent sondring mellem "civilretlige" og "offentligretlige" aspekter, herunder om et erstatningssøgsmål altid vil kunne føres ved en voldgiftsret.

Eksempelvis kan et erstatningssøgsmål indebære, at den ene part skal betale erstatning til den anden part for en adfærd, der er i strid med parternes aftale, men hvor aftalen samtidig er i strid med konkurrence-loven. I en sådan sag vil voldgiftsretten (normalt) have forholdt sig til aftalens mulige forenelighed med konkurrencelovgivningen, og voldgiftskendelsen må forventes at normere begge parter fremtidige adfærd, således at parterne fremover overholder den konkurrencestridige aftale.

Det virker derfor meningsfyldt, at et yderligere aspekt indgår i vurderingen af de civilretlige konsekvenser, nemlig om der er tale om de civilretlige konsekvenser af en afsluttet adfærd eller de civilretlige konsekvenser af en fortsat (og fremtidig) adfærd.

Dette kommer også til udtryk i Högsta Domstolens præmisser, når Högsta Domstolen udtaler, at "*de civilretlige konsekvenser af en adfærd som er i strid med konkurrenceretten, kan forliges, når forliget ikke tager sigte på fremtidige forhold*".

Det er uafklaret i retspraksis, om voldgiftsretters kompetence skal forstås sådan, at voldgiftsretten *generelt* eller *konkret* savner kompetence til at forholde sig til konkurrencereglerne.

I lyset af den foreliggende sags beskaffenhed og karakteristika, jf. afsnit 6.2.2 nedenfor, er det dog ikke afgørende, om voldgiftsretten *generelt* eller kun *i konkrete tilfælde* savner kompetence til at afgøre en konkurrenceretlig tvistesag.

Det er derfor kun for fuldstændighedens skyld, at vi skal bestride indstævntes bemærkninger om, at "*spørgsmålet om kompetence ... [er] et processuelt spørgsmål, som ikke skal eller kan behandles efter voldgiftsrettens stillingtagen til sagens materie, og som heller ikke kan besvares forskelligt beroende på den efterfølgende materielle vurdering.*"

De indstævntes argumentation bestrides. En domstol eller et tvistenævne kan således på en række områder være nødsaget til at tage stilling til sagens substans (helt eller delvist) for derved at afgøre processuelle spørgsmål – og navnlig spørgsmål om egen kompetence.

Et oplagt eksempel herpå er værnetingsreglerne i retsplejelovens § 243, hvor en domstol ofte foretager en indgående vurdering af sagens sub-

stans for at kunne træffe afgørelse om rette værneting og dermed egen kompetence.

Se eksempelvis Sø- og Handelsrettens kendelse af 12. november 2014 i sag A-0025-14, hvor Sø- og Handelsretten i sine præmisser først konstaterede, at der forelå en materiel krænkelse af sagsøgers rettigheder i henhold til danske lovregler, for derefter at kunne konkludere, at Sø- og Handelsretten var stedligt kompetent (i henhold til reglerne om deliktsværneting i rpl. § 243)

...

Havde Sø- og Handelsretten i sagen ikke fundet, at der rent materielt forelå en krænkelse af ophavsretsloven og/eller varemærkeloven, havde der ikke været et deliktsværneting, hvorfor forbudsbegæringen var blevet afvist af retten grundet manglende kompetence (manglende værneting).

Dette viser, at spørgsmålet om tvisteorganets kompetence meget vel kan blive afgjort efter, at der er foretaget en materiel vurdering af sagen.

Appellanternes fastholder således synspunktet om, at voldgiftsretten har kompetence til at påkende en sag, hvis den omtvistede adfærd (hér aftalevilkåret) anses for at være i strid med konkurrenceloven, mens den savner kompetence, hvis adfærden (aftalevilkåret) findes ikke at være i strid i konkurrenceloven, og sagen samtidig normerer parternes fremtidige adfærd.

6.2.2. I denne sag er der oplagt er tale om de offentligretlige aspekter af en fremtidig adfærd

Som allerede nævnt er ovenstående sondring uden betydning i denne sag, såfremt Landsretten er enig med appellanterne i, at voldgiftskendelsen normerer appellanternes fremtidige adfærd og derved har betydning for andre end de involverede parter – og derved involverer betydelige offentlige og almene interesser.

I denne sag indebærer konkurrenceklausulerne, at indstævnte forpligter appellanterne til at handle på en konkurrencestridig måde.

Konkurrenceklausulerne og voldgiftskendelsen pålægger appellanterne en adfærd, der ifølge appellanterne er i strid med tvingende offentligretlig regulering (konkurrenceloven) – på samme måde som (1) Danmarks Apotekerforenings mente, at Svoboda handlede i strid med offentligretlig regulering (Apotekerloven/lægemiddelreguleringen, jf. U.1999.825/1H) og (2) en ejerlejlighedsejer mente, at ejerforeningen agerede i strid med offentligretlig regulering (ejerlejlighedsloven, U.2004.2572Ø). I begge sager var voldgiftskendelserne normerende for den fremtidige adfærd, der skulle udvises af henholdsvis Svoboda og ejerlejlighedsejeren, og i begge tilfælde var voldgiftsretten ikke kompetent.

Det samme er tilfældet i denne sag, hvor voldgiftskendelsen normerer appellanternes *fremtidige adfærd*. Konkurrenceklausulerne i ejeraftalerne indebærer en pligt for appellanterne til at undlade at konkurrere med Selskabet på ubestemt tid.

Voldgiftskendelsen cementerer denne pligt, endog med risiko for strafferetlige sanktioner. Voldgiftskendelsen pålægger appellanterne en fremadrettet pligt til at afholde sig fra at konkurrere med indstævnte, idet appellanterne tilpligtes at anerkende gyldigheden af konkurrenceklausulerne:

"Claimants, Haarslev Invest ApS and Claus Østergaard Nielsen, must acknowledge that the restrictive covenants in the Shareholders' Agreement clause 10.2 and the Management Shareholders' Agreement clause 10.2 are valid and applicable in accordance with their wording."

Og voldgiftskendelsen søges håndhævet imod appellanterne, blandt andet i Spanien og USA, hvor indstævnte i Spanien kræver, at Claus Østergaard Nielsen ophører med konkurrerende virksomhed og i USA via selskabet Haarslev, Inc. har anlagt retssag mod Claus Østergaard Nielsen bl.a. under henvisning til, at han har overtrådt sin konkurrenceklausul i delstaten Missouri.

Derved er der i denne sag oplagt tale om de offentligretlige konsekvenser af de omtvistede aftalevilkår.

Det skal for god ordens skyld præciseres, at de civilretlige aspekter af en sag er de aspekter, som parterne har fri rådighed over, jf. også ordlyden af VGL § 37, stk. 2, nr. 2, litra a ...

Af bestemmelsen følger, at hvis parterne ikke kan indgå aftale - herunder forlige spørgsmål - om sagens behandling (såkaldte indispositive sager), kan de heller ikke indgå voldgiftsaftale herom.

De civilretlige konsekvenser vil typisk vedrøre spørgsmålet om erstatning (for en afsluttet adfærd), mens de offentligretlige aspekter omfatter spørgsmålet om en given adfærds (fortsatte) lovlighed – hvilket parterne selvsagt ikke frit kan indgå aftaler om.

De "offentligretlige aspekter" af en given adfærd sigter blandt andet til, at andre end de to parter berøres af den adfærd, som voldgiftsretten skal forholde sig til. Oplagte eksempler herpå kunne være overtrædelse af miljølovgivningen, sundhedslovgivningen eller markedsføringslovgivningen.

Disse typer af lovgivning er alle kendetegnet ved, at de værnere om offentligretlige interesser – og ikke kun parternes interesser.

Helt på samme måde som to parter ikke kan aftale sig fra at overholde fx miljølovgivningen, sundhedslovgivningen eller forbrugerbeskyttelsesloven, kan to parter heller ikke forpligte hinanden til at overtræde konkurrenceloven.

Det er også hér vigtigt at erindre, at en aftalebaseret voldgiftsret kun forholder sig til de anbringender, som parterne fremsætter, jf. forhandlingsmaksimen, og ikke antages at have en pligt til *ex officio* at forholde sig til forhold og anbringender, som parterne ikke har påberåbt sig – end ikke hvad angår konkurrenceretlige forhold.

Modsat har de almindelige domstole i visse tilfælde en forpligtelse til ex officio ("*på embeds vegne*") at påse, om parternes påstande vil føre til et resultat i strid med lov og ærbarhed, jf. **rp1 § 337**. Jf. Karnov-noten til § 337 kan blandt andet henvises til

...

Det følger også af EU-rettens effektivitetsprincip, at en domstol i visse tilfælde kan være forpligtet til at sikre sig, at en afgørelse ikke er i strid med EU-retten, jf. blandt andet sag C-312/93, Peterbroeck.

De indstævnte har i sagen anført, at der kun er tale om offentligretlige aspekter", hvis en given sag indebærer "*påbud og sanktionering*". Dette må klart afvises.

Sager om påbud og sanktionering vil ikke være civile sager mellem to civile parter, men være en sag mellem en part og den relevante påtaleberettigede offentlige myndighed (fx Anklagemyndigheden, Forbrugerombudsmanden, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, etc.). Disse sager kan selvsagt ikke afgøres ved voldgift.

Der henvises også til, at både U.2004.2572 Ø og U.1999.828/1H vedrørte civile søgsmål mellem to private parter. Højesteret og Østre Landsret fandt desuagtet, at voldgiftsretten savnede kompetence i disse sager.

Den omstændighed, at Apotekerforeningen havde pålagt apoteker Svoboda en sanktion (på 40.000 kroner) for at overtræde foreningens vedtægter, kan selvsagt ikke være udslagsgivende for, om sagen kan afgøres ved voldgift eller ej. I givet fald ville det ikke være afgørende for spørgsmålet om arbitrabilitet, om to konkurrenter havde indgået en konkurrencebegrænsende aftale, men om de samtidig havde aftalt, at parterne kunne ifalde en bøde (og et påbud om ophør) for at overtræde en sådan aftale – og at denne mulighed var blevet udnyttet i sagen. Et sådant kriterium vil være vilkårligt og kan ikke tjene som rettesnor for spørgsmålet om arbitrabilitet.

6.3. Præmisserne i den påankede dom

Af de årsager, der vil blive forklaret umiddelbart herefter, understøtter ovenstående, at Sø- og Handelsretten har anlagt en forkert fortolkning af VGL § 37, stk. 2, nr. 2, litra a, i den påankede dom.

6.3.1. Ad. "tvisten i voldgiftssagen omfattede påstand og anbringender om konkurrenceretlige spørgsmål ..." (domspræmis nr. 1)

...

6.3.2. Betydningen af Taewoong-dommen og Eco-Swiss dommen (domspræmis nr. 2)

...

6.3.2.1. Betydningen af Taewoong-dommen

Det bestrides, at Højesteret i Taewoong *generelt* skulle have forholdt sig til voldgiftsretters kompetence i sager vedrørende konkurrenceretlige spørgsmål.

Rækkevidden af Taewoong-dommen skal ses i lyset af sagens konkrete omstændigheder,

...

Dommen i Taewoong kan derfor ikke fortolkes derhen, at Højesteret implicit eller forudsætningsvist skulle have afgjort spørgsmålet om voldgiftsrettens kompetence i en tvist som den foreliggende, der på helt afgørende punkter er forskellig fra Taewoong-sagen, idet denne sag som omtalt vedrører en aftale – og en voldgiftskendelse -, der forpligter parterne til at udvise en fremadrettet konkurrencestridig adfærd på ubestemt tid med risiko for strafferetlige sanktioner.

6.3.2.2. Betydningen af Eco Swiss-dommen

Eco Swiss-dommen understøtter heller ikke indstævntes argumentation – modsat hvad indstævnte forsøger at give indtryk af.

Det bemærkes, at § 37, stk. 2, nr. 2, litra a) er en dansk regel om voldgiftsretters kompetence, der ikke nødvendigvis er at genfinde i alle landes retsorden. Reglen fremgår ikke af UNICITRAL modelkonventionen, der overlader det til landene selv at afgøre, hvilke typer af tvister, der er arbitrable.

Nederlandene (hvor Eco Swiss-sagen blev pådømt) kan således meget vel have andre kompetenceregler end Danmark. Det kan således ikke lægges til grund, at retspraksis fra andre retssystemer (herunder fra Nederlandene) om voldgiftsretters kompetence i sager med konkurrenceretlige anbringender, uden videre kan overføres til en dansk sag.

Det var heller aldrig et tema for Domstolen i Eco Swiss-dommen, om den nederlandske domstol var kompetent til at behandle den underliggende tvist, og EU-Domstolen forholdt sig derfor ikke hertil. EU-Domstolens opgave er som bekendt alene at besvare de præjudicielle

spørgsmål, der stilles af de nationale dommere, jf. EUF-traktatens artikel 267, idet EU-Domstolen arbejder ud fra en formodning om, at de forelagte spørgsmål er relevante for den nationale dommer.

Endelig bemærkes det for god ordens skyld, at Eco Swiss-dommen hører til i samme kategori af sager som Taewoong, idet Eco Swiss-dommen vedrørte et erstatningskrav rejst af en forhandler (Eco Swiss) imod en leverandør (Benetton). Igen var der tale om ophørt adfærd (en udløbet licensaftale, som vedrørte den ene parts ret til at producere og sælge ure før udløbet af aftalen).

Selv hvis sagen havde været anlagt i Danmark (eller Sverige), ville den efter vores opfattelse have været arbitrabel, da den vedrørte de civile retlige konsekvenser af en ophørt adfærd.

6.3.3. Betydningen af appellanternes egen ageren (domspræmis nr. 3)

...

Det gøres gældende, at det er uden betydning for pådømmelsen af litra a), om parterne har fremsat anbringender herom eller ej. Der er tale om en indispositiv ugyldighedsgrund, som skal påses *ex officio* af domstolene, og som ikke er undergivet parternes rådighed. Dette bekræftes af Sø- og Handelsretten (og indstævnte), når de anfører, at Højesteret med Taewoong 'forudsætningsvist' har forholdt sig til voldgiftsrettens kompetence i konkurrencespørgsmål (jf. domspræmis nr. 2), når det samtidig er en kendsgerning spørgsmålet aldrig blev rejst af parterne i Taewoong.

Endvidere skal det igen gøres gældende, at voldgiftsretten i denne sag *havde* været kompetent i medfør af litra a), hvis voldgiftsretten havde imødekommet appellanternes konkurrenceretlige anbringender, der netop bestod i at frigøre appellanterne fra de relevante konkurrencebegrænsninger, idet kendelsen i så fald ikke ville have pålagt parterne en fremtidig konkurrencestridige adfærd. Endvidere kunne voldgiftsretten havde afgjort sagen til fordel for appellanterne på baggrund af andre regler end konkurrencereglerne, nemlig aftalelovens §§ 36 og 38, stk. 2, der også var blevet påberåbt af appellanterne i sagen, og som det oplagt lå inden for voldgiftsrettens kompetence at forholde sig til. Vi erindrer om, at voldgiftsretten foruden konkurrencereglerne også tog stilling til en mulig overtrædelse af ovennævnte bestemmelser i aftaleloven foruden regler om fortrolighed i ejeraftalerne.

Appellanterne var således bundet til at anlægge sagen som en voldgiftssag og kunne først tage sagen videre til de nationale domstole, når/hvis voldgiftsretten måtte have afgjort sagen i strid med konkurrencereglerne.

7. UDDYBNING AF HOVEDANBRINGENDE 2

...

7.1. Præmisserne i den påankede dom

...

Som det fremgår heraf, er den påankede dom i vidt omfang baseret på præmisserne i Taewoong-sagen

...

Det gøres gældende, at Sø- og Handelsretten begik retlige fejl dels (1) i sin vurdering af den prøvelsesintensitet, som finder anvendelse i *ordre public*-sager som den foreliggende, dels (2) ved at begrænse sig til at konstatere, at voldgiftsretten havde behandlet samtlige indsigelser fremført af klagerne, uden Sø- og Handelsretten forholdt sig til den konkurrenceretlige argumentation.

7.2. Relevant EU-praksis

7.2.1. Sag C-126/97, Eco Swiss

...

I dommens præmis 38-39 slår Domstolen fast, at artikel 101 er at anse for en "ordre public"-bestemmelse.

7.2.2. Sag C-567/14, Genentech

Rækkevidden af Eco Swiss blev fyldigt behandlet af Generaladvokat Wathelet i hans forslag til afgørelse i sag C-567/14, Genentech

...

I sagen havde den franske regering henvist til, at det efter den franske fortolkning af Eco Swiss-dommen alene skulle prøves, om der forelå en "åbenbar" krænkelse af konkurrencelovgivningen (se punkt 55).

Dette blev afvist af Generaladvokaten med særlig henvisning til det EU-retlige effektivitetsprincip (se punkt 58).

Generaladvokaten fremhævede, at aftalebaserede voldgiftsretter ikke er en "ret", der kan stille præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen i medfør af artikel 267 TEUF. Dette betyder, at efterprøvelse af foreneligheden med ordre public nødvendigvis flyttes til senere led, dvs. til retsinstanterne i medlemsstaterne (se punkt 59-60)

Ifølge Generaladvokaten ville det skade den effektive virkning af artikel 101, hvis en retsinstans kun skulle foretage en prøvelse af, om den pågældende krænkelse var "åbenbar" eller ej".

Generaladvokaten henviste i den forbindelse blandt andet til, at konkurrencebegrænsende aftaler eller adfærd ofte er "skjulte", hvorfor en begrænset prøvelse i en lang række tilfælde vil gøre det umuligt (eller uforholdsmæssigt vanskeligt) for borgerne at udøve de rettigheder, de er tillagt i henhold til EU-konkurrenceretten (se punkt 64)

Generaladvokaten fremhævede, at Traktatens artikel 101 forbyder alle aftaler, som har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, og ugyldiggør disse – uanset om de er åbenbare eller ej.

"Ingen systemer kan acceptere krænkelse af dets mest grundlæggende bestemmelser, der udgør en del af dets ordre public, og dette uanset om karakteren af disse krænkelse er åbenbar eller ej". (punkt 65-67)

Endelig kan det ifølge Generaladvokaten ikke være afgørende, om de konkurrenceretlige anbringender har været fremført for voldgiftsretten eller ej (uanset styrke). Hvis dette var tilfældet, kunne parternes adfærd under voldgiftssagen skade den effektive virkning af artikel 101. Efterprøvelsen af *ordre public* kan således ikke afhænge af, om dette spørgsmål har været rejst eller er blevet behandlet under voldgiftssagen.

Parterne kan ikke unddrage sig kontrollen i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF ved at vælge voldgift (se punkt 70-72).

7.2.3. Rettens prøvelse må ikke begrænses til "åbenbare krænkelse" af konkurrencereglerne

Genentech-sagen er af helt central betydning for den foreliggende sag af flere årsager som nærmere uddybet i det følgende.

For det første viser Generaladvokatens forslag til afgørelse, at den yderst begrænsede prøvelse (om nogen), som Sø- og Handelsretten foretog i første instans, er i strid med artikel 101 TEUF.

Det bemærkes, at Generaladvokaten i Genentech-sagen forholdt sig til en (tidligere) fremherskende doktrin i Frankrig, påberåbt uden held af den franske regering i sagen, ifølge hvilken prøvelsen skulle begrænses til "åbenbare krænkelse" af artikel 101 TEUF, og fandt, at denne doktrin ville være i strid med EU-rettens konkurrenceregler.

Denne (minimalistiske) doktrin kan umiddelbart sammenlignes med de begrænsninger omtalt af Sø- og Handelsretten i denne sag og af Højesteret i Taewoong-sagen, hvorefter en voldgiftskendelse kun tilside sættes i de tilfælde, hvor der foreligger "så overordentligt graverende fejl fra voldgiftsrettens side, at voldgiftskendelsen er åbenbart uforenelig med landets retsorden (*ordre public*)".

Generaladvokatens forslag til afgørelse er således direkte overførbart til den foreliggende sag.

Som omtalt endte Domstolen ikke med at tage stilling til spørgsmålet, da den franske domstol ikke havde stillet spørgsmål herom. Domstolen henviste til sin faste praksis, hvorefter det tilkommer den nationale ret at vurdere relevansen af de spørgsmål, som den forelægger Domstolen (se præmis 26-27).

Det er således klart, at Domstolen ingenlunde forholder sig til spørgsmålet, og at retstilstanden derfor ikke endnu er endeligt afklaret.

Men Generaladvokatens forslag til afgørelse er klart og særdeles velunderbygget, hvorfor SØ- og Handelsrettens fortolkning af litra b) meget vel kan være forkert, hvilket i givet fald bør søges afklaret ved en præjudiciel forelæggelse efter artikel 267 TEUF.

For fuldstændighedens skyld bemærkes, at Taewoong-dommen blev afsagt den 28. januar 2016, ligesom Højesteret traf kendelse om præjudiciel forelæggelse allerede den 24. april 2015. Generaladvokatens forslag til afgørelse kom først senere, nemlig den 17. marts 2016. Højesteret havde således ikke i Taewoong-dommen anledning til at forholde sig til Generaladvokatens forslag og de bagvedliggende betragtninger.

I den påankede dom forholdt SØ- og Handelsretten sig af uforklarlige årsager ikke til Genentech-sagen, selv om appellanterne havde påberåbt sig sagen (se dommens side 118).

7.2.4. Andre landes fortolkning af Eco Swiss-dommen

For det andet illustrerer Genentech-sagen, at der i andre EU-lande med sammenlignelige voldgiftsregler anlægges en anden fortolkning af Eco Swiss-dommen end SØ- og Handelsrettens fortolkning.

Som omtalt havde den franske appeldomstol alene stillet ét præjudicielt spørgsmål til Domstolen, og det vedrørte fortolkningen af artikel 101, stk. 1, TEUF i en sag, der ikke vedrørte en åbenbar overtrædelse af konkurrencereglerne. Faktisk kom EU-Domstolen frem til, at adfærden (krav om licensbetaling for et ophævet patent) slet ikke indebar en overtrædelse af artikel 101, hvilket illustrerer hvor spinkel en potentiel konkurrenceretsovertrædelse, der var tale om. Samtidig fremgår det af sagen, at de konkurrenceretlige spørgsmål var blevet forelagt for og behandlet af voldgiftsretten. Man kunne derfor have forventet, at den franske domstol havde udvist stor tilbageholdenhed i sin prøvelse af voldgiftskendelsen. Det præjudicielle spørgsmål stillet til Domstolen viser, at det ikke var tilfældet.

Genentech-sagen og særligt Generaladvokatens forslag til afgørelse er ikke overraskende blevet rigt kommenteret i den EU- og voldgiftsretlige litteratur:

"In essence, AG Wathelet considered that a minimalist standard of review of arbitral awards that only sanctions blatant and serious breaches of EU competition law, such as the one applied by French courts, is not compati-

ble with the principle of effectiveness of the application and enforcement of EU law."

Samtidig beklages Domstolens manglede stillingtagen til emnet som en "missed opportunity" :

"The Genentech case can certainly be regarded as a missed opportunity for the CJEU to clarify its position on the aforementioned issue."

Endvidere henvises til, at appeldomstolen i Paris med Genentech-sagen og tre andre domme fra 2014 også vedrørende voldgiftskendelser på konkurrenceretsområdet har fjernet sig fra den tidligere meget begrænsede prøvelse, hvorefter overtrædelsen skulle være "åbenbar, aktuel og konkret" ("*flagrante, effective et concrète*").

"Nonetheless, this case consolidates the opinion of those who consider that French courts have, in the last years, already abandoned the pure minimalist approach. In fact, by requesting the CJEU for a preliminary ruling on the interpretation of Article 101 TFEU, the Paris Court of Appeal clearly considered the possibility of setting aside an arbitral award on the basis of a breach of EU competition law that was not manifest or flagrant, since an authentic interpretation of EU law proved to be necessary in order to understand whether an actual breach existed or not. Moreover, in three recent cases where French courts were requested to set aside arbitral awards on the basis of alleged corruption, the French judges seem to have abandoned their previous jurisprudential approach under which a breach of international public policy must be "manifest" or "flagrant" in order to be successfully invoked as a valid ground for annulment of an award."

Herved har de franske domstole bevæget sig i samme retning som domstolene i en række andre EU-lande, der længe har foretaget en tilbundsgående prøvelse af voldgiftsretternes anvendelse af konkurrenceretten, herunder blandt andet Tyskland, Belgien og Nederlandene.

"The Court of The Hague in the Marketing Display International (MDI) case¹⁹ has, for instance, taken the maximalist approach and exercised a fully-fledged review of the arbitral award in order to verify its compatibility with the EU competition rules, without limiting its scrutiny of the award to the most blatant and manifest breaches of these provisions."

Det bemærkes, at Högsta Domstolen i Systembolaget ikke tager stilling til spørgsmålet, men udtrykker alvorlig tvivl om, hvorvidt de svenske voldgiftsregler (med begrænset prøvelsesintensitet af voldgiftskendelser) er i overensstemmelse med EU-retten og særligt Eco Swiss-dommen. Der henvises til dommens præmis 13, sidste punktum, samt præmis 21, der i den engelske oversættelse er sålydende (vores understregning):

Præmis 13: "[...] This implies that the restrictiveness that should generally be used when applying the invalidity provision in item 2 should not be upheld when an arbitration award's compliance with peremptory competition law provisions is questioned."

Præmis 21: "Under the principle of national autonomy for procedural law, the Eco Swiss Case could be interpreted to mean that when the situation under EU competition law is uncertain, then an arbitration award is invalid only if the tribunal's conclusions are not reasonably grounded or accurate (cf. paragraph 16 above). It is, however, not certain that such an interpretation is acceptable from the point of view of EU law. This is mainly due to the so-called principle of equality, which provides that national procedural law may not discriminate against EU law, and due to the principle of [effectiveness], under which national procedural law may not render it impossible or unreasonably difficult to exercise the rights flowing from EU law (cf. e.g. Asturcom, C-40/08, EU:C:2009:615 paragraph 38).

7.2.5. Tilbagevisning af indstævntes argumentation

Indstævnte har på intet tidspunkt forholdt sig til Generaladvokatens forslag til afgørelse, men blot anført, at EU-Domstolen i Genentech "*afviste at behandle dette spørgsmål*".

Dette er forkert.

Domstolen 'afviste' ikke at behandle spørgsmålet, da det aldrig blev forelagt af den nationale dommer, der alene stillede spørgsmål til den rette fortolkning af konkurrenceretten (artikel 101 TEUF). Domstolen blev kun stillet dette ene spørgsmål og valgte derfor kun at besvare dette.

Den omstændighed, at Generaladvokaten valgte at tage dette spørgsmål op af egen drift (i relation til den franske regerings bemærkninger om, at det præjudicielle spørgsmål var hypotetisk fordi den franske domstols prøvelsesadgang var begrænset), betyder selvsagt ikke, at Generaladvokatens meget grundige analyse af EU-retten er forkert.

Dette må så meget desto mere gælde, når indstævnte ingen argumentation har fremført til støtte for, at Generaladvokat Wathelets analyse er forkert.

Indstævnte har endvidere i tidligere procesindlæg henvist til, at Eco Swiss skulle tillade "*variationer i medlemsstaternes prøvelse*". Dette er dog en cirkulær argumentation, da den forudsætter, at de indstævnte har ret i deres fortolkning af Eco Swiss-dommen – hvilket modsiges af Generaladvokatens forslag til afgørelse.

Indstævntes argumentation bygger på det EU-retlige princip om processuel autonomi, men undlader at forholde sig til det EU-retlige effektivitetsprincip.

Det følger af effektivitetsprincippet, at nationale processuelle regler ikke i praksis må gøre det "*umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden*". (se C-453/99, Courage & Crehan, præmis 29, og sag C-312/93, Peterbroeck, præmis 12).

Generaladvokat Wathelets gennemarbejdede og grundige analyse er netop baseret på effektivitetsprincippet (konkurrencereglernes effektive

virkning) og er et klart opgør med den (minimalistiske) fortolkning foreslået af indstævnte.

Generaladvokatens analyse er i øvrigt baseret på Eco Swiss-dommens præmis 40, der fordrer, at spørgsmål om fortolkningen af artikel 101 kan gøres til genstand for en præjudiciel sag for Domstolen.

Det er oplagt, at dette ikke kan ske, hvis domstolsprøvelsen er begrænset til "*overordentligt graverende fejl*" og "*åbenbare krænkelser*" af artikel 101, som anført af Sø- og Handelsretten.

Meget taler således for, at Sø- og Handelsrettens fortolkning af Eco Swiss-dommen i denne sag er forkert, såfremt sagen skal afgøres efter litra b). En dansk dommer har i så tilfælde pligt efter EU-retten til at foretage en *fuld* prøvelse af, om EU-konkurrencereglerne (der ubestridt er 'ordre public') er overholdt i en sag som den foreliggende.

7.3. Betydningen af Taewoong-dommen for denne sag

...

Det gøres gældende, at der efter Højesterets dom i Taewoong er sket en væsentlig udvikling i EU-retspraksis, jf. nedenfor, og at det derfor ikke længere er tilstrækkeligt eller EU-medholdeligt alene at henvise til Taewoong-sagen.

I lyset af Genentech-sagen må der som minimum være tale om "rimelig tvivl" om rækkevidden af det EUretlige effektivitetsprincip i forbindelse med domstolsprøvelsen af voldgiftskendelser i konkurrencesager, der berettiger og nødvendiggør en præjudiciel forelæggelse i medfør af artikel 267 TEUF, jf. afsnit 9 nedenfor.

Vi bemærker, at Højesterets dom i Taewoong-sagen blev afsagt den 26. januar 2016. Generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse i Genentech-sagen er dateret 17. marts 2016. Højesteret traf således afgørelse i Taewoong-sagen på et tidspunkt, hvor Generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse i Genentech-sagen endnu ikke forelå.

Højesteret i Taewoong har således ikke forholdt sig til den seneste udvikling i EU-praksis, der er kommet med Generaladvokatens forslag til afgørelse, der netop behandler EU's konkurrenceregler, effektivitetsprincippet og Eco-Swiss-dommen.

Dette fremhæves også af Dan Terkildsen i dennes kommentar til Taewoong-dommen (Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2016.317, "En kommentar til Taewoong")

...

Endvidere gøres det gældende, at dommen i Taewoong ikke udelukker, at der i den foreliggende sag foretages en fuld prøvelse af, om der foreligger en konkurrenceretsovertrædelse.

Som omtalt i afsnit 3 ovenfor vedrørte Taewoong-sagen (ligesom Systembolaget, Eco Swiss og Genentech) de civile retlige konsekvenser af (erstatning for) en ophørt adfærd.

Omstændighederne i Taewoong var derfor afgørende forskellige fra den foreliggende sag, hvor aftalen mellem parterne og dermed voldgiftskendelsen pålægger parterne at udvise en fremadrettet konkurrencestridig adfærd i potentielt ubegrænset tid, uden at voldgiftskendelsen kan give parterne noget værn imod strafferetlige sanktioner samt krav fra tredjemand.

Endvidere var der i Taewoong tale om en aftale, hvor voldgiftsretten havde bortfortolket det omtvistede vilkår om eksklusivitet, således at der reelt alene forelå en pligt for en leverandør til at orientere sin forhandler om eventuelle henvendelser fra området – uden at forhandleren kunne vetoe dette. En sådan adfærd forekommer oplagt ikke at være i strid med konkurrencereglerne – hvilket også kan forklare præmisserne fra både Vestre Landsret og Højesteret, der begge forholder sig til sagens substans (modsat Sø- og Handelsretten i denne sag).

Hvis Landsretten måtte fortolke litra a) således, at en voldgiftsret er kompetent i en sag som den foreliggende - hvilket bestrides (jf. afsnit 6 ovenfor) –, må det være klart, at de nationale retsinstanser *i hvert fald i en sag som den foreliggende* foretager en fuld prøvelse af de konkurrenceretlige aspekter inden for rammerne af litra b).

Vi bemærker for fuldstændighedens skyld, at der heller ikke i ordlyden af litra b) vil være noget til hinder for, at Landsretten foretager en EU-konform fortolkning af VGL § 37, stk. 2, nr. 2, litra a), da dette ikke vil være *'contra legem'* – hvilket da heller ikke er gjort gældende af indstævnte.

Det er imidlertid uden betydning for denne sag, om der kan foretages en EU-konform fortolkning af litra b), da det følger af fast EU-praksis, at EUF-traktatens konkurrenceregler (artikel 101 og 102 TEUF) har direkte virkning og er til hinder for en national lovbestemmelse, der måtte være i strid med artikel 101 TEUF (se eksempelvis sag C- C-453/99, Courage & Crehan, præmis 17 ff).

8. Konkurrenceretlige anbringender

...

Indstævnte synes således at mene, at alene er relevant at forholde sig til, om konkurrenceloven "finder anvendelse" (virksomhedsbetingelsen er opfyldt), idet det i bekræftende fald er "forbeholdt voldgiftsretten" at vurdere, om de øvrige betingelser er opfyldte.

Appellanterne er enige i indstævntes argumentation.

Østre Landsret skal ikke i denne sag forholde sig til, om samtlige betingelser i konkurrencelovgivningen er opfyldt eller overtrådt, når vold-

giftsretten ikke har behandlet dette. Nærværende sag handler om, hvorvidt voldgiftsretten begik en fejl i sin analyse eller ej, og om voldgiftskendelsen på det grundlag skal tilsidesættes, og sagen om fornødent anlægges på ny.

Konsekvensen af, at voldgiftskendelsen måtte kendes ugyldig af Landsretten i medfør af VGL § 37, stk. 2, nr. 2, må være, at der om fornødent anlægges en ny voldgiftssag vedrørende aftalens forenelighed med konkurrencereglerne, hvor de øvrige betingelser (betingelse 2-5) må blive behandlet. (Som omtalt ovenfor gøres det gældende, at voldgiftsretten *er* kompetent til at pådømme en ny sag - hvis den under en sådan sag kommer frem til, at konkurrenceklausulerne er konkurrencestridige og dermed ugyldige.)

Landsretten bør således begrænse sine konkurrenceretlige undersøgelser i denne sag til, om virksomhedsbetingelsen er opfyldt – hvilket er behandlet i afsnit 8.2 nedenfor.

Appellanterne skal dog for fuldstændighedens skyld også behandle de øvrige konkurrenceretlige betingelser anført i støttebilag A, såfremt Landsretten også måtte anse disse for relevante for sin vurdering (se afsnit 8.3 - 8.5 nedenfor) – uagtet at de indstævnte ikke fremsat nogen anbringender herom i sagen for Sø- og Handelsretten eller for Landsretten.

8.1. Indledende bemærkninger om markedet

...

Det er ubestridt i sagen – som også fremhævet af voldgiftsretten – at Claus Østergaard Nielsen er en potentiel konkurrent til Selskabet

...

8.2. Ad. Betingelse 1: Appellanterne opfylder virksomhedsbetingelsen

Derimod er det bestridt i sagen, om appellanterne - og Claus Østergaard Nielsen i særdeleshed – opfylder virksomhedsbetingelsen. Som nævnt fandt voldgiftsretten, at Claus Østergaard Nielsen ikke var en virksomhed.

Virksomhedsbegrebet dækker enhver aktør (uanset dennes retlige form), der udfører en økonomisk aktivitet, hvorved der udbydes varer eller tjenesteydelser på et marked, jf. sag C-309/99, Wouters, præmis 46-47.

Der er tale om et funktionelt og ikke et formelt begreb (Konkurrence-loven med kommentarer 2022, side 91.

Fysiske personer kan således også være omfattet af dette begreb. Afgørende er alene, om den fysiske person udfører en økonomisk aktivitet eller ej, jf. fx

- Sag C-189/02, Dansk Rørindustri, præmis 115,
- Bellamy & Child, side 85, ("*An individual will be an undertaking ... insofar as he or she engages in economic activity ...*")
- Konkurrencerådets afgørelse af 26.04.2000 Konkurrenceklausul i aftale om Danske Trælasts køb af C. Stürup & Co. A/S (Otto Vang fandtes gennem sit bestemmende ejerskab i G.N.A.V. II ApS [...] at udgøre en erhvervsdrivende virksomhed) : se punkt 45-46.
- Konkurrenceloven med kommentarer 2022, side 94, med henvisning til relevant dansk og EU-praksis (se f.eks. patentlicensgiveren hr. Beyrard i Kbesl af 02.12.1975 AOIP/Beyrard (IV/26.949, EFT 1976 L 6/8; forskeren og rådgiveren dr. Reuter i Kbesl af 26.07.1976 Reuter/BASF (IV/28.996, EFT 1976 L 254/40; plante-forædleren hr. Kurt Eisele i Nungesser, sag 258/78, og forretningsindehaveren hr. Oswald Schmidt i Demo-Studio Schmidt, sag 210/81)
- Remia/Nutricia, (nærmere omtalt nedenfor).

Voldgiftsretten fandt, at der som udgangspunkt skulle ses på, om Claus Østergaard Nielsen opfyldte virksomhedsbetingelsen på det tidspunkt, hvor de relevante aftaler blev indgået (ejeraftalerne indeholdende konkurrenceklausulerne).

Efter voldgiftsrettens opfattelse indgik Claus Østergaard Nielsen disse aftaler i sin egenskab af ikke-kontrollerende mindretalsaktionær, hvilket ikke i sig selv var tilstrækkeligt til at give ham status af virksomhed.

Da Claus Østergaard Nielsen efter voldgiftsrettens opfattelse heller ikke i øvrigt udbød varer eller tjenesteydelser på et marked, fandt voldgiftsretten, at Claus Østergaard Nielsen ikke udgjorde en virksomhed på det relevante tidspunkt, og at Klausulerne dermed ikke var omfattet af konkurrencereglerne.

Sø- og Handelsretten foretog ingen substantiel vurdering af, om Klausulerne var i strid med konkurrencereglerne. Sø- og Handelsretten har derfor ikke taget stilling til, om Claus Østergaard Nielsen udgjorde en virksomhed.

Det gøres gældende, at Voldgiftsretten begik en fejl, da Voldgiftsretten rettelig skulle have set på forholdene på det tidspunkt, som Klausulerne tilsigtede at regulere (hvor Claus Østergaard Nielsen *ville* være blevet en virksomhed i fravær af Klausulerne). På det tidspunkt udgjorde Claus Østergaard Nielsen en virksomhed. Hele formålet med Klausulerne er at hindre, at Claus Østergaard Nielsen kommer til at udfolde sig som virksomhed på markedet.

Vi bemærker, at appellanterne i forbindelse med sagen for Sø- og Handelsretten indhentede to ekspertvurderinger vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt Claus Østergaard Nielsen skal (og skulle) anses for en virksomhed i relation til Klausulerne.

Forfatterne til de to ekspertvurderinger er begge højt estimerede eksperter inden for konkurrenceret.

...

Begge anses for at være nogle af de helt førende eksperter inden for konkurrenceret i EU. Begge er blevet forelagt sagen, og har givet en uvildig vurdering af, om Claus Østergaard Nielsen opfylder virksomhedsbetingelsen. Dette anser de for at være tilfældet.

...

8.2.1. Klausulerne regulerer Claus Østergaard Niensens aktiviteter som fremtidig virksomhedsejer

Da Klausulerne blev aftalt i 2012, var Claus Østergaard Nielsen ikke aktiv som en selvstændig virksomhed på markedet for rendering. I 2012 var Claus Østergaard Nielsen alene minoritetsaktionær og CEO i Selskabet og udbød dermed ikke selvstændigt varer og tjenesteydelser på markedet.

Klausulerne regulerer dog ikke Claus Østergaard Niensens aktiviteter som CEO eller minoritetsaktionær i Selskabet. De indeholder ingen bestemmelser om, hvordan Claus Østergaard Nielsen skal varetage sin stilling som CEO eller udøve sine beføjelser som minoritetsaktionær, eller om forholdet mellem Claus Østergaard Nielsen og indstævnte i disse relationer i øvrigt.

Klausulerne regulerer derimod Claus Østergaard Niensens fremtidige aktiviteter *som virksomhedsejer* på dette marked – specifikt ved at afskære ham fra at udøve enhver virksomhedsaktivitet.

Klausulerne har alene relevans i det øjeblik, hvor Claus Østergaard Nielsen i fravær af Klausulerne ville etablere sig som selvstændig virksomhed på markedet i konkurrence med Selskabet.

De må derfor anses for at være indgået med henblik på at regulere denne situation, og det er derfor Claus Østergaard Niensens fremtidige status i netop den situation, der er relevant for at vurdere, om han udgør en "virksomhed" i relation til Klausulerne.

8.2.2. En aktør anses for en "virksomhed" i forhold til en aftale, der regulerer aktørens egenskab af fremtidig virksomhed

EU-praksis viser, at hvis en fysisk person indgår en aftale på et tidspunkt, hvor vedkommende ikke aktuelt udgør en virksomhed, men

vedkommende indgår aftalen med henblik på en fremtidig situation, hvor vedkommende *vil* udgøre en virksomhed, skal vedkommende anses for at udgøre en virksomhed i relation til den pågældende aftale.

Dette følger ganske tydeligt af Remia-sagen ("Nutricia"),

...

Som det kan ses af ovenstående, var det tilstrækkeligt for Domstolen at konstatere, at Drs de Rooij var deltager (part) i aftalen, at aftalen tillagde Drs. de Rooij selvstændige rettigheder, og at han spillede en selvstændig rolle ved underskrivelsen af konkurrenceforbuddet. Domstolen anså det således end ikke fornødent at fremhæve, at Drs de Rooij underskrev aftalen i kapacitet af fremtidig virksomhed – som fremhævet af Kommissionen.

Det er således klart, at Claus Østergaard Nielsens situation fuldt ud kan sammenlignes med Drs. de Rooij, og at Remia/Nutricia-sagen er et vægtigt prædikat i denne sag.

...

Dette bekræftes af professor Dr. Rupprechts legal opinion - som fuldt ud støttes af professor Odudu.

Se også Bellamy & Child, side 85, ...

Indstævnte har gjort gældende, at de to sager ikke kan sammenlignes

...

Det kan i den henseende ikke være afgørende, om man som fysisk person er den part, der selv bliver underlagt konkurrenceklausulen eller er den part, der nyder godt af konkurrenceklausulen. Afgørende er, at den fysiske person ikke var virksomhed på aftaletidspunktet, men var det på det tidspunkt, som konkurrenceklausulen tilsigter at regulere.

8.2.3. Det funktionelle virksomhedsbegreb

...

Remia/Nutricia sagen viser, at man ikke tillader en virksomhedsdefinition, der muliggør en omgåelse af konkurrencereglerne.

Hvis virksomhedsbetingelsen kun skulle vurderes efter omstændighederne på tidspunktet for den relevante aftale, ville det give rig anledning til at omgå konkurrencereglerne. To virksomheder, der måtte ønske at indgå en højst konkurrenceskadelig aftale (fx en markedsdelingsaftale), kunne således omgå reglerne ganske enkelt ved at skabe et tidsvindue, hvor én af aktørerne ophørte med at være virksomhed og derpå

indgik den nævnte konkurrencebegrænsende aftale, hvorefter den ene aktør igen blev en virksomhed.

Hvis voldgiftsrettens logik i nærværende sag skulle overføres til ovenstående eksempel, ville det føre til en konstatering af, at de to aktører ganske vist var potentielle konkurrenter i hele perioden, men at den ene aktør ikke var virksomhed på aftaletidspunktet, hvorfor aftalen ikke vil være i strid med konkurrencereglerne.

Dette er et oplagt forkert resultat.

Vi erindrer om, at konkurrencereglerne skal vurderes i lyset af deres virkninger og ikke deres form, og at Domstolen anlægger en funktionel tilgang til virksomhedsbegrebet, idet begrebet skal identificeres på grundlag af formålet med den omhandlede aftale. Dette fremgår meget klart af sag C-882/19, Sumal.

...

Sumal-dommen viser, at der anlægges en funktionel og ikke en strengt formalistisk vurdering af virksomhedsbegrebet, idet der skal tages hensyn til "formålet med den omhandlede aftale".

Den relevante økonomiske enhed består som det fremgår af præmis 41 citeret ovenfor af alle "menneskelige, materielle og immaterielle ressourcer, der forfølger samme økonomiske mål på lang sigt, og som kan medvirke til at begå en overtrædelse, der er omfattet af artikel 101, stk. 1, TEUF."

Netop herved hindres det, at markedsaktørerne kan organisere sig på en sådan måde, at de omgår konkurrencereglerne.

I Sumal-sagen blev det statueret af Domstolen, at et datterselskab kan anses for at overtræde konkurrencereglerne, selv om det formelt set er dets moderselskab, der har indgået den konkurrencebegrænsende aftale, hvis formålet med aftalen var at tilgodese datterselskabet.

...

Konkurrenceklausulerne i den foreliggende sag har kun ét formål, nemlig at hindre Claus Østergaard Nielsen i at etablere sig på markedet i konkurrence med Selskabet. Aftalen indgået af Claus Østergaard Nielsen som fysisk person vedrører netop de ydelser, som Claus Østergaard Nielsen vil skulle levere på markedet i sin egenskab af fremtidig virksomhedsejer. Formålet er således at regulere Claus Østergaard Nielsen's fremtidige aktiviteter som virksomhedsejer. Dette tilsiger, at Claus Østergaard Nielsen indgår aftalen i sin egenskab af fremtidig virksomhedsejer og derfor allerede på aftaletidspunktet er omfattet af konkurrencereglerne, jf. ovenstående funktionelle opfattelse af virksomhedsbegrebet.

Vi bemærker, at Sumal-dommens præjudikat ikke kun gælder i forbindelse med erstatningssager. Det fremgår klart af dommens præmis 38,

at Domstolens fortolkning af virksomhedsbegrebet i sagen ikke kun gælder i forbindelse med erstatningssager, men i alle typer af konkurrencesager – og dermed også for hvilke juridiske enheder, der kan være adressat for en beslutning og i sidste ende blive pålagt bøder):

...

Allerede i Skanska-dommen, præmis 47, fastslog Domstolen (med henvisninger til Akzo-dommen), at det funktionelle virksomhedsbegreb er identisk i forbindelse med såvel »offentlig« som »privat håndhævelse« (se Generaladvokatens forslag til afgørelse i Sumal-sagen, punkt 63 og 66-67.

Sagt med andre ord: De enheder, der kan ifalde privatretligt erstatningsansvar, jf. Sumal-dommen og øvrig praksis, opfylder virksomhedsbetingelsen – og er pligtsubjekter i henhold til konkurrencereglerne. Sumaldommens definition af virksomhedsbegrebet er således fuldt ud anvendeligt i en sag som den foreliggende.

Dommen i sag C-222/04, Cassa di Risparmia er et andet eksempel på, at Domstolen fortolker virksomhedsbegrebet på en sådan måde, at konkurrencereglerne ikke omgås. ...

8.2.4. Kun virksomheder kan have status af "potentielle konkurrenter"

Som omtalt ovenfor fandt voldgiftsretten, at appellanterne er potentielle konkurrenter til Selskabet.

Dermed foreligger der et konkurrenceforhold mellem appellanterne og Selskabet.

Af praksis fremgår, at vedtagelse af en konkurrenceklausul understreger konkurrenceforholdet mellem parterne, idet det ellers havde været ufornuddent at vedtage konkurrenceklausulen, jf. bl.a. punkt 271 i sag AT.39839. af 23. januar 2013, Telefonica/Portugal Telecom:

...

Konkurrencereglerne er til hinder for aftaler, der begrænser såvel *aktuel* som *potentiel* konkurrence.

Det paradoksale i voldgiftsrettens analyse ville måske stå mere klart, om Voldgiftsretten havde fundet, at Claus Østergaard Nielsen var en aktuel konkurrent, men stadig ikke opfyldte virksomhedsbetingelsen.

...

Der henvises for fuldstændighedens skyld til Kommissionens definition af begrebet "potentiel konkurrent" i en række EU-retsakter, hvor det også forudsættes, at virksomhedsbetingelsen er opfyldt.

...

Såfremt Landsretten anerkender, at appellanterne er potentielle konkurrenter til Selskabet – hvilket må forventes eftersom dette forhold er ubestridt - må Landsretten også samtidig nå frem til, at appellanterne opfylder virksomhedsbetingelsen.

8.3. Ad. Betingelse nr. 2: Konkurrenceklausulerne er ikke accessoriske

...

8.4. Ad. Betingelse 3 og 4: Konkurrenceklausulerne har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen

...

8.5. Ad. Betingelse nr. 5: Konkurrenceklausulerne kan ikke fritages efter konkurrencelovens § 8 eller Traktatens artikel 101, stk. 3

...

9. Anmodning om præjudiciel forelæggelse

...

9.1. Præjudicielle spørgsmål alene af relevans for hovedanbringende 2

Såfremt Landsretten måtte afgøre sagen til fordel for appellanterne i medfør af hovedanbringende 1 og finde, at voldgiftsretten ikke var kompetent til at afgøre sagens konkurrenceretlige tvistepunkter, er det ufornuddent at stille spørgsmål til EU-Domstolen.

Det er heller ikke meningsfyldt at stille et eller flere spørgsmål til EU-Domstolen vedrørende kompetencespørgsmålet i det tilfælde, hvor landsretten måtte afvise appellanternes hovedanbringende 1 og således behandle hovedanbringende 2.

Der risikerer nemlig kun at være en potentiel konflikt med EU's konkurrenceregler, der foranlediger en præjudiciel forelæggelse til EU-Domstolen, såfremt Landsretten både anser voldgiftsretten for kompetent i medfør af litra a) og samtidig undlader at foretage en prøvelse af, om voldgiftskendelsen har foretaget en korrekt anvendelse af konkurrencereglerne ("ordre public"), jf. litra b).

Dette skyldes, at de to hovedanbringender er kendetegnet ved samme konkurrenceretlige hensyn, nemlig at det aldrig må være muligt for en

voldgiftsret at pålægge to parter at udvise en ulovlig konkurrencestridig adfærd (hér qua opretholdelse af en konkurrencebegrænsende aftale), uden at voldgiftskendelsens rigtighed og dermed adfærdens lovlighed kan blive efterprøvet af de almindelige domstole.

For EU-Domstolen vil det således være tilstrækkeligt til at overholde EU-retten, at de nationale domstole (in casu Landsretten) enten i medfør af litra a) eller i medfør af litra b) foretager en fuld prøvelse af, om en given aftale mellem to parter er i strid med konkurrencereglerne - og at denne prøvelsesadgang ikke begrænses af, at en voldgiftsret har forholdt sig til dette spørgsmål.

Det er således kun, hvis Landsretten måtte afvise hovedanbringende 1 og dermed forholde sig til hovedanbringende 2, at det er relevant at få afklaret rækkevidden af artikel 101 TEUF i lyset af det EU-retlige effektivitetsprincip (som fortolket af EU-Domstolen i Eco Swiss-sagen, af Generaladvokat Wathelet i Genentechsagen, samt af en række nationale domstole i EU, herunder den danske Højesteret i Taewoong-sagen).

De præjudicielle spørgsmål / temaer, der skal forelægges for EU-Domstolen, kunne se ud som følger:

1. Følger det af konkurrencereglerne i EUF-traktaten (in casu artikel 101 TEUF) og det EU-retlige effektivitetsprincip (jf. blandt andet sag C-312/93, Peterbroeck, præmis 12, og sag C-453-99, Courage and Crehan, præmis 29), at en national domstol skal foretage en fuld prøvelse af, om en voldgiftsret har afsagt en kendelse hvis resultat er i strid med artikel 101 TEUF, således at domstolsprøvelsen af voldgiftskendelsen ikke må begrænses til, om der foreligger "overordentligt graverende fejl" og "åbenbare krænkelse" af artikel 101 TEUF?
2. Er det i strid med konkurrencereglerne i EUF-traktaten (in casu artikel 101 TEUF) og det EU-retlige effektivitetsprincip (jf. blandt andet sag C-312/93, Peterbroeck, præmis 12, og sag C-453-99, Courage and Crehan, præmis 29), hvis en national domstol undlader at tilsidesætte en voldgiftskendelse, hvis resultat er i strid med artikel 101 TEUF, med henvisning til, at den ikke "åbenbart" er i strid med artikel 101 TEUF?
3. Hvilke principper gælder for omfanget og intensiteten af den prøvelse, som en national domstol skal foretage af, om en voldgiftskendelse indebærer et resultat i strid med EUF-traktatens artikel 101?

9.2. Præjudicielle spørgsmål af relevans for både hovedanbringende 1 og 2

I relation til både hovedanbringende 1 og 2 forekommer det relevant at få afklaret den rette fortolkning af virksomhedsbegrebet under artikel 101 TEUF.

...

Det gøres gældende, at der ikke er anledning til at stille præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen herom, såfremt Landsretten måtte give appellanterne medhold i deres anbringender, da dette resultat vil være i overensstemmelse med EU-praksis, jf. afsnit 8.2 ovenfor. Appellanterne anerkender, samtidig, at praksis i relation til virksomhedsbegrebet i en sag som den foreliggende kan give anledning til en sådan usikkerhed, at der kan stilles et eller flere spørgsmål til EU-Domstolen herom.

Appellanterne har i sagen for Sø- og Handelsretten formuleret forskellige forslag til spørgsmål herom. Det skønnes muligt at sammenfatte disse i ét samlet spørgsmål, der kunne se ud som følger:

4. Skal EUF-traktatens artikel 101 fortolkes således, at der foreligger en aftale "mellem virksomheder" i en situation som den foreliggende, hvor aftalen er indgået mellem på den ene side et selskab, der ubestridt udøver en økonomisk aktivitet, og på den anden side en fysisk person, og hvor (1) den fysiske person på tidspunktet for aftalens indgåelse ikke udøver nogen økonomisk aktivitet, (2) den fysiske person anses for at være en potentiel konkurrent til selskabet, og (3) aftalen er en konkurrenceklausul, der afskærer den fysiske person fra at træde ind på markedet potentielt på ubestemt tid?

9.3. Landsretten har en *pligt* til at foretage præjudiciel forelæggelse, jf. artikel 267 TEUF

Det fremgår af artikel 267 TEUF, at såfremt et spørgsmål om fortolkning af en EU-retsakt rejses under en retssag ved en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, er retten pligtig at indbringe sagen for Domstolen.

I denne sag skal Landsretten foretage en fortolkning af en EU-retsakt (artikel 101 TEUF). Endvidere er Landsretten sidste-instans domstol i medfør af artikel 267, 3. punktum.

Landsretten har derfor en pligt til at foretage en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen, med mindre

1. En forelæggelse ikke skønnes relevant, da sagen kan afgøres uden at foretage en fortolkning af den påberåbte EU-retsakt, og/eller
2. Retstilstanden på området er så klar, at en præjudiciel forelæggelse er uforment, jf. princippet om *acte éclairé* og/eller *acte clair*, jf. sag 283/81, CILFIT, præmis 13 og 16.

Hvad angår relevansen af en præjudiciel forelæggelse henvises til vores bemærkninger i de forrige afsnit, hvoraf fremgår, at det som minimum er relevant at stille spørgsmål vedrørende virksomhedsbegrebet (se afsnit 9.2 ovenfor), og at det kan være relevant at stille spørgsmål om omfanget og intensiteten af den prøvelse, som en national domstol skal foretage af voldgiftskendelser hvis resultat kan være i strid med EUF-traktatens artikel 101 (se afsnit 9.1 ovenfor).

For god ordens skyld bemærker vi, at hvis EU-Domstolen måtte være enig i den fortolkning af artikel 101, som appellanterne har fremført i denne sag, vil det betyde, at der skal foretages en hel eller delvis domstolsprøvelse af, om konkurrencereglerne er overtrådte eller ej. Dette kan meget vel indebære en tilsidesættelse af voldgiftskendelsen i medfør af enten VGL § 37, stk. 2, nr. 2, litra a) eller litra b).

Hvad angår spørgsmål om *acte claire* bemærkes, at der skal meget til for at opfylde *acte claire*-doktrinen. Ifølge EU-Domstolen skal "*EU-rettens korrekte anvendelse fremgå med en sådan klarhed, at der foreligger nogen rimelig tvivl om afgørelsen af det rejste spørgsmål*". (CILFIT, præmis 16)

De indstævnte har i denne sag ikke fremsat nogen overbevisende argumentation for, at retstilstanden skulle være så klar, at der ikke er plads til rimelig fortolkningstvív.

Af Domstolens faste praksis fremgår, at en national retsinstant ved vurderingen af, om der foreligger *acte clair* i medfør af CILFIT-doktrinen, blandt andet skal tage hensyn til risikoen for afvigende retspraksis inden for Unionen, herunder om der foreligger en uens retspraksis inden for Unionen.

I sag C-160/14, Ferreira da Silva fremhævede Domstolen således, at der forelå en uens retspraksis i medlemsstaterne hvad angik begrebet "overførsel af en bedrift", og at begrebet gav anledning til tilbagevendende fortolkningsvanskeligheder i forskellige medlemslande. Under disse omstændigheder var der risiko for en uensartet retstilstand inden for EU, der udelukkede "*acte claire*" (se præmis 39 – 44).

Som anført i afsnit 7.2.4 er der i medlemsstaterne en meget uensartet syn på, om det EU-retlige effektivitetsprincip tillader variationer i domstolens prøvelse af voldgiftskendelser i konkurrencesager – og hvad der nærmere skal udledes af Eco Swiss-dommen. En præjudiciel forelæggelse vil kaste længe ventet lys over dette.

9.4. Tilbagevisning af indstævntes argumentation

...

9.4.1. Vedrørende prøvelsesintensiteten af voldgiftskendelser under VGL § 37

Hvad angår spørgsmål om prøvelsesintensiteten af voldgiftskendelser under VGL § 37 har de indstævnte navnlig anført, at forelæggelse ikke er "nødvendig"

...

Denne argumentation må afvises.

Hvad angår (i) den manglende præjudicielle forelæggelse i Taewoong-sagen bemærker vi, at Højesteret tog stilling hertil ved kendelse af 24. april 2015 (sag 142/2014 I), som også omtalt af de indstævnte i svarskriftets punkt 23. Højesterets dom i Taewoong-sagen blev afsagt den 26. januar 2016. Generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse i Genetench-sagen er dateret 17. marts 2016

Højesteret traf således afgørelse i Taewoong-sagen på et tidspunkt, hvor Generaladvokat Wathlets forslag til afgørelse i Genentech-sagen endnu ikke forelå.

Højesterets dom i Taewoong kan således ikke anses for en afvisning af Generaladvokatens omfattende og indgående analyse af EU's konkurrenceregler, effektivitetsprincippet og Eco-Swiss-dommen.

Dette må så meget desto mere være tilfældet eftersom de indstævnte stadig intet har anført, der kan kaste tvivl over rigtigheden af Generaladvokatens analyse.

Med Generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse må der *som minimum* siges at foreligge en uafklaret retstilstand hvad angår kravene til prøvelsesintensiteten af voldgiftskendelser i konkurrencesager. Dette nødvendiggør en præjudiciel forelæggelse til EU-Domstolen.

Hvad angår (ii) betydningen af Sø- og Handelsrettens dom i nærværende sag erindrer vi om, at Landsretten er i en meget forskellig situation fra Sø- og Handelsretten, idet Landsretten skal afgøre denne sag som sidste instans-domstol og derved principielt har en pligt til at foretage præjudiciel forelæggelse – modsat Sø- og Handelsretten for hvem dette blot er en mulighed, jf. artikel TEUF 267, 2. punktum.

Hvad angår (iii) synspunktet om, at Eco Swiss "tillader variationer i medlemsstaternes prøvelse", er der tale om en cirkulær argumentation. Argumentationen forudsætter jo netop, at de indstævnets fortolkning af Eco Swiss-dommen er rigtig – hvilket er det spørgsmål, som EU-Domstolen skal tage stilling til. Såfremt EU-Domstolen måtte finde, at Generaladvokat Wathelets (og appellanternes) fortolkning heraf er rigtig, vil der netop ikke være plads til variationer i medlemsstaternes prøvelse af voldgiftskendelser i en konkurrencesag som den foreliggende.

Indstævnte overser, at medlemsstaternes processuelle autonomi begrænses af det EU-retlige effektivitetsprincip (foruden ækvivalensprincippet).

Effektivitetsprincippet betyder som bekendt, at nationale processuelle regler ikke i praksis må gøre det "*umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden*" (C-453/99, Courage & Crehan, præmis 29, og C-312/93, Peterbroeck, præmis 12).

Generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse vedrører rækkevidden af effektivitetsprincippet (konkurrencereglernes effektive virkning). Og

formålet med en præjudiciel forelæggelse er netop af få præciseret rækkevidden af medlemsstaternes processuelle autonomi i lyset af det EU-retlige effektivitetsprincip.

Med Generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse må der *som minimum* siges at foreligge en uafklaret retstilstand hvad angår kravene til prøvelsesintensiteten af voldgiftskendelser i konkurrencesager.

Dette både berettiger og nødvendiggør en præjudiciel forelæggelse til EU-Domstolen.

9.4.2. Spørgsmål vedrørende virksomhedsbegrebet

De indstævnte har i sagen for Sø- og Handelsretten anført, at der foreligger "righoldig retspraksis, administrativ praksis og litteratur på det konkurrenceretlige område" omkring begrebet "erhvervsvirksomhed" i konkurrencelovens § 2 / TEUF artikel 101, og at en præjudiciel forelæggelse herom derfor er uforuden.

Indstævntes argumentation må forstås derhen, at *acte claire* betingelsen efter de indstævntes opfattelse er opfyldt.

Appellanterne er enige i, at praksis og litteraturen vedrørende virksomhedsbegrebet er righoldig, og at det i lyset af de ovenfor opremsede sager (Remia/Nutricia, Banca di Risparmio, Sumal, m.fl.) er klart, at Claus Østergaard opfyldte og fortsat opfylder virksomhedsbegrebet. Det gøres derfor gældende, at der godt kan gives appellanterne medhold i deres anbringender uden forudgående præjudiciel forelæggelse, jf. princippet om *acte clair*.

Samtidig må det være klart, at *acte claire*-doktrinen under ingen omstændigheder berettiger en opretholdelse af Voldgiftsretten fortolkning af virksomhedsbegrebet uden forudgående forelæggelse til EU-Domstolen.

Såfremt Landsretten måtte anlægge samme fortolkning som Voldgiftsretten, vil Landsretten medvirke til at opretholde en retstilstand i Danmark, der helt åbenbart er uforenelig med EUF-traktaten.

9.5. Afsluttende bemærkninger om præjudiciel forelæggelse

...

Såfremt Landsretten måtte beslutte sig for ikke at foretage præjudiciel forelæggelse og desuagtet stadfæster voldgiftskendelsen, gøres det gældende, at Landsretten medvirker til at opretholde en retstilstand i Danmark, der åbenbart krænker EUF-traktatens konkurrenceregler.

Spørgsmål om manglende forelæggelse forventes derfor om fornødent søgt indbragt for Højesteret under et kæremål.

10. Moms

Hverken appellant 1 eller appellant 2 er momsregistreret.”

Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS har yderligere anført, at det af Haarslev Holding S.à.r.l. under hovedforhandlingen fremsatte anbringende om, at de aftalte konkurrenceklausuler har været et nødvendigt led i parterne aftale og derfor ikke kan anses for konkurrencebegrænsende, er for sent fremsat og derfor ikke bør tillades fremsat, jf. retsplejelovens § 383. Vedrørende det, som Haarslev Holding S.à.r.l. har anført om voldgiftslovens § 27, stk. 2, har Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS gjort gældende, at bestemmelsen er fakultativ og således ikke på samme måde som TEUF artikel 267, stk. 3, medfører en obligatorisk forelæggelsespligt. Til støtte for, at der skal ske præjudiciel forelæggelse har Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS yderligere henvist til EU-Domstolens dom i sag C-561/19, Consorzio.

Haarslev Holding S.à.r.l. har i sit sammenfattende processkrift af 13. april 2022 yderligere gjort følgende anbringender gældende (henvisninger til ekstrakt og materialesamling samt afsnitsnummerering udeladt):

”1. SAGSFREMSTILLING OG INDSTÆVNTES HOVEDANBRINGENDER

...Sø- og Handelsretten fandt intet grundlag for at tilsidesætte voldgiftsrettens kendelse.

Sø- og Handelsrettens dom af den 1. september 2020 er fuldt ud i overensstemmelse med voldgiftsloven, lovbemærkningerne og retspraksis på området. Sø- og Handelsretten afviste således med rette appellanternes anbringender, da der hverken fandtes grundlag for at statuere, at voldgiftsretten ikke var kompetent til at træffe den pågældende kendelse, eller at voldgiftskendelsen skulle være åbenbart i strid med landets retsorden. Sø- og Handelsretten afviste også både under sagens forberedelse og under hovedforhandlingen, at denne sag skulle give anledning til en præjudiciel forelæggelse.

Denne sag har verseret i mere end 5 år fra det oprindelige klageskrift blev indleveret til voldgiftsinstituttet af appellanterne den 31. marts 2017. Det er indstævntes opfattelse, at dette ugyldighedssøgsmål blot er endnu et forsøg fra appellanternes side på at forhale håndhævelsen af de aftaler, parterne har indgået. Dette ved først at indbringe sagen for voldgiftsretten og dernæst ved indbringelse af voldgiftskendelsen for domstolene, herunder Sø- og Handelsretten, som opretholdt kendelsen, Højesteret, som afviste sagen med henvisning til, at den ikke var af principiel karakter, og nu endelig Østre Landsret.

Til dette sammenfattende processkrift er vedlagt et støttebilag, som indeholder en tidslinje over hændelsesforløbet i sagen, herunder de centrale faktuelle begivenheder og det processuelle forløb. Støttebilaget er afstemt mellem sagens parter og tilsigter at kunne tjene som hjælpebilag, herunder i forbindelse med sagens forelæggelse under hovedforhandlingen.

...

Appellanterne forsøger reelt at opnå domstolenes bistand til at foretage en ny materiel prøvelse af voldgiftskendelsen i strid med voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, litra a og b ved at gøre gældende, at domstolene skal foretage en "*fuld prøvelse*" af sagens faktiske og retlige omstændigheder. En sådan materiel vurdering vil i det hele være underlagt voldgiftsrettens kompetence i henhold til parternes bindende voldgiftsaftale og kan derfor ikke finde sted; en tilsidesættelse vil uanset føre til hjemvisning til fornyet voldgiftsbehandling i medfør af voldgiftslovens § 37, stk. 6.

...

2. VOLDGIFTSRETEN VAR KOMPETENT TIL AT BEHANDLE TVISTEN

...

Appellanterne forsøger at underminere *Taewoong*-sagens præjudikatsværdi for denne sag, hvilket der imidlertid ikke er grundlag for. I *Taewoong* fandt voldgiftsretten, at den omhandlede distributionsaftale ikke var i strid med konkurrenceloven. I den foreliggende sag fandt voldgiftsretten, at konkurrenceloven ikke fandt anvendelse på de omtvistede ejeraftaler. Voldgiftsretterne har således hverken i *Taewoong* eller i den foreliggende sag truffet afgørelse om forhold, som parterne ikke havde fri rådighed over. Om end Højesteret ikke i *Taewoong* eksplicit omtalte voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, litra a, så har voldgiftslovens § 37, stk. 2 - i modsætning til stk. 1 - karakter af indispositive ugyldighedsgrunde, der ikke er undergivet parternes fri rådighed, og som retten derfor kan anvende af egen drift. Højesteret har dermed ikke fundet grundlag for, at voldgiftsretten ikke kunne behandle den konkurrence-retlige problemstilling. Det er også almindeligt anerkendt i både den danske og internationale voldgiftsretlige litteratur og praksis, at voldgiftsretter kan behandle konkurrenceretlige anbringender, og at litra a i øvrigt skal fortolkes indskrænkende og har et meget snævert anvendelsesområde. Dette understøttes tillige af *C-126/97 (Eco Swiss)*, hvori EU-Domstolen implicit anerkender, at en voldgiftsret kan behandle en tvist med konkurrenceretlige anbringender. Appellanternes henvisning til ubeslægtet retspraksis (U 2004.2572 Ø og U 1999.829/1H) uden præjudikatsværdi for nærværende sag, ændrer ikke retsstillingen, som er klar. Skildringen af henholdsvis civilretlige og offentligretlige aspekter er også uden relevans, idet voldgiftsretten i den foreliggende sag netop har truffet afgørelse om de civilretlige aspekter, nemlig om ejeraftalernes gyldighed. Der er endelig heller ikke - hverken i litteratur eller

praksis - grundlag for en sondring mellem ophørt og fremadrettet adfærd i relation til konkurrenceretten i forbindelse med etableringen af en voldgiftsrets kompetence, og appellanternes forsøg på at foretage en sådan sondring må derfor også afvises som forkert.

Appellanterne gør endvidere gældende, at voldgiftsretten havde været kompetent, såfremt appellanterne havde fået medhold. Dette synspunkt er åbenbart forkert. Spørgsmålet om kompetence er et processuelt spørgsmål, som ikke skal eller kan behandles efter voldgiftsrettens stillingtagen til sagens materie, og som heller ikke kan besvares forskelligt beroende på den efterfølgende materielle vurdering. Den introducerede forestilling om, at et tvisteløsningsorgans kompetence skulle bero på sagens udfald er en åbenbart fejlagtig anskuelse af voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, litra a.

...

3. VOLDGIFTSKENDELSEN ER IKKE ÅBENBART UFORENELIG MED LANDETS RETSORDEN (ORDRE PUBLIC)

...

På trods af at lovbemærkningerne til voldgiftslovens § 37 er klare, og at Højesteret i *Taewoong* indgående har behandlet intensiteten af rettens prøvelse efter voldgiftslovens § 37, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 2, litra b, har appellanterne gjort gældende, dels at der foreligger fortolkningstvivel om intensiteten af rettens prøvelse i medfør af bestemmelsen, dels at kvalifikationen "åbenbart uforenelig" i relation til ordre public er i strid med blandt andet EU-rettens effektivitetsprincip. Appellanterne plæderer således for, at der i sager som den foreliggende skal ske fuld materiel prøvelse af voldgiftsrettens kendelse. Dette bestrides.

3.1 Rettens prøvelse efter § 37, stk. 2, nr. 2, litra b

...

EU-Domstolen har allerede behandlet spørgsmålet om intensiteten af nationale domstoles prøvelse af voldgiftskendelser og EU-rettens effektivitetsprincips betydning i denne sammenhæng i sager, hvor EUkonkurrenceretten påstås overtrådt. I *Eco Swiss* anerkender EU-Domstolen, at kravet om en effektiv voldgiftsprocedure kan begrunde, at efterprøvelse af voldgiftskendelser alene skal have en begrænset karakter, og at en voldgiftskendelse kun kan ophæves eller dens anerkendelse afvises i ekstraordinære tilfælde (jf. præmis 35). Højesterets afgørelse i *Taewoong* er da også afsagt med direkte støtte i EU-Domstolens præmisser i *Eco Swiss*.

Det fremgår videre af *Eco Swiss*, at EU-retten tillader variation i medlemsstaternes prøvelse, hvilket er fuldt ud i overensstemmelse med princippet om medlemsstaternes autonomi i forhold til processuelle regler og det forhold, at procesreglerne ikke er harmoniseret i EU-

retten. I realiteten varierer de nationale domstoles tilgang til såvel procesreglerne som voldgift inden for EU. *Eco Swiss* anerkender og tillader rum for denne variation. Derfor udgør praksis fra andre lande, som har deres egne voldgiftslove, ikke et relevant præjudikat i denne sag. Det bemærkes dog *ex tunc*, at voldgiftskendelsen også har været underlagt et anerkendelsessøgsmål mod appellanterne i Spanien, hvor appellanterne havde gjort tilsvarende anbringender gældende. High Court of Justice of Catalonia fandt ved sin kendelse afsagt den 20. maj 2020 ej heller grundlag for at tilsidesætte voldgiftskendelsen i medfør af New York Konventionens artikel V 2 b) som følge af EU-konkurrenceretten.

Dertil kommer, at EU-Domstolen i C-567/14 (*Genentech*) har fastslået, at "Domstolen inden for rammerne af artikel 267 TEUF hverken har kompetence til at udtale sig om fortolkning af bestemmelser i nationale love eller administrative forskrifter eller om disses forenelighed med EU-retten" (præmis 22). Det forbeholdes altså de danske domstole at fortolke anvendelsesområdet for voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, litra b samt omfanget og intensiteten af den prøvelse, der skal foretages i medfør heraf. Retstilstanden er i lyset af Højesterets dom i *Taewoong* klar.

Det fastholdes på baggrund af ovenstående, at voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, litra b, er en snæver undtagelse fra det materielle revisionsforbud, som kun kan bringes i anvendelse i helt ekstraordinære tilfælde, hvor der foreligger så overordentligt graverende fejl fra voldgiftsrettens side, at voldgiftskendelsen er åbenbart uforenelig med landets retsorden (ordre public). Denne meget begrænsede adgang til tilsidesættelse skal ses i sammenhæng med selve voldgiftsaftalens kerneformål; at sikre en hurtig og endelig afgørelse uden om domstolssystemet. Dette kerneformål er essentielt i hele voldgiftssystemet, hvorfor bestemmelsen selvsagt ikke må tjene som carte blanche for en 2.-instansprøvelse af en tvist, som parterne har aftalt skal afgøres ved voldgift med heraf følgende kompetenceafskæring af de ordinære domstole. Det ville undergrave voldgiftsrettens selvstændighed og berettigelse, hvis domstolene skulle foretage en reel ny og "fuld" prøvelse af voldgiftskendelsen, og der er ikke hjemmel herfor - medmindre "åbenbarhedskriteriet" er opfyldt, og der kan ske hjemvisning til en ny voldgiftsbehandling, jf. voldgiftslovens § 37, stk. 6.

...

3.2 Sagens konkurrenceretlige elementer

Til støtte for appellanternes påstand om voldgiftskendelsens ugyldighed, har appellanterne gjort gældende, (i) at "voldgiftsretten ikke har kompetence til at pålægge parterne at opretholde en konkurrencebegrænsende aftale" og (ii) at "opretholdelsen af en konkurrencebegrænsende aftale er åbenbart uforenelig med landets retsorden". Begge hovedanbringender hviler på den forudsætning, at den af appellanterne (i regi af investor) frivilligt indgåede - og grundigt forhandlede - ejeraftale er konkurrencebegrænsende. Det bestrides. Voldgiftsretten har - efter sin omfattende behandling af sagen - på intet tidspunkt fundet, at der var tale om konkurrencestridig adfærd, og grundlaget for appellanternes argumenta-

tion forekommer således fuldstændigt udokumenteret og er ganske enkelt forkert.

Den konkurrenceretlige del af voldgiftsrettens kendelse blev truffet ud fra konkurrencelovens bestemmelser om lovens anvendelsesområde, nemlig begrebet "erhvervsvirksomhed" i konkurrencelovens § 2. Bestemmelserne i konkurrencelovens § 6 samt artikel 101 TEUF finder således anvendelse på de aktiviteter, der udøves af "erhvervsvirksomheder". Bestemmelserne finder ikke anvendelse på juridiske enheder, medmindre de udøver økonomisk aktivitet, og bestemmelsen gælder som udgangspunkt ikke for privatpersoner, og under alle omstændigheder ikke, hvis ikke de udøver økonomisk aktivitet.

Voldgiftsretten lagde - efter en grundig gennemgang af sagens faktiske omstændigheder og relevante nationale og EU-retlige regler - korrekt til grund, at appellanterne indgik ejeraftalen som investor og ikke udøvede økonomisk aktivitet i et marked for varer og tjenesteydelser, hvorfor appellanterne ikke var omfattet af virksomhedsbegrebet i konkurrencelovens § 2 og artikel 101 TEUF og dermed konkurrencelovens anvendelsesområde. Idet konkurrenceloven ikke finder anvendelse, kan der umuligt foreligge en konkurrencebegrænsende aftale i strid med loven. Appellanternes hovedanbringender savner herefter ethvert grundlag.

De spørgsmål, som var til påkendelse i voldgiftssagen, er funderet i righoldig retspraksis, administrativ praksis og litteratur på det konkurrenceretlige område, og voldgiftsretten har netop påkendt sagen i lyset heraf, som det fremgår eksplicit af voldgiftskendelsens præmisser. Der henvises i den forbindelse til voldgiftsrettens kendelse afsnit 8.3, s. 62ff, hvilket ikke blot understøtter voldgiftskendelsens rigtighed, men også godtgør, at betingelserne for at foretage en præjudiciel forelæggelse ikke er opfyldt.

I den kontekst skal det i øvrigt erindres - som nærmere beskrevet i afsnit 3.1 - at anvendelsesområdet for voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, litra b, er begrænset til voldgiftskendelser, der er *åbenbart* uforenelige med landets retsorden. I rettens prøvelse af, om en voldgiftskendelse er åbenbart uforenelig med landets retsorden, skal det indgå i rettens vurdering, om voldgiftsretten har foretaget en materiel prøvelse af sagens genstand holdt op mod de pågældende retsregler, og hvis voldgiftsretten ikke kan findes at have begået overordentligt graverende fejl i regelansværelsen, finder voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, litra b, ikke anvendelse.

For så vidt angår voldgiftsrettens kompetence til at bedømme en konkurrenceretlig tvist bemærkes blot, at Højesteret ikke fandt grundlag for, at voldgiftsretten ikke kunne behandle den konkurrenceretlige problemstilling i *Taewoong*, samt at EU-Domstolen implicit anerkender, at en voldgiftsret kan behandle en tvist med konkurrenceretlige anbringender i *Eco Swiss*. Se hertil afsnit 2 ovenfor.

Det gøres gældende, at voldgiftsretten var kompetent til at bedømme den konkurrenceretlige tvist, at voldgiftsretten har foretaget en grundig

materiel prøvelse af sagens genstand med inddragelse af samtlige relevante retsregler, at der under denne prøvelse ikke er foretaget fejl, end-sige *overordentligt graverende* fejl, og at kriterierne for tilsidesættelse af voldgiftskendelsen i voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2 derfor ikke er opfyldt.

4. APPELLANTERNES ANMODNING OM PRÆJUDICIEL FORELÆGGELSE

4.1 Der foreligger ingen *pligt*, ej heller noget behov for præjudiciel forelæggelse

Der er intet, som tilsiger, at det skulle være nødvendigt at foretage en præjudiciel forelæggelse i denne sag. Omdrejningspunktet i sagen er en prøvelse efter voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, som allerede har været forelagt og underkastet intensiv prøvelse for Højesteret. Både Landsretten og Højesteret afviste at forelægge præjudicielle spørgsmål i *Taewoong*, da *Eco Swiss* ikke efterlader tvivl omkring medlemsstaternes prøvelse af voldgiftskendelser.

Sø- og Handelsretten fandt ligeledes ikke grundlag for at forelægge denne sag præjudicielt for EUDomstolen, da der ikke fandtes at foreligge tvivl om forståelsen af EU-retlige regler af betydning for rettens afgørelse af sagen. Højesteret afviste da også i tråd hermed sagen med henvisning til, at den ikke var af principiel karakter med følgende begrundelse: "*Den indankede dom angår spørgsmålet om tilsidesættelse af en voldgiftskendelse som ugyldig i medfør af voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, litra a eller b. Voldgiftskendelsen angik, om de to konkurrenceklausuler var i overensstemmelse med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF art. 101, stk. 1. Højesteret finder, at dette spørgsmål ikke har en sådan principiel karakter, at betingelserne for anke til Højesteret er opfyldt, jf. retsplejelovens § 368, stk. 4, 2. pkt.*". Af præmisserne for den af Sø- og Handelsretten afsagte kendelse den 15. august 2019 om, hvorvidt sagen efter anmodning fra appellanterne skulle undergives kollegial behandling ved Sø- og Handelsretten fremgik endvidere blandt andet, at "*fortolkning og anvendelse af voldgiftslovens § 37 har været genstand for flere sager ved domstolene, også for Højesteret, jf. senest Højesterets dom af 28. januar 2016, trykt i UfR 2016.1558/2H [Taewoong], og at de to andre påstande i sagen angår konkret aftalefortolkning*".

...

For så vidt angår appellanternes anmodning om at stille præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkning og intensiteten af rettens prøvelse efter voldgiftslovens § 37, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 2, litra b, herunder vedrørende adfærd vurderet efter artikel 101 TEUF, henvises der til *Taewoong*, hvor Højesteret netop tog stilling til intensiteten af rettens prøvelse efter voldgiftslovens § 37, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 2, litra b, uden at det gav anledning til en præjudiciel forelæggelse fra Højesterets side. Afgørelsen er - som anført af Sø- og Handelsrettens - afsagt med direkte støtte i EUDomstolens præmisser i *Eco Swiss*, hvor EUDomstolen fastslog, at en effektiv voldgiftsprocedure kan begrunde, at efterprøvelse af voldgift-

skendelser alene skal have en begrænset karakter, og at en voldgiftskendelse kun kan ophæves eller dens anerkendelse afvises i ekstraordinære tilfælde. Domstolen stillede dog - i overensstemmelse med ækvivalensprincippet - krav om, at EU-konkurrenceretten skal behandles lige i forhold til nationale ufravigelige retsgrundsætninger.

Idet retstilstanden for rækkevidden af det EU-retlige effektivitetsprincip og intensiteten af nationale domstoles prøvelse af en voldgiftskendelse i konkurrencesager således er klar, forekommer der ikke at være et behov for en præjudiciel forelæggelse - og i særdeleshed ikke en *pligt* for landsretten at foretage en sådan forelæggelse. På den baggrund bør appellanternes anmodning herom afvises.

4.2 Appellanternes præjudicielle spørgsmål angår ikke fortolknings tvivl

De præjudicielle spørgsmål, som appellanterne ønsker forelagt for EU-Domstolen angår forhold, som allerede har været forelagt og underkastet intensiv prøvelse for Højesteret - nemlig voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2. Der foreligger således ingen tvivl om reglernes anvendelsesområde, således som også anført af Sø- og Handelsretten i dommens præmisser, hvori det anføres: "*Efter de juridiske spørgsmål, retten skal tage stilling til i denne sag, og retsgrundlaget herfor - som beskrevet ovenfor - findes der ikke at foreligge tvivl om forståelsen af EU-retlige regler af betydning for rettens afgørelse af sagen*".

Dette bestyrkes blot yderligere af det faktum, at intensiteten af prøvelsen - blandt andet i lyset af EUrettens effektivitetsprincip - blev indgående behandlet i *Taewoong* uden at det dannede grundlag for en præjudiciel forelæggelse - hverken for Landsretten eller Højesteret (Højesterets kendelse af 24. april 2015 i sag 142/2014 I). Sagsøgerne ønskede i den pågældende sag at forelægge følgende spørgsmål præjudicielt:

"DET FØRSTE PRÆJUDICIELLE SPØRGSMÅL Indebærer Domstolens dom af 1. juni 1999 i sagen C126/97 (*Eco Swiss*), herunder særligt præmis 35, at nationale domstole, som efter nationale procesretlige regler skal efterkomme en begæring om ophævelse af en voldgiftskendelse, der støttes på, at nationale ufravigelige retsgrundsætninger er overtrådt, alene skal udøve en begrænset prøvelse af, hvorvidt EU-traktatens artikel 101 er overtrådt, eller er den nationale domstol forpligtet til som led i ugyldighedsspørgsmålet at foretage en fuld materiel prøvelse af, om EU-traktatens artikel 101 er overtrådt?

DET ANDET PRÆJUDICIELLE SPØRGSMÅL Indebærer fællesskabsrettens effektivitetsprincip, jf. sag C312/93 (*Peterbroeck*), at den prøvelse og vurdering, som en national domstol skal udføre efter nationale procesretlige regler om tilsidesættelse eller fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse, når denne prøvelse omhandler en vurdering af, om TEUF artikel 101 er overtrådt, ikke kan begrænses, jf. udtrykket i den danske voldgiftslovs § 37, stk. 2, litra b "*åbenbart uforenelig med landets retsorden*".

Der er en gennemgående sammenhæng mellem appellanternes spørgsmål i nærværende sag og de spørgsmål, der ønskedes forelagt af

Højesteret i *Taewoong*, som forekommer materielt set identiske. I *Taewoong* fandt Højesteret imidlertid ikke, at der forelå en sådan rimelig tvivl om forståelsen af EU-retten, at der var grundlag for at træffe bestemmelse om at forelægge spørgsmål for EU-Domstolen, og appellanterne har ikke fremført nogen overbevisende argumenter for, at dette standpunkt skulle have ændret sig, således at de fremførte materielt set identiske spørgsmål skulle have relevans for nærværende sags afgørelse eller for en generel afklaring af fortolkningstvivil i øvrigt.

Det må på baggrund af *Eco Swiss* konkluderes, at den korrekte anvendelse af EU-retten fremgår med en sådan klarhed, at der ikke foreligger nogen rimelig tvivl om afgørelsen af de rejste spørgsmål. Retstilstanden er klar; der er tale om *acte claire*, og en eventuel besvarelse af spørgsmålene kan under ingen omstændigheder antages at påvirke sagens afgørelse. Appellanternes anmodning om præjudiciel forelæggelse må følgelig afvises i sin helhed.

5. OMKOSTNINGER

Appellanterne har efter indstævntes opfattelse alene anlagt denne sag for at forhale håndhævelsen af de aftaler, parterne har indgået, samt i forsøget på at opnå en fornyet prøvelse af en voldgiftskendelse, der i sagens natur skulle have afsluttet tvisten mellem parterne. Dermed har appellanterne - i manglende anerkendelse af voldgiftssagens resultat - inddraget indstævnte i en unødigt retlig proces, som har været behandlet for nu tre forskellige instanser. Indstævnte gør gældende, at disse forhold samt sagens omfang og karakter i øvrigt, herunder appellanternes justerede synspunkter undervejs i processen, bør tillægges væsentlig betydning ved Østre Landsrets fastsættelse af omkostninger i sagen.

6. MOMSREGISTRERING

Indstævnte er ikke momsregistreret.

Under hovedforhandlingen har Haarslev Holding S.à.r.l. yderligere gjort gældende, at de aftalte konkurrenceklausuler har været et nødvendigt led i parterne aftale og derfor ikke kan anses for konkurrencebegrænsende.

Retsgrundlaget

Voldgiftsloven

Voldgiftsloven (lov nr. 553 af 24. juni 2005) indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

”§ 6. Tvister i retsforhold, som parterne har fri rådighed over, kan afgøres ved voldgift, medmindre andet er bestemt.

...

§ 27.

...

Stk. 2. Skønner voldgiftsretten, at en afgørelse af et EU-retligt spørgsmål er nødvendig, før den afsiger sin kendelse, kan voldgiftsretten anmode domstolene om at anmode De Europæiske Fællesskabers Domstol om at afgøre spørgsmålet.

...

§ 37. En voldgiftskendelse kan kun tilsidesættes af domstolene som ugyldig efter reglerne i stk. 2-4. Er der ikke efter dansk lovgivning i øvrigt værneting for en sag om tilsidesættelse af en voldgiftskendelse, anlægges sagen ved sagsøgerens hjemting eller, såfremt sagsøgeren ikke har hjemting her i landet, i København.

Stk. 2. En voldgiftskendelse kan kun tilsidesættes, såfremt

1) den part, der anmoder om tilsidesættelse, godtgør,

...

2) retten finder,

a) at tvisten efter sin art ikke kan afgøres ved voldgift, eller

b) at voldgiftskendelsen er åbenbart uforenelig med landets retsorden.

Stk. 3. Såfremt en ugyldighedsgrund kun angår en del af voldgiftskendelsen, kan kun denne del tilsidesættes.

...

Stk. 6. Tilsidesættes en voldgiftskendelse, forbliver voldgiftsaftalen virksom mellem parterne, medmindre andet er aftalt mellem parterne eller følger af dommen om tilsidesættelse."

Af forarbejderne til voldgiftsloven, jf. lovforslag nr. 127 om forslag til lov om voldgift af 16. marts 2005, fremgår i tillæg til det af Sø- og Handelsretten herfra citerede bl.a.:

"Almindelige bemærkninger

...

5.5. Voldgiftsaftalen

5.5.1. Det anføres i Advokatrådets redegørelse, at princippet om, at parterne kan aftale voldgift for allerede opståede tvister eller fremtidige tvister i anledning af et konkret retsforhold, bør lovfæstes.

Det fremgår endvidere af redegørelsen, at arbejdsgruppen har overvejet, om voldgiftsloven bør indeholde en regel om, hvilke tvister der efter

deres art kan afgøres ved voldgift. Arbejdsgruppen finder på den ene side, at det vil være hensigtsmæssigt at lovfæste princippet om, at parterne kan aftale voldgift i retsforhold, som de har fri rådighed over. På den anden side finder arbejdsgruppen, at det vil føre for vidt at fastsætte yderligere og mere detaljerede regler om, hvilke sager der kan afgøres ved voldgift. I det omfang der er behov for at udelukke visse sagstyper fra voldgift, er det arbejdsgruppens opfattelse, at dette bør reguleres i den pågældende særlovgivning, f.eks. lejeloven.

Arbejdsgruppen foreslår, at voldgiftsaftaler i forbrugerforhold, der er indgået før tvistens opståen, ikke skal være bindende for forbrugeren. Arbejdsgruppen henviser bl.a. til en lignende regel i svensk ret og til, at en tilsvarende begrænsning findes i dansk ret for værnetingsaftaler i forbrugerforhold, jf. retsplejelovens § 245, stk. 2.

...

5.5.2. Retsplejerådet kan i sin udtalelse tiltræde arbejdsgruppens forslag om at forbyde forudgående voldgiftsaftaler i forbrugerforhold. Voldgift som retsinstitut er først og fremmest møntet på og egnet til afgørelse af tvister i erhvervsforhold, og hensynet til beskyttelsen af forbrugere tilsiger, at der i forbrugerforhold ikke bør kunne indgås en voldgiftsaftale, før tvisten er opstået.

...

Der henvises til pkt. 3.5 i Retsplejerådets udtalelse.

5.5.3. Justitsministeriet er enig i forslaget om at lovfæste, at parterne kan aftale voldgift for allerede opståede tvister eller fremtidige tvister i anledning af et bestemt retsforhold, som parterne har fri rådighed over. Justitsministeriet er ligeledes enig i, at det ikke vil være hensigtsmæssigt i voldgiftsloven at medtage mere detaljerede regler om, hvilke tvister der kan afgøres ved voldgift, og at hvis der er behov for at udelukke visse sagstyper fra voldgift, bør det reguleres i den pågældende særlovgivning, sådan som det f.eks. er sket i lejeloven for så vidt angår beboelseslejemål.

Justitsministeriet kan endvidere tilslutte sig forslaget om, at voldgiftsaftaler i forbrugerforhold, der er indgået før tvistens opståen, ikke skal være bindende for forbrugeren. ...

...

Justitsministeriet finder endvidere, at der også for voldgift, der finder sted i udlandet, eller hvor det endnu ikke er fastlagt, hvor voldgiften skal finde sted, i voldgiftsloven bør fastsættes et udtrykkeligt forbud mod forudgående voldgiftsaftaler i forbrugerforhold.

Justitsministeriet kan af de grunde, som er anført af Retsplejerådet, tilslutte sig rådets forslag om, at en indsigelse om, at der er tale om en forudgående voldgiftsaftale i forbrugerforhold, kun skal kunne fortabes, hvis forbrugeren deltager i voldgiftssagen efter udtrykkeligt at væ-

re gjort bekendt med, at voldgiftsaftalen ikke er bindende. Forbrugers deltageelse i voldgiftssagen med viden om, at voldgiftsaftalen ikke er bindende, må efter almindelige aftaleretlige principper anses som en efterfølgende godkendelse (ratihabering) af voldgiftsaftalen, som herved opnår gyldighed.

...

Der henvises til lovforslagets §§ 6 og 7 og § 16, stk. 4, 2. pkt., og bemærkningerne hertil.

...

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser

FN's Kommission om Handelsrets (UNCITRAL's) modellov om international handelsvoldgift fra 1985 betegnes i det følgende som »modelloven«.

...

Til § 6

Bestemmelsen angiver, hvilke tvister der efter deres art kan afgøres ved voldgift. Modelloven regulerer ikke direkte dette spørgsmål, men forudsætter i flere bestemmelser, at der findes regler herom.

Bestemmelsen gælder, hvad enten voldgiften finder sted her i landet eller i udlandet, eller det endnu ikke er fastlagt, hvor voldgiften skal finde sted, jf. § 1, stk. 2, og bemærkningerne hertil. Bestemmelsen kan ikke fraviges ved aftale, heller ikke ved en aftale om anvendelse af fremmed ret (dvs. bestemmelsen er internationalt præceptiv).

Bestemmelsen går ud på, at voldgift kan aftales i retsforhold, som parterne har fri rådighed over, medmindre andet er bestemt.

Forbeholdet om, at andet kan være bestemt, tager sigte på, at det i anden lovgivning kan være fastsat, at bestemte tvister ikke kan afgøres ved voldgift. Som eksempel kan nævnes, at lejelovens § 112 a udelukker voldgift for tvister om beboelseslejemål.

Den foreslåede § 6 er i overensstemmelse med gældende ret. Udgangspunktet er således fortsat, at parterne kan aftale voldgift vedrørende alle civilretlige forhold, som parterne har fri rådighed over (dispositive sager).

Hvad parterne ikke kan indgå aftale om (indispositive sager), kan de heller ikke indgå voldgiftsaftale om. Særligt inden for familierettens område vil adgangen til at indgå aftale om voldgift derfor ofte være udelukket, f.eks. om afgørelse af spørgsmål vedrørende faderskab, adoption, forældremyndighed, samvær eller ægteskabs ophævelse.

Voldgift kan endvidere fortsat ikke aftales i tvister reguleret af offentlige regler, som varetager almene interesser, jf. Højesterets dom gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 1999 side 829.

Voldgift er derimod ikke i sig selv udelukket, blot fordi tvisten er helt eller delvis reguleret af regler, der ikke kan fraviges ved forudgående aftale (præceptive regler). Det gælder bl.a. meget forbrugerbeskyttende lovgivning, hvor voldgift således ikke efter sagens art vil være udelukket. Derimod foreslås der en særskilt regel om, at forudgående voldgiftsaftaler i sager om forbrugeraftaler ikke er bindende for forbrugeren, jf. § 7, stk. 2, og bemærkningerne hertil.

Der henvises i øvrigt til pkt. 5.5 i lovforslagets almindelige bemærkninger

...

Til § 27

Bestemmelsen angår bevisoptagelse ved domstolene og domstolenes forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen til brug for en voldgiftssag. Bestemmelsens stk. 1 om bevisoptagelse ved domstolene til brug for en voldgiftssag svarer indholdsmæssigt til modellovens art. 27, hvorimod bestemmelsens stk. 2 om domstolenes forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen til brug for en voldgiftssag ikke har noget modstykke i modelloven.

Bestemmelsen kan ikke fraviges ved aftale. Bestemmelsens stk. 1 om bevisoptagelse ved domstolene til brug for en voldgiftssag gælder for voldgift, der finder sted i Danmark eller i udlandet, eller hvor det endnu ikke er fastlagt, hvor voldgiften skal finde sted. Bestemmelsens stk. 2 om domstolenes forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen til brug for en voldgiftssag gælder for voldgift, der finder sted i Danmark.

...

Stk. 2 giver mulighed for, at voldgiftsretten anmoder domstolene om at forelægge præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen. Formålet med bestemmelsen er, at tvivlsspørgsmål vedrørende EU-retlige spørgsmål, der opstår under en voldgiftssag, kan blive forelagt EF-domstolen til afgørelse i samme omfang, som når en tilsvarende tvist behandles ved domstolene. Domstolenes imødekommelse af en anmodning efter stk. 2 beror derfor på, om domstolene ville have fundet grundlag for præjudiciel forelæggelse for EF-domstolen, hvis tvisten var under behandling ved domstolene og ikke ved en voldgiftsret. Præjudiciel forelæggelse kan således kun ske, i det omfang der ville have været grundlag for en præjudiciel forelæggelse, hvis en tilsvarende tvist verserede ved domstolene."

Af Justitsministeriets kommenterede oversigt over høringsvar vedrørende udkastet til ny voldgiftslov fremgår bl.a. (ministeriets kommentar er kursiveret):

”**Danmarks Rederiforening** kan generelt tilslutte sig udkastet til en ny voldgiftslov, men foreslår, at det i bemærkningerne præciseres, at en voldgiftsret som led i en sag om civilt ansvar har mulighed for præjudicielt at tage stilling til, om der f.eks. er sket overtrædelse af konkurrence-loven.

...

Lovforslagets § 6 lovfæster adgangen til at aftale voldgift i retsforhold, som parterne har fri rådighed over. Forslaget er således ikke udtryk for en ændring af gældende ret. Som anført i bemærkningerne til bestemmelsen, kan voldgift fortsat ikke aftales i tvister reguleret af offentligretlige regler, som varetager almene interesser, og det må antages bl.a. at kunne være konkurrenceretlige regler.”

EU-retlig praksis

Af EU-Domstolens dom af 26. oktober 2006 i sag C-168/05, Elisa María Mostaza Claro mod Centro Móvil Milenium SL., fremgår bl.a.:

- ”33 Móvil og den tyske regering har gjort gældende, at den effektive virkning af voldgiftskendelser ville lide alvorlig skade, hvis en ret kunne påkende spørgsmålet om, hvorvidt en voldgiftsaftale er ugyldig, i tilfælde hvor forbrugeren ikke har påberåbt sig denne ugyldighed under voldgiftssagen.
- 34 Dette argument er et udtryk for en opfattelse, hvorefter de krav, der vedrører hensynet til en effektiv voldgiftsprocedure, kan begrunde, at efterprøvelsen af voldgiftskendelser får en begrænset karakter, og at en kendelse kun kan annulleres eller dens anerkendelse afvises i ekstraordinære tilfælde (dom af 1.6.1999, sag C-126/97, Eco Swiss, Sml. I, s. 3055, præmis 35).
- 35 Domstolen har imidlertid allerede fastslået, at i det omfang en national ret efter nationale processuelle regler skal efterkomme en begæring om annullation af en voldgiftskendelse, der støttes på, at nationale ufravigelige retsgrundsætninger er overtrådt, skal den også efterkomme en sådan begæring, når den støttes på tilsidesættelsen af fællesskabsbestemmelser af denne art (jf. i denne retning Eco Swiss-dommen, præmis 37).
- 36 Betydningen af forbrugerbeskyttelsen har navnlig medført, at fællesskabslovgiver i direktivets artikel 6, stk. 1, har fastsat, at urimelige kontraktvilkår i en aftale, som en erhvervsdrivende har indgået med en forbruger, »ikke binder forbrugeren«. Dette er en bindende bestemmelse, der i betragtning af at en af kontraktparterne befinder sig i en svagere stilling, har til hensigt at erstatte den formelle balance, som kontrakten indfører mellem kontraktparternes rettigheder og forpligtelser, med en reel balance, der skal genindføre ligheden mellem parterne.

- 37 Direktivet, der har til hensigt at styrke forbrugerbeskyttelsen, er desuden efter artikel 3, stk. 1, litra t), EF en bestemmelse, der er nødvendig for udførelsen af de opgaver, som er blevet overdraget til Fællesskabet, og navnlig for en forbedring af levestandarden og livskvaliteten i hele Fællesskabet (jf. analogt i forbindelse med artikel 81 EF Eco Swiss-dommen, præmis 36).
- 38 Arten og betydningen af den almene interesse, der ligger til grund for den beskyttelse, direktivet indeholder for forbrugerne, berettiger i øvrigt, at de nationale retsinstanser af egen drift skal efterprøve, om et kontraktvilkår er urimeligt, og dermed afhjælpe den manglende ligevægt mellem forbrugeren og den erhvervsdrivende.
- 39 På baggrund af ovenstående skal det forelagte spørgsmål besvares med, at direktivet skal fortolkes således, at det indebærer, at en national ret, der er blevet forelagt et søgsmål om annullation af en voldgiftskendelse, skal efterprøve, om voldgiftsaftalen er ugyldig, og annullere kendelsen med den begrundelse, at aftalen indeholder et urimeligt kontraktvilkår, selv om forbrugeren ikke har påberåbt sig ugyldigheden under voldgiftssagen, men først under annullationssøgsmålet."

I dom af 6. oktober 2009 i sag C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL mod Maria Cristina Rodríguez Nogueira, udtalte EU-Domstolen i sit svar på et præjudicielt spørgsmål (gengivet i præmis 27) om, hvorvidt det følger af forbrugerbeskyttelsen i direktiv 93/13, at den ret, der behandler en begæring om tvangsfuldbyrdelse af en endelig voldgiftskendelse, der er afsagt, uden at forbrugeren har givet møde, af egen drift skal efterprøve, om voldgiftsaftalen er ugyldig, og følgelig skal ophæve voldgiftskendelsen, hvis den finder, at den nævnte aftale indeholder en urimelig voldgiftsklausul til skade for forbrugeren, følgende:

"

"28 Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 93/13 skal fortolkes således, at en national ret, hvortil der er indgivet en begæring om tvangsfuldbyrdelse af en retskraftig voldgiftskendelse, der er afsagt, uden at forbrugeren har givet møde, af egen drift skal påpege, at en voldgiftsklausul i en aftale mellem en erhvervsdrivende og en forbruger udgør et urimeligt kontraktvilkår, således at retten er forpligtet til at ophæve den nævnte kendelse.

- 29 For at kunne besvare det stillede spørgsmål må det indledningsvis bemærkes, at den ved direktiv 93/13 indførte beskyttelsesordning hviler på den betragtning, at forbrugeren befinder sig i en svagere stilling end den erhvervsdrivende såvel hvad angår forhandlingsstyrke som informationsniveau, og at forbrugeren som følge heraf tiltræder betingelser, som på forhånd er udarbejdet af den erhvervsdrivende, uden at han kan øve nogen indflydelse på disses indhold (dom af 27.6.2000, forenede sager C-240/98 – C-244/98,

Océano Grupo Editorial og Salvat Editores, Sml. I, s. 4941, præmis 25, og af 26.10.2006, sag C-168/05, Mastaza Claro, Sml. I, s. 10421, præmis 25).

- 30 Under hensyntagen til denne svagere stilling bestemmer direktivets artikel 6, stk. 1, at urimelige kontraktvilkår ikke er bindende for forbrugeren. Som det fremgår af retspraksis, er der tale om en præceptiv bestemmelse, der har til formål at erstatte den formelle balance, som kontrakten indfører mellem kontraktparternes rettigheder og forpligtelser, med en reel balance, der skal genindføre ligheden mellem parterne (jf. Mostaza Claro-dommen, præmis 36, og dom af 4.6.2009, sag C-243/08, Pannon GSM, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 25).
- 31 For at sikre den ved direktiv 93/13 tilsigtede beskyttelse har Domstolen ligeledes flere gange understreget, at uligheden mellem forbrugeren og den erhvervsdrivende alene kan ophæves ved positive foranstaltninger, der er uafhængige af kontraktparterne selv (jf. dommen i sagen Océano Grupo Editorial og Salvat Editores, præmis 27, samt Mostaza Clara-dommen, præmis 26).
- 32 Det er på baggrund af disse principper, at Domstolen således har fastslået, at de nationale retter af egen drift skal efterprøve, om et kontraktvilkår er urimeligt (jf. Mostaza Claro-dommen, præmis 38).
- 33 Denne sag adskiller sig imidlertid fra den, der gav anledning til Mostaza Claro-dommen, idet Cristina Rodríguez Nogueira har forholdt sig fuldstændigt passiv under de forskellige procedurer i forbindelse med tvisten mellem hende og Asturcom, og navnlig har hun ikke anlagt annulationsøgsmål vedrørende den af AEADE afsagte voldgiftskendelse under anbringende af, voldgiftsklausulen udgør et urimeligt kontraktvilkår, hvilket har haft til følge, at kendelsen fik retskraft.
- 34 På denne baggrund skal det afgøres, om kravet om at erstatte den formelle balance, som kontrakten indfører mellem kontraktparternes rettigheder og forpligtelser, med en reel balance, der skal genindføre ligheden mellem parterne, forpligter den fuldbyrdende retsinstans til at sikre forbrugeren fuldstændig beskyttelse, og dette endog i tilfælde, hvor denne ikke har foretaget nogen som helst retlige skridt for at gøre sin ret gældende, og til trods for de nationale processuelle regler, der udmønter princippet om retskraft.
- 35 I den henseende må der frem for alt erindres om vigtigheden af retskraftprincippet både inden for Fællesskabets retsorden og i de nationale retssystemer.
- 36 Domstolen har haft lejlighed til at præcisere, at såvel hensynet til at sikre en stabil retstilstand og stabile retlige relationer som retsplejehensyn gør det påkrævet, at retsafgørelser, der er blevet endelige, efter at de hjemlede appelmuligheder er udnyttet, eller efter at ap-pelfristerne er udløbet, ikke længere kan anfægtes (dom af 30.9.2003, sag C-224/01, Köbler, Sml. I, s. 10239, præmis 38, af

16.3.2006, sag C-234/04, Kapferer, Sml. I, s. 2585, præmis 20, og af 3.9.2009, sag C-2/08, Fallimento Olimpiclub, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 22).

- 37 Herefter følger det af Domstolens praksis, at fællesskabsretten ikke pålægger en national ret at undlade at anvende interne processuelle regler, der tillægger en afgørelse retskraft, selv om dette gør det muligt at afhjælpe en tilsidesættelse af en fællesskabsbestemmelse, uanset dennes karakter, der er sket ved den omhandlede afgørelse (jf. dom af 1.6.1999, sag C-126/97, Eco Swiss, Sml. I, s. 3055, præmis 47 og 48, Kapferer-dommen, præmis 21, og Fallimento Olimpiclub-dommen, præmis 23).
- 38 I mangel af fællesskabsbestemmelser på området henhører udformningen af retskraftprincippet under medlemsstaternes interne retsorden i henhold til princippet om, at disse frit kan anvende deres egne processuelle regler. Disse regler bør imidlertid hverken være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende situationer i national ret (ækvivalensprincippet), eller være udformet således, at de i praksis umuliggør eller uforholdsmæssigt vanskeliggør udøvelsen af rettigheder, der hjemles i Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet) (jf. navnlig Kapferer-dommen, præmis 22, og Fallimento Olimpiclub-dommen, præmis 24).
- 39 Hvad for det første angår effektivitetsprincippet skal det bemærkes, at Domstolen allerede har fastslået, at hvert enkelt tilfælde, hvor der opstår spørgsmål om, hvorvidt en national processuel bestemmelse gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at anvende fællesskabsretten, skal bedømmes under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn, for de forskellige nationale instanser. Under denne synsvinkel skal der i givet fald tages hensyn til de principper, der ligger til grund for den nationale retspleje, bl.a. beskyttelsen af retten til forsvar, retssikkerhedsprincippet og princippet om en hensigtsmæssig sagsbehandling (dom af 14.12.1995, sag C-312/93, Peterbroeck, Sml. I, s. 4599, præmis 14, og Fallimento Olimpiclub-dommen, præmis 27).
- 40 I det foreliggende tilfælde er den voldgiftskendelse, der er omhandlet i hovedsagen, blevet endelig, fordi vedkommende forbruger ikke har anlagt annulationsøgsmål til prøvelse af kendelsen inden for de frister, der er fastsat herfor.
- 41 I den henseende må det bemærkes, at ifølge fast retspraksis er fastsættelse af rimelige, præklusive søgsmålsfrister af hensyn til retssikkerheden forenelig med fællesskabsretten (jf. i denne retning dom af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe-Zentralfinanz og Rewe-Zentral, Sml. s. 1989, præmis 5, af 10.7.1997, sag C-261/95, Palmisani, Sml. I, s. 4025, præmis 28, og af 12.2.2008, sag C-2/06, Kempter, Sml. I, s. 411, præmis 58). Disse frister har nemlig ikke en sådan karakter, at udøvelsen af de rettigheder, der er tillagt i henhold til fællesskabsretten, gøres praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt (jf.

i denne retning dom af 24.9.2002, sag C-255/00, Grundig Italiana, Sml. I, s. 8003, s. 34).

- 42 Det må herefter undersøges, om en frist på to måneder som fastsat i artikel 41, stk. 4, i lov nr. 60/2003 er rimelig, efter hvis udløb, når der ikke er anlagt annullationssøgsmål, en voldgiftskendelse bliver endelig og således får retskraft.
- 43 I denne sag må det for det første fastslås, som Domstolen allerede har fastslået, at en søgsmålsfrist på 60 dage ikke i sig selv er kritisk (jf. i denne retning Peterbroeck-dommen, præmis 16).
- 44 En sådan præklusiv frist indebærer et rimeligt tidsrum, idet den giver mulighed for at vurdere, om der er grundlag for at få efterprøvet voldgiftskendelsen, og i givet fald at forberede et annullationssøgsmål til prøvelse af sidstnævnte. I den forbindelse bemærkes, at det i denne sag på ingen måde er gjort gældende, at de nationale processuelle regler vedrørende anlæggelse af annullationssag til prøvelse af en voldgiftskendelse, herunder navnlig den herom fastsatte frist på to måneder, er urimelige.
- 45 For det andet må det præciseres, at fristen i henhold til artikel 41, stk. 4, i lov nr. 60/2003 begynder at løbe fra forkyndelsen af voldgiftskendelsen. Forbrugeren befinder sig således i hovedsagen ikke i en situation, hvor den præklusive frist begynder at løbe, eller er udløbet, uden at hun har haft kendskab til virkningerne af den urimelige voldgiftsklausul i forhold til hende.
- 46 På denne baggrund forekommer en sådan søgsmålsfrist at være i overensstemmelse med effektivitetsprincippet, i det omfang den ikke i sig selv gør det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tilkommer forbrugerne i henhold til direktivet (jf. i denne retning dom af 27.2.2003, sag C-327/00, Santex, Sml. I, s. 1877, præmis 55).
- 47 Under alle omstændigheder må respekten for effektivitetsprincippet ikke føre til, at det under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen, kræves, at en national ret ikke alene skal kompensere for en processuel undladelse hos en forbruger, der ikke er bekendt med sine rettigheder, som det var tilfældet i den sag, der gav anledning til Mostaza Claro-dommen, men også skal kompensere for den pågældende forbrugers fuldstændige passivitet, som det er tilfældet for så vidt angår sagsøgte i hovedsagen, der hverken har deltaget i voldgiftssagen eller har anlagt et annullationssøgsmål til prøvelse af voldgiftskendelsen, der som følge heraf blev endelig.
- 48 I lyset af de ovenfor anførte betragtninger må det fastslås, at de processuelle regler, der er fastsat i det spanske system om beskyttelse af forbrugere mod urimelige kontraktvilkår, ikke gør det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, som direktiv 93/13 giver forbrugerne.

- 49 Hvad for det andet angår ækvivalensprincippet kræver dette, at de krav, der opstilles i national ret for af egen drift at påse overholdelsen af fællesskabsbestemmelser, ikke må være mindre gunstige end kravene til af egen drift at påse overholdelsen af interne regler på samme niveau (jf. i denne retning bl.a. dom af 14.12.1995, forenede sager C-430/93 og C-431/93, van Schijndel og van Veen, Sml. I, s. 4705, præmis 13 og 17 og den deri nævnte retspraksis).
- 50 For at kunne vurdere, om det nævnte princip overholdes i den sag, der er indbragt for den nationale ret, tilkommer det denne, der er den eneste, som har direkte kendskab til de processuelle regler for sagsanlæg i national ret, at efterprøve såvel formålet med som de væsentligste momenter ved søgsmål på grundlag af national ret, som hævdes at være tilsvarende søgsmål (jf. navnlig dom af 16.5.2000, sag C-78/98, Preston m.fl., Sml. I, s. 3201, præmis 49 og 56). Domstolen kan imidlertid med henblik på den bedømmelse, som nævnte ret skal foretage, give den visse oplysninger vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten (jf. dommen i sagen Preston m.fl., præmis 50).
- 51 Således som det er anført i denne doms præmis 30, må det imidlertid præciseres, at artikel 6, stk. 1, i direktiv 93/13 er en præceptiv bestemmelse. Det bør endvidere fremhæves, at direktivet i henhold til Domstolens retspraksis er en foranstaltning, der efter artikel 3, stk. 1, litra t), EF er nødvendig for udførelsen af de opgaver, der er overdraget til Det Europæiske Fællesskab, og navnlig for en forbedring af levestandarden og livskvaliteten i hele Fællesskabet (jf. Mostaza Claro-dommen, præmis 37).
- 52 I betragtning af karakteren og betydningen af den offentlige interesse, som den beskyttelse, direktiv 93/13 giver forbrugerne, hviler på, må det fastslås, at det nævnte direktivs artikel 6 skal anses for ligeværdig med nationale regler, der inden for interne retsorden har rang af ufravigelige retsgrundsætninger.
- 53 Det følger heraf, at i det omfang den nationale ret, der er anmodet om at tvangsfuldbyrde en endelig voldgiftskendelse, i henhold til de nationale processuelle regler af egen drift skal efterprøve, om en voldgiftsklausul er uforenelig med ufravigelige nationale retsgrundsætninger, skal den ligeledes af egen drift efterprøve, om denne klausul er urimelig i henhold til direktivets artikel 6, så snart retten råder over de oplysninger vedrørende de retlige eller faktiske omstændigheder, som denne prøvelse kræver (jf. i denne retning Pannon GSM-dommen, præmis 32).
- 54 En sådan forpligtelse påhviler ligeledes en national ret, når den i henhold til sin interne retsorden blot råder over muligheden for af egen drift at efterprøve en sådan klausuls uforenelighed med ufravigelige nationale retsgrundsætninger (jf. i denne retning van Schijndel og van Veen-dommen, præmis 13, 14 og 22, såvel som Kempter-dommen, præmis 45).

- 55 Ifølge den spanske regering har en ret, der kan fuldbyrde en voldtgiftskendelse, der er blevet endelig, kompetence til af egen drift at efterprøve gyldigheden af en voldtgiftsklausul, der er indeholdt i en aftale indgået mellem en forbruger og en erhvervsdrivende, som følge af den omstændighed, at klausulen er i strid med ufravigelige nationale retsgrundsætninger. En sådan kompetence fremgår i øvrigt af flere nyere domme afsagt af Audiencia Provincial i Madrid og af Audiencia Nacional.
- 56 Det tilkommer derfor den forelæggende ret at tage stilling til, om dette er tilfældet i den sag, der er forelagt den.
- 57 Endelig må det for så vidt angår konsekvenserne af, at den fuldbyrdende ret har konstateret, at en aftale indgået mellem en erhvervsdrivende og en forbruger indeholder en urimelig voldtgiftsklausul, bemærkes, at artikel 6, stk. 1, i direktiv 93/13 kræver, at medlemsstaterne fastsætter, at urimelige kontraktvilkår ikke binder forbrugeren »i henhold til deres nationale lovgivning«.
- 58 Herefter tilkommer det, som den ungarske regering har anført i sine skriftlige indlæg, den forelæggende ret i henhold til national lovgivning at drage alle de konsekvenser, som eksistensen af en urimelig voldtgiftsklausul medfører for voldtgiftskendelsen, for så vidt som denne klausul ikke kan binde forbrugeren.
- 59 I betragtning af det ovenfor anførte skal det forelagte spørgsmål besvares med, at direktiv 93/13 skal fortolkes således, at en national ret, hvortil der er indgivet en begæring om tvangsfuldbyrdelse af en retskraftig voldtgiftskendelse, der er afsagt, uden at forbrugeren har givet møde, er forpligtet til, så snart den råder over de fornødne faktiske og retlige oplysninger herom, af egen drift at efterprøve, om den voldtgiftsklausul, der er indeholdt i en kontrakt indgået mellem en erhvervsdrivende og en forbruger, er urimelig, for så vidt som retten i henhold til de nationale processuelle regler kan foretage en sådan efterprøvelse i lignende sager af intern art. Hvis dette er tilfældet, påhviler det denne ret at drage alle de konsekvenser, der følger heraf efter national lovgivning, for at sikre, at forbrugeren ikke er bundet af nævnte klausul.”

I generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse af 17. marts 2016 i sag C-567/14, Genentech Inc. mod Hoechst GmbH og Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, står der bl.a. (fodnoter udeladt):

1. Nærværende præjudicielle anmodning vedrører fortolkningen af artikel 101 TEUF. Cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris) ønsker nærmere bestemt oplyst, hvorvidt denne artikel er til hinder for, at der pålægges en patentlicenstager en forpligtelse til at betale licensafgift i hele aftalens løbetid, indtil den opsiges, uanset at det eller de patenter, som licensen omfatter, ikke har været genstand for krænkelse eller er blevet ophævet.

2. Anmodningen er blevet indgivet under en sag angående ophævelse af voldgiftskendelser, hvilken verserer mellem selskabet Genentech Inc., der er stiftet i henhold til lovgivningen i Delaware (De Forenede Stater) (herefter »Genentech«) og de tyske selskaber Hoechst GmbH, tidligere Hoechst AG (herefter »Hoechst«), og Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (herefter »Sanofi-Aventis«).

...

B – Sagens realitet

1. Omfanget af efterprøvelsen af internationale voldgiftskendelser i relation til europæiske ordre public-bestemmelser [(europæiske grundlæggende retsprincipper, herefter »europæiske ordre public-bestemmelser«)]
55. Den franske regering har i sit skriftlige indlæg henvist til, at Domstolen i præmis 32 i dom *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269) fastslog, at den efterprøvelse, som foretages af medlemsstaternes domstole, af internationale voldgiftskendelser, hvorunder der opstår spørgsmål om EU-retten, kan være »mere eller mindre omfattende«, afhængig af hvilke bestemmelser medlemsstaterne har vedtaget inden for rammerne af deres processuelle autonomi. Den franske regering har på dette grundlag gjort gældende, at bestemmelser i fransk ret, hvorefter de franske retsinstanser ikke kan efterprøve realiteten af internationale voldgiftskendelser og er begrænset til under behandlingen af en begæring om ophævelse af en international voldgiftskendelse, som i den foreliggende sag, at undersøge, om der foreligger en »åbenbar« krænkelse af international ordre public, er i overensstemmelse med EU-rettens effektivitetsprincip.
56. Hoechst og Sanofi-Aventis har gjort gældende, at selv om Domstolen i dom *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269) fastslog, at en national ret, der har fået forelagt en begæring om ophævelse af en voldgiftskendelse, ifølge nationale processuelle regler skal tage en begæring om ophævelse til følge, der støttes på en krænkelse af artikel 101 TEUF, forbyder de omhandlede franske processuelle regler efterprøvelse af realiteten for så vidt angår internationale voldgiftskendelser og begrænser omfanget af efterprøvelsen til at omfatte en »åbenbar« krænkelse.
57. Da spørgsmålet om en eventuel uforenelighed mellem licensaftalen og artikel 101 TEUF imidlertid var blevet rejst og behandlet for enevoldgiftsdommeren, som afviste det, er det ifølge Hoechst og Sanofi-Aventis umuligt at besvare det præjudicielle spørgsmål uden at foretage en realitetsprøvelse af tredje delkendelse, for så vidt som en licensaftale som den, den foreliggende sag angår, ikke kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål i relation til artikel 101 TEUF og følgelig ikke kan udgøre en åbenbar krænkelse af artikel 101 TEUF.

58. Efter min opfattelse er de begrænsninger for og omfanget af efterprøvelsen af internationale voldgiftskendelser, som er blevet påberåbt af Hoechst og Sanofi-Aventis samt af den franske regering for så vidt angår fransk ret, hvorefter krænkelsen af international ordre public skal være åbenbar, og det er udelukket at efterprøve en international voldgiftskendelse i henseende til en sådan krænkelse, når spørgsmålet om ordre public var blevet rejst og behandlet for voldgiftsdommeren, i strid med det EU-retlige effektivitetsprincip.
59. Under henvisning til ordningen vedrørende efterprøvelse af foreneligheden af internationale voldgiftskendelser og EU-retten gennem forbeholdet om ordre public, som blev udformet af Domstolen i dom Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), der, som den foreliggende sag, angik en begæring om ophævelse af en international voldgiftskendelse baseret på en ordre public-krænkelse, hvilket bekræftedes af Domstolen i dom Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), der angik en begæring om anerkendelse og fuldbyrdelse af en international voldgiftskendelse, der var blevet anfægtet med henvisning til ordre public, bemærkes, at ifølge Domstolen er såkaldt »aftalebaserede« voldgiftsretter ikke en ret i en af medlemsstaterne i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 267 TEUF. De kan følgelig ikke forelægge præjudicielle spørgsmål. Det påhviler følgelig medlemsstaternes retsinstanter i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 267 TEUF, i givet fald ved hjælp af den præjudicielle forelæggelsesprocedure at undersøge (internationale eller andre) voldgiftskendelsers forenelighed med EU-retten, såfremt der er blevet anlagt sag om ophævelse, fuldbyrdelse eller under en hvilken som helst anden søgsmålstype eller efterprøvelsesform, som er fastsat i den nationale lovgivning, der finder anvendelse.
60. Ordningen med efterprøvelse af internationale voldgiftskendelsers forenelighed med den materielle EU-ret gennem forbeholdet om ordre public under enten en sag til prøvelse af anerkendelse og fuldbyrdelse eller en begæring om ophævelse flytter med andre ord snarere opgaven med at foretage efterprøvelse til senere led, dvs. til retsinstanterne i medlemsstaterne, end til tidligere led, dvs. til voldgiftsretterne.
61. Voldgiftsdommernes opgave inden for international handelsvoldgift er således at fortolke og anvende den kontrakt, der er indgået mellem parterne, korrekt. Under denne opgave kan voldgiftsdommerne naturligvis være nødt til at anvende EU-ret, hvis denne er en del af den ret, der finder anvendelse på kontrakten (lex contractus), eller af den ret, der finder anvendelse på voldgiften (lex arbitrii). Efterprøvelsen af, om EU-retlige ordre public-regler er blevet overholdt, påhviler imidlertid medlemsstaternes retsinstanter, og ikke voldgiftsdommerne, enten under et ugyldighedssøgsmaal eller under en sag angående anerkendelse og fuldbyrdelse.
62. Denne ordning fungerer således modsat ordningen om gensidig tillid, der bl.a. blev indført ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1215/2012 af 12. december 2012 om retternes kom-

petence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område, der pålægger den retsinstans, der forestår anerkendelse og fuldbyrdelse (dvs. retsinstansen i det tidligere led), og ikke det senere led, at sikre, at den EU-ret, der finder anvendelse på sagens realitet, overholdes, herunder EU-retlige ordre public-bestemmelser.

63. På denne baggrund undersøger jeg de to begrænsninger, som fransk ret pålægger.
- a) Den åbenbare eller klare karakter af ordre public-krænkelsen
64. Hvis efterprøvelsen af en international voldgiftskendelse i relation til EU-retlige ordre public bestemmelser (der allerede kun omfatter én, allerede meget begrænset kategori af bestemmelser i EU's retsorden) skal begrænses til klare eller åbenbare krænkelse af artikel 101 TEUF, ville denne efterprøvelse være illusorisk, henset til, at aftaler eller former for adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen, »ofte [er] skjulte«, hvilket i en lang række tilfælde vil gøre det umuligt (eller uforholdsmæssigt vanskeligt) for borgerne at udøve de rettigheder, de er tillagt i henhold til EU-konkurrenceretten.
65. Som Hoechst og Sanofi-Aventis indrømmede i punkt 21 i deres skriftlige indlæg, ligesom deres juridiske sagkyndige gjorde i punkt 5 i sin udtalelse, ville denne yderst begrænsede efterprøvelse bevirke, at den kun omfatter »[de] mest åbenlyse krænkelse [af artikel 101 TEUF], såsom aftaler om prisfastsættelse eller opdeling af markedet«. Konkurrencebegrænsende virkninger ville således fuldstændig blive unddraget domstolskontrol under en ugyldigheds-sag, idet konstateringen af deres eksistens ville kræve mere end en blot minimal undersøgelse af voldgiftskendelsens realitet, hvilket de franske retsinstanser ikke ville kunne foretage.
66. Selv om der findes en graduering af overtrædelserne af artikel 101 TEUF afhængig af, hvor åbenlyse eller skadelige de er, bl.a. henset til formålet med eller følgen af begrænsningerne (44), tillader artikel 101 TEUF på ingen måde, at det sluttes, at visse af disse begrænsninger kan være acceptable. Artikel 101 TEUF forbyder således udtrykkeligt aftaler mellem virksomheder, »som har til formål eller til følge« at begrænse konkurrencen. Forholdet er følgelig, at der enten foreligger en overtrædelse af artikel 101 TEUF, i hvilket tilfælde aftalen mellem de omhandlede virksomheder er ugyldig, eller at dette ikke er tilfældet.
67. I denne forbindelse er det følgelig uvæsentligt, om krænkelsen af ordre public-bestemmelsen er åbenbar eller ej. Ingen systemer kan acceptere krænkelse af dets mest grundlæggende bestemmelser, der udgør en del af dets ordre public, og dette uanset om karakteren af disse krænkelse er åbenbar, eller indlysende, eller dette ikke er tilfældet.

- b) Manglende mulighed for at efterprøve, om en international voldgiftskendelse krænker ordre public, når spørgsmålet har været rejst og er blevet behandlet for voldgiftsretten, idet dette ville indebære en efterprøvelse af realiteten af den nævnte kendelse
68. Domstolen fastslog i præmis 36 i dom *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269), at artikel 101 TEUF (tidligere artikel 81 EF) var »en grundlæggende bestemmelse, der er nødvendig for udførelsen af de opgaver, som er blevet overdraget til [Unionen], og navnlig for det indre markeds funktion«.
69. Domstolen fastslog i øvrigt i præmis 37 i dom *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316), at voldgiftsretterne ikke er bundet af princippet om gensidig tillid. Dette indebærer, at medlemsstaternes retsinstanser ikke er forpligtede til at respektere svar på EU-retlige spørgsmål fra voldgiftsretter, der ikke er retter i medlemsstaterne i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 267 TEUF.
70. Såfremt artikel 101 TEUF således er en så grundlæggende bestemmelse i EU's retsorden, kan den omstændighed, at parterne for voldgiftsretten har rejst og behandlet spørgsmålet om, hvorvidt den internationale voldgiftskendelse er uforenelig med denne bestemmelse, ikke være afgørende, da parternes adfærd under voldgiftssagen ville kunne skade den effektive virkning af denne artikel, idet voldgiftsretten i princippet ikke kan forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen og ikke nødvendigvis har til opgave at fortolke og anvende EU-retten.
71. Af disse grunde kan den efterprøvelse, som en ret i en medlemsstat foretager af internationale voldgiftskendelsers uforenelighed med EU-rettens ordre public, ikke afhænge af, om dette spørgsmål har været rejst eller er blevet behandlet under voldgiftssagen eller ej, og kan ikke undergives begrænsninger gennem forbud i national ret mod efterprøvelse af realiteten i den omhandlede kendelse.
72. En eller flere parter i aftaler, som eventuelt er konkurrencebegrænsende, kan med andre ord ikke unddrage disse sidstnævnte kontrol i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF ved at vælge voldgift.
2. Kræver artikel 101, stk. 1, TEUF, at en international voldgiftskendelse, som den hovedsagen angår, hvorved en patentlicensaftale medfører en forpligtelse til betaling af løbende licensafgifter i hele aftalens løbetid, selv for det tilfælde at et patent, der dækker den omhandlede teknologi, ophæves med tilbagevirkende kraft (i den foreliggende sag patent EP 177), eller såfremt udnyttelsen af den omhandlede teknologi ikke indebærer en krænkelse (i den foreliggende sag af patent US 522 og patent US 140), skal ophæves?

...”

I Domstolens dom af 7. juli 2016 i sagen behandles det af generaladvokaten rejste spørgsmål om omfanget af efterprøvelsen af internationale voldgiftskendel-

ser i relation til EU-konkurrencebestemmelserne ikke. Af dommen fremgår herved bl.a.:

"Formaliteten

...

- 24 Hoechst har for det andet gjort gældende, at der ikke kan gives den forelæggende ret et fyldestgørende svar. Virksomheden har anført, at for så vidt angår et søgsmål med påstand om ophævelse af en international voldgiftskendelse har de nationale retsinstanser ikke beføjelse til at efterprøve den måde, hvorpå voldgiftsdommeren har afgjort konkurrencespørgsmål, når denne i den endelige voldgifts-afgørelse har fundet, at der ikke foreligger en overtrædelse af artikel 101 TEUF.
- 25 Den franske regering har tilføjet, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke indeholder de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at der kan gives en fyldestgørende besvarelse af det forelagte spørgsmål. Navnlig indeholder anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke en angivelse af de faktiske vilkår for det eller de omhandlede markeders funktion og strukturen deraf. Den forelæggende ret har undladt at angive visse relevante retlige instrumenter vedrørende EU-konkurrenceretten og har heller ikke angivet noget forhold vedrørende tysk ret, som licensaftalen er underlagt.
- 26 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at inden for rammerne af det samarbejde, der i henhold artikel 267 TEUF er indført mellem Domstolen og de nationale retter, tilkommer det udelukkende den nationale ret, som tvisten er indbragt for, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når det forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse. Domstolen kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national retsinstans, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (dom af 13.3.2001, PreussenElektra, C-379/98, EU:C:2001:160, præmis 38 og 39, og af 22.6.2010, Melki og Abdeli, C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:363, præmis 27).
- 27 Da den forelæggende ret i den foreliggende sag har forespurgt om, hvorvidt artikel 101 TEUF er til hinder for, at licensaftalen gennemføres i henhold til den fortolkning, enevoldgiftsdommeren har givet den, fremgår det ikke klart, at det spørgsmål, som Domstolen er

blevet forelagt vedrørende fortolkningen af denne bestemmelse i EUF-traktaten, er uden betydning med henblik på at afgøre tvisten i hovedsagen. Forelæggelsesafgørelsen gør kort, men præcist, rede for baggrunden for og karakteren af den tvist, hvis afgørelse efter den forelæggende rets opfattelse afhænger af fortolkningen af artikel 101 TEUF. Det følger heraf, at den forelæggende ret i tilstrækkeligt omfang har angivet såvel de faktiske som de retlige rammer, som dens anmodning om fortolkning af EU-retten indgår i, til at Domstolen kan give en fyldestgørende besvarelse af det forelagte spørgsmål.

- 28 For det tredje har Hoechst og den franske regering gjort gældende, at det spørgsmål, den forelæggende ret har stillet, ikke svarer til de faktiske omstændigheder i hovedsagen, for så vidt som de amerikanske patenter, som alene er relevante for tvisten i hovedsagen, ikke er blevet annulleret.
- 29 Det må i denne forbindelse fastslås, at den forelæggende ret ganske vist har formuleret sit spørgsmål på en sådan måde, at det kan forstås således, at det vedrører den særlige situation, hvor licenstageren er forpligtet til at betale licensafgift for anvendelsen af de rettigheder, der er knyttet til patenterne, selv om disse patenter er blevet annulleret.
- 30 Som generaladvokaten har anført i punkt 36 i sit forslag til afgørelse, fremgår det imidlertid klart af ordlyden af anmodningen om præjudiciel afgørelse, således som den i det væsentlige gengives i denne doms præmis 12 og 13, at den forelæggende ret er bekendt med den omstændighed, at patent US 522, udstedt den 15. december 1998, og US 140, udstedt den 17. april 2001, som det er uomtvistet, er de eneste, der er relevante i forhold til hovedsagen, ikke er blevet annulleret. Den forelæggende rets henvisning til annulation af patenterne gentager blot visse angivelser i præmis 193 og 194 i den tredje delkendelse, hvis indhold åbenbart modsiges af såvel resten af denne kendelse, herunder navnlig præmis 51-53, som beviserne i de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen.
- 31 Det præjudicielle spørgsmål kan dermed antages til realitetsbehandling.
- ...
- 43 På baggrund af ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 101 TEUF skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for, at det i henhold til en licensaftale som den i hovedsagen omhandlede pålægges licenstageren at betale licensafgift for anvendelsen af en patenteret teknologi for hele aftalens gyldighedsperiode i tilfælde af, at de patenter, der er omfattet af licensen, ophæves, eller der ikke foreligger krænkelse deraf, når licenstageren frit har kunnet ophæve denne aftale med et rimeligt varsel."

EU-Domstolen (Store Afdeling) har i dom af 6. marts 2018 i sag C-284/16, Slovakiske Republik mod Achmea BV, der angik foreneligheden med EU-retten af en bestemmelse i en bilateral investeringsaftale, der blev indgået i 1991 mellem Holland og den daværende Tjekkiske og Slovakiske Føderative Republik, og som stadig gjaldt mellem Holland og Slovakiet, og som gjorde det muligt for en investor i en kontraherende part at anlægge sag ved en voldgiftsret i tilfælde af en tvist med den anden kontraherende part, i præmis 54 og 55 anført:

”54 Hvad angår handelsvoldgift har Domstolen ganske vist fastslået, at de krav, der vedrører hensynet til en effektiv voldgiftsprocedure, kan begrunde, at den af medlemsstaternes domstole foretagne efterprøvelse af voldgiftskendelser får en begrænset karakter, forudsat at de grundlæggende bestemmelser i EU-retten kan blive behandlet i forbindelse med denne efterprøvelse og i givet fald være genstand for en præjudiciel forelæggelse for Domstolen (jf. i denne retning dom af 1.6.1999, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 35, 36 og 40, samt af 26.10.2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, præmis 34-39).

55 En voldgiftsprocedure som den, der er omhandlet i BIT's artikel 8, adskiller sig imidlertid fra en handelsvoldgiftsprocedure. Mens den sidstnævnte finder sin oprindelse i de pågældende parters aftalefrihed, er den førstnævnte nemlig resultatet af en traktat, hvorved medlemsstater giver deres samtykke til, at tvister, der kan vedrøre anvendelse eller fortolkning af EU-retten, undtages fra deres egne domstoles kompetence og følgelig fra den ordning med adgang til domstolsprøvelse, som artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU pålægger dem at tilvejebringe på de områder, der er omfattet af EU-retten (jf. i denne retning dom af 27.2.2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, præmis 34). På denne baggrund kan de i den foregående præmis anførte betragtninger vedrørende handelsvoldgift ikke overføres til en voldgiftsprocedure som den, der er omhandlet i BIT's artikel 8.”

I dom af 6. oktober 2021 i sag C-561/19, *Consorzio*, har EU-Domstolen (Store Afdeling) om pligten til at foretage præjudiciel forelæggelse i medfør af TEUF artikel 267, stk. 3, udtalt:

”32 Det skal endvidere bemærkes, at for så vidt som der i henhold til national ret ikke er nogen adgang til judicial prøvelse af en national rets afgørelse, er denne sidstnævnte i princippet forpligtet til at indbringe en sag for Domstolen i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF, når der rejses et spørgsmål om fortolkningen af EU-retten (dom af 15.3.2017, *Aquino*, C-3/16, EU:C:2017:209, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

33 Det fremgår af Domstolens faste praksis, at en national domstol, hvis afgørelser i henhold til national ret ikke kan appelleres, kun er fritaget for denne pligt, såfremt den har fastslået, at det rejste spørgsmål ikke er relevant, eller at den omhandlede EU-retlige be-

stemmelse allerede er blevet fortolket af Domstolen, eller at EU-rettens korrekte anvendelse fremgår med en sådan klarhed, at der ikke er plads til en rimelig fortolkningsvivl (jf. i denne retning dom af 6.10.1982, Cilfit m.fl., 283/81, EU:C:1982:335, præmis 21, af 15.9.2005, Intermodal Transports, C-495/03, EU:C:2005:552, præmis 33, og af 4.10.2018, Kommissionen mod Frankrig (Forskudsskat), C416/17, EU:C:2018:811, præmis 110).

- 34 Det skal i denne henseende for det første bemærkes, at det fremgår af forholdet mellem artikel 267, stk. 2, TEUF og artikel 267, stk. 3, TEUF, at de i artikel 267, stk. 3, TEUF omhandlede retter har samme beføjelse som de øvrige nationale retter til at skønne, om det er nødvendigt at afgøre et EU-retligt spørgsmål, før der afsiges dom. Disse retter er derfor ikke forpligtet til at forelægge Domstolen et spørgsmål om fortolkning af EU-retten, hvis spørgsmålet ikke er relevant, dvs. hvis besvarelsen af spørgsmålet under ingen omstændigheder kan påvirke sagens afgørelse (dom af 6.10.1982, Cilfit m.fl., 283/81, EU:C:1982:335, præmis 10, af 18.7.2013, Consiglio Nazionale dei Geologi, C-136/12, EU:C:2013:489, præmis 26, og af 15.3.2017, Aquino, C-3/16, EU:C:2017:209, præmis 43).
- 35 Inden for rammerne af en procedure i henhold til artikel 267 TEUF, som er baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner, har alene den nationale ret kompetence til at fastlægge og vurdere hovedsagens faktiske omstændigheder og til at fortolke og anvende den nationale ret. Det tilkommer udelukkende den nationale retsinstans, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retlige afgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere såvel nødvendigheden som relevansen af de spørgsmål, som den forelægger Domstolen (dom af 26.5.2011, Stichting Natuur en Milieu m.fl., C-165/09 - C-167/09, EU:C:2011:348, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis, af 9.9.2015, X og van Dijk, C-72/14 og C-197/14, EU:C:2015:564, præmis 57, og af 12.5.2021, Altenrhein Luftfahrt, C-70/20, EU:C:2021:379, præmis 25).
- 36 For det andet skal det bemærkes, at retskraften af Domstolens fortolkning i medfør af artikel 267 TEUF kan bevirke, at forudsætningen for forpligtelsen i artikel 267, stk. 3, TEUF bortfalder, og at den således bliver indholdsløs, navnlig når det rejste spørgsmål er materielt identisk med et spørgsmål, der har været genstand for en præjudiciel afgørelse i en lignende sag, eller så meget desto mere i samme nationale sag, eller hvis det omhandlede retsspørgsmål er løst gennem Domstolens praksis, uanset ved hvilken procedure denne retspraksis er etableret, og selv hvis tvistens spørgsmål ikke er fuldstændig identiske (jf. i denne retning dom af 27.3.1963, Da Costa m.fl., 28/62-30/62, EU:C:1963:6, Sml. 1963, s. 61, af 6.10.1982, Cilfit m.fl., 283/81, EU:C:1982:335, præmis 13 og 14, af 4.11.1997, Parfums Christian Dior, C-337/95, EU:C:1997:517, præmis 29, og af 2.4.2009, Pedro IV Servicios, C-260/07, EU:C:2009:215, præmis 36).
- 37 I denne henseende bemærkes, at det, selv om det pågældende retsspørgsmål er afgjort i Domstolens tidligere praksis, står de nationa-

le retter helt frit for at forelægge en sag for Domstolen, hvis de finder det påkrævet, uden at den omstændighed, at de bestemmelser, som ønskes fortolket, allerede er fortolket af Domstolen, bevirker, at Domstolen ikke på ny kan træffe afgørelse om disse spørgsmål (dom af 17.7.2014, *Torresi*, C-58/13 og C-59/13, EU:C:2014:2088, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis, og af 3.3.2020, *Tesco Global Áruházak*, C-323/18, EU:C:2020:140, præmis 46).

- 38 På samme måde er den retskraft, der knytter sig til en dom afsagt i en præjudiciel sag, ikke til hinder for, at den nationale domstol, som dommen retter sig til, kan finde det nødvendigt på ny at indbringe en sag for Domstolen, inden der træffes afgørelse i hovedsagen (dom af 6.3.2003, *Kaba*, C-466/00, EU:C:2003:127, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis). En sådan forelæggelse er påkrævet, når en national retsinstans, der træffer afgørelse i sidste instans, støder på vanskeligheder ved forståelsen af rækkevidden af Domstolens dom.
- 39 For det tredje skal det bemærkes, at det følger af Domstolens praksis, at en national retsinstans, hvis afgørelser ikke kan appelleres i henhold til national ret, ud over de i nærværende doms præmis 36 anførte situationer ligeledes kan undlade at forelægge et fortolkningsspørgsmål for Domstolen og selvstændigt træffe afgørelsen, når den korrekte fortolkning af EU-retten fremgår med en sådan klarhed, at der ikke er plads til rimelig tvivl (jf. i denne retning dom af 6.10.1982, *Cilfit m.fl.*, 283/81, EU:C:1982:335, præmis 16 og 21, og af 6.9.2015, *Ferreira da Silva e Brito m.fl.*, C-160/14, EU:C:2015:565, præmis 38).
- 40 Inden den nationale ret, der træffer afgørelse i sidste instans, konkluderer, at dette er tilfældet, må den være overbevist om, at hverken de øvrige medlemsstaters retter, der træffer afgørelse i sidste instans, eller Domstolen vil være i tvivl om afgørelsen (jf. i denne retning dom af 6.10.1982, *Cilfit m.fl.*, 283/81, EU:C:1982:335, præmis 16, af 15.9.2005, *Intermodal Transports*, C-495/03, EU:C:2005:552, præmis 39, af 9.9.2015, *Ferreira da Silva e Brito m.fl.*, C-160/14, EU:C:2015:565, præmis 42, og af 28.7.2016, *Association France Nature Environnement*, C-379/15, EU:C:2016:603, præmis 48).
- 41 Den i nærværende doms præmis 39 omtalte mulighed herfor skal endvidere vurderes i forhold til EU-rettens særegenheder, de særlige vanskeligheder, som fortolkningen heraf frembyder, samt risikoen for afvigende retspraksis inden for Unionen (dom af 6.10.1982, *Cilfit m.fl.*, 283/81, EU:C:1982:335, præmis 17, og af 9.9.2015, *Ferreira da Silva e Brito m.fl.*, C-160/14, EU:C:2015:565, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).
- 42 Der skal først og fremmest tages hensyn til den omstændighed, at de EU-retlige bestemmelser er affattet på flere forskellige sprog, og at alle de forskellige sprogversioner er autentiske (dom af 6.10.1982, *Cilfit m.fl.*, 283/81, EU:C:1982:335, præmis 18).

- 43 Det følger nemlig af Domstolens faste praksis, at en af sprogversionerne af en EU-retlig bestemmelse ikke kan tjene som eneste grundlag for bestemmelsens fortolkning eller tillægges større betydning end de øvrige sprogversioner, eftersom EU-rettens bestemmelser skal fortolkes og anvendes ensartet i lyset af de versioner, der er udfærdiget på alle Unionens sprog (jf. bl.a. dom af 24.3.2021, A, C-950/19, EU:C:2021:230, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).
- 44 Selv om en national retsinstans, der træffer afgørelse i sidste instans, i denne henseende ganske vist ikke kan være forpligtet til at undersøge hver enkelt sprogversion af den pågældende EU-retlige bestemmelse, følger det ikke desto mindre heraf, at den skal tage hensyn til forskellene mellem de sprogversioner af denne bestemmelse, som den er bekendt med, navnlig når parterne har fremført disse forskelle, og de er fastslået.
- 45 Det skal endvidere bemærkes, at der i EU-retten anvendes en særlig sprogbrug og selvstændige begreber, som ikke nødvendigvis har det samme indhold som de tilsvarende begreber, der kan findes i de nationale retsordener (jf. i denne retning dom af 6.10.1982, Cilfit m.fl., 283/81, EU:C:1982:335, præmis 19).
- 46 Endelig skal de enkelte EU-retlige regler vurderes i deres rette sammenhæng og fortolkes i lyset af EU-rettens bestemmelser som helhed, den bagvedliggende målsætning og EU-rettens udviklingstrin på tidspunktet for den pågældende bestemmelses anvendelse (dom af 6.10.1982, Cilfit m.fl., 283/81, EU:C:1982:335, præmis 20, og af 28.7.2016, Association France Nature Environnement, C-379/15, EU:C:2016:603, præmis 49).
- 47 Det er således kun, hvis en national retsinstans, der træffer afgørelse i sidste instans, ved hjælp af de fortolkningskriterier, der er nævnt i nærværende doms præmis 40-46, konkluderer, at der ikke foreligger elementer, som kan rejse rimelig tvivl om den korrekte fortolkning af EU-retten, at denne nationale retsinstans kan undlade at forelægge Domstolen et spørgsmål om fortolkningen af EU-retten og selvstændigt træffe afgørelse herom.
- 48 Når dette er sagt, er den mulighed alene, at en EU-retlig bestemmelse kan udlægges på en eller flere måder - for så vidt som ingen af disse andre udlægningsmåder, navnlig henset til nævnte bestemmelses sammenhæng og formål samt til det regelsæt, hvori denne indgår, forekommer den pågældende nationale retsinstans tilstrækkelig sandsynlig - ikke i sig selv tilstrækkelig til, at der anses at foreligge rimelig tvivl om den korrekte fortolkning af denne bestemmelse.
- 49 Når den nationale retsinstans, der træffer afgørelse i sidste instans, gøres bekendt med, at der i samme medlemsstats retsinstanser eller mellem medlemsstaternes retsinstanser findes flere forskellige retninger i retspraksis vedrørende fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, skal denne ret i sin vurdering af, at der eventuelt ikke foreligger rimelig

tvivl om den korrekte fortolkning af den pågældende EU-retlige bestemmelse, imidlertid udvise særlig opmærksomhed og navnlig tage hensyn til det formål, der forfølges med den præjudicielle procedure, som er at sikre, at EU-retten fortolkes ensartet.

- 50 For det fjerde bemærkes, at det tilkommer de nationale retsinstanser, hvis afgørelser ikke kan appelleres i henhold til national ret, uafhængigt og med den fornødne opmærksomhed at vurdere, om de befinder sig i et af de tilfælde, som giver dem mulighed for at undlade at forelægge Domstolen et spørgsmål om fortolkningen af EU-retten, som er blevet rejst for dem (jf. i denne retning dom af 15.9.2005, *Intermodal Transports*, C-495/03, EU:C:2005:552, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis, samt domme af 9.9.2015, *Ferreira da Silva e Brito m.fl.*, C-160/14, EU:C:2015:565, præmis 40 og X og *van Dijk*, C-72/14 og C-197/14, EU:C:2015:564, præmis 58 og 59).
- 51 Det følger i denne henseende af den ordning, som er indført med artikel 267 TEUF, sammenholdt med chartrets artikel 47, stk. 2, at når en national retsinstans, hvis afgørelser ikke kan appelleres i henhold til national ret, fordi den har fastslået, at den befinder sig i en af de tre situationer, der er nævnt i nærværende doms præmis 33, anser sig for fritaget for pligten til at forelægge Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse i medfør af artikel 267, stk. 3, TEUF, skal det af begrundelsen for retsafgørelsen fremgå, enten at det rejste EU-retlige spørgsmål ikke er relevant for afgørelsen af tvisten, at fortolkningen af den pågældende EU-retlige bestemmelse er støttet på Domstolens praksis, eller, såfremt der ikke findes en sådan praksis, at EU-rettens fortolkning for den retsinstans, der træffer afgørelse i sidste instans, fremgår med en sådan klarhed, at der ikke er plads til rimelig tvivl.
- ...
- 66 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 267 TEUF skal fortolkes således, at en national domstol, hvis afgørelser i henhold til national ret ikke kan appelleres, skal efterkomme sin pligt til at forelægge Domstolen et spørgsmål om fortolkningen af EU-retten, som rejses for denne, medmindre den fastslår, at dette spørgsmål ikke er relevant, at den pågældende EU-bestemmelse allerede er blevet fortolket af Domstolen, eller at EU-rettens korrekte anvendelse fremgår med en sådan klarhed, at der ikke er plads for nogen rimelig tvivl. Denne mulighed skal imidlertid vurderes i forhold dels til EU-rettens særegenheder, dels de særlige vanskeligheder, fortolkningen heraf frembyder, samt risikoen for afvigende retspraksis inden for Unionen. En sådan retsinstans er ikke fritaget for nævnte pligt, alene fordi den allerede har forelagt Domstolen en anmodning [om] præjudiciel afgørelse inden for rammerne af samme nationale sag. Denne retsinstans kan imidlertid undlade at forelægge et præjudicielt spørgsmål for Domstolen, når sagen skal afvises på grundlag af formalitetsregler, der er særlige for retsplejen ved denne ret, for-

udsat at ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet overholdes.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Præjudiciel forelæggelse

EU-Domstolen har, som det fremgår ovenfor, i sin praksis løbende henvist til og bekræftet det i Eco Swiss-dommen anførte, herunder i dom af 6. marts 2018 i sag C-284/16, Slowakiske Republik mod Achmea BV, præmis 54. Den svenske Högsta Domstolens dom af 17. juni 2015 i sag T 5767-13, Systembolaget Aktiebolag mod The Absolut Company Aktiebolag, og generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse af 17. marts 2016 i sag C-567/14, Genentech, kan i lyset heraf ikke begrunde en tvivl om, hvorvidt det, som EU-Domstolen har fastslået ved dommen i sag C-126/97, Eco Swiss, fortsat er gældende.

Landsretten finder, at retsstillingen vedrørende medlemsstaternes domstoles efterprøvelse af voldgiftskendelser, i hvilke der er taget stilling til spørgsmål som de i denne sag foreliggende om gyldighed efter konkurrencereglerne af en mellem parterne indgået aftale, fremgår med en sådan klarhed af Eco Swiss-dommen, herunder når behørigt hensyn tages til EU-rettens særlige karakteristika, at der ikke er plads for nogen rimelig tvivl. Landsretten anser sig derfor ikke for forpligtet til at stille præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen i medfør af TEUF artikel 267, stk. 3, jf. herved EU-Domstolens dom af 6. oktober 2021, sag C-561/19, Consorzio, præmis 39-51 og 66.

Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS' anmodning om, at der skal stilles præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen svarende til de af dem foreslåede spørgsmål 1-3, tages derfor ikke til følge.

Det konkurrenceretlige spørgsmål for voldgiftsretten angik i første række, om Claus Østergaard Nielsen efter den omfattende navnlig EU-retlige praksis, der var påberåbt for voldgiftsretten, som parterne også har henvist til for landsretten, var omfattet af virksomhedsbegrebet i EU-konkurrencereglerne og den danske konkurrencelov. Da voldgiftsretten fandt, at Claus Østergaard Nielsen ikke var omfattet af virksomhedsbegrebet, som dette er fastlagt i den pågældende praksis, foretog voldgiftsretten ikke nogen egentlig prøvelse af de yderligere konkurrenceretlige spørgsmål, der skulle have været taget stilling til, hvis voldgiftsretten havde anset Claus Østergaard Nielsen for en virksomhed.

Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS har anført at være enige med Haarslev Holding S.à.r.l. i, at praksis om virksomhedsbegrebet er afklaret i den af parterne påberåbte EU-retlige praksis og må anses for *acte clair* (rettelig *acte éclairé*). Det er således alene, hvis landsretten måtte være af samme opfattelse

som voldgiftsretten af Claus Østergaard Nielsens status, at Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS mener, at der skal stilles et præjudicielt spørgsmål svarende til det af dem foreslåede spørgsmål 4. Landsretten bemærker hertil, at EU-Domstolen ikke i sin besvarelse af præjudicielle spørgsmål kan tage stilling til den faktiske subsumption, som skal foretages af den nationale retsinstans, jf. bl.a. præmis 132 i Domstolens dom af 19. november 2019 i forenede sager C-585/18, C-624/18 og C-625/18, A.K. mod Krajowa Rada Sądownictwa og CP og DO mod Sąd Najwyższy.

Landsretten finder, at den EU-retlige praksis om virksomhedsbegrebet, herunder om hvornår en fysisk person kan falde under dette begreb, også når behørigt hensyn tages til EU-rettens særlige karakteristika, fremgår med en sådan klarhed, at der ikke er plads for nogen rimelig tvivl, og landsretten anser sig derfor ikke for forpligtet til at stille præjudicielle spørgsmål herom til EU-Domstolen i medfør af TEUF artikel 267, stk. 3.

Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS' anmodning om, at der skal stilles et præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen svarende til det af dem foreslåede spørgsmål 4, tages herefter ikke til følge.

Voldgiftskendelsens gyldighed

Landsretten finder, at der efter indholdet af voldgiftslovens § 6 og § 37 og forarbejderne hertil ikke er grundlag for at antage, at tvister om de civile retlige aspekter af konkurrencereglerne, herunder om påstået ugyldighed inter partes af en indgået aftale, der af én af parterne hævdes at stride mod konkurrencereglerne, skal anses for retsforhold, som parterne ikke har fri rådighed over, og som dermed ikke kan afgøres ved voldgift som sket i denne sag, jf. i den retning også Højesterets dom gengivet i U.2016.1558/2, Taewoong. Det, som Justitsministeriet har anført i de ovennævnte bemærkninger til høringssvaret fra Dansk Rederiforening om lovforslag nr. 127 om forslag til lov om voldgift af 16. marts 2005, må herved antages at angå de offentligretlige aspekter af konkurrencereglerne. Landsretten bemærker i tilslutning hertil, at en voldgiftskendelse, som ikke tager en parts anbringender om konkurrenceretligt begrundet ugyldighed inter partes af en aftale til følge, ikke kan binde konkurrencemyndighederne.

Der er heller ikke i EU-Domstolens dom i sag C-126/97, Eco Swiss, og Domstolens praksis i øvrigt grundlag for, at det af EU-retten skulle følge, at en voldgiftsret, som måtte være sindet ikke at følge en parts anbringender om konkurrenceretlig ugyldighed af indgåede aftaler som de foreliggende, skal anse sig for inkompetent til at påkende parternes tvist, således som det er anført af Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS. Der er efter Domstolens praksis heller ikke grundlag for at antage, at civile tvister, der forudsætter en stillingtagen efter EU-konkurrencereglerne til gyldigheden af indgåede aftaler, ikke skulle kunne afgøres ved voldgift, forudsat at der efterfølgende vil

kunne ske den i Eco Swiss-dommen angivne prøvelse af voldgiftskendelsens gyldighed ved de almindelige domstole.

Herefter – og i øvrigt af de grunde, som Sø- og Handelsretten har anført – er der ikke grundlag for at tilsidesætte voldgiftskendelsen som ugyldig i medfør af voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, litra a eller b.

I lyset af det ovennævnte resultat har landsretten ikke haft anledning til at tage stilling til betydningen af bestemmelsen i voldgiftslovens § 27, stk. 2. Landsretten bemærker i den forbindelse, at det i litteraturen, jf. Morten Broberg og Niels Fenger "Arbitration cases and preliminary references to the European Court of Justice – an assessment of "the Danish solution" i *Arbitration International* 2020, 36, s. 147-155, er anført, at det efter EU-Domstolens nyere praksis vedrørende TEUF artikel 267 i bl.a. præmis 10 i kendelse af 5. juni 2014 af i sag C-350/13, Antonio Gramsci Shipping Corp. m.fl., er usikkert, om Domstolen vil anse en dansk domstol, som måtte forelægge præjudicielle spørgsmål, som en voldgiftsret i medfør af voldgiftslovens § 27, stk. 2, har anmodet om at få forelagt, for beføjet til at foretage en sådan forelæggelse.

Landsretten stadfæster herefter Sø- og Handelsrettens dom.

Efter sagens udfald skal Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS i sagsomkostninger for landsretten in solidum betale 250.000 kr. til dækning af Haarslev Holding S.à.r.l.'s udgifter til advokatbistand inkl. moms. Ud over sagens værdi er der ved fastsættelsen af beløbet til advokat taget hensyn til ankesagens omfang og forløb.

THI KENDES FOR RET:

Sø- og Handelsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal Claus Østergaard Nielsen og Haarslev Invest ApS inden 14 dage betale 250.000 kr. til Haarslev Holding S.à.r.l. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Publiceret til portalen d. 23-05-2022 kl. 10:00

Modtagere: Appellant Haarslev Invest ApS, Advokat (L) Michael Honoré,
Advokat (H) Morten Kofmann, Appellant Claus Østergaard Nielsen, Advokat
(H) Marianne Granhøj, Advokat (H) Rasmus Vang, Indstævnte Haarslev
Holding S.å.r.l.