

Henrik Holtse

Advokat

Bilag 3.500 - 3.644
J.nr. 020879-0056 hho/mla

T +45 72 27 34 82

hho@bechbruun.com

REPLIK

2. november 2009

Sø- og Handelsrettens sag
U-0010-07

Som advokat for i alt 1.104 sagsøgere

(samlet benævnt "sagsøgerne")
(advokat Lars Svenning Andersen og advokat Henrik Holtse)

Mod

DONG Energy Power A/S
Overgade 45
7000 Fredericia

og

DONG Energy Power Holding A/S
Kraftværksvej 53
7000 Fredericia

(samlet benævnt "de sagsøgte" eller "Elsam")
(advokat Erik Bertelsen)

INDHOLDSFORTEGNELSE

Påstande i relation til deldomsforhandling.....	4
Processuelle bemærkninger.....	5
1. Udvælgelse af prøvesager.....	5
2. Fremlagt dokumentation.....	6
3. Indirekte skadelidte.....	7
4. Søgsmålskompetence.....	10
Supplerende sagsfremstilling.....	11
1. Det teoretiske udgangspunkt for markedsmisbrug i form af urimeligt høje priser.....	11
2. Konkurrencemyndighedernes afgørelser.....	11
2.1 Elsam har misforstået afgørelserne.....	11
2.2 Markedsmisbrug er fastslået i et vist omfang.....	11
2.3 Konkurrencerådets afgørelser indeholder en minimumsopgørelse.....	12
Indledende betragtninger.....	15
1. Bemærkninger om betydning af privat håndhævelse.....	15
2. Yderligere overordnede betragtninger.....	16
Materielle anbringender.....	18
1. Ansvarsgrundlag.....	18
1.1 Elsam har overtrådt konkurrenceloven.....	18
1.2 Elsams overtrædelse af konkurrenceloven er erstatningspådragende (stævningens punkt 2).....	18
1.3 Tilsagnsaftalen har ingen betydning for culpabedømmelsen.....	18
1.4 Konkurrencemyndighedernes konstatering af lovovertrædelsen udgør relevant ansvarsgrundlag.....	25
1.5 Markedsmisbrug i 2. halvår 2006.....	26
2. Årsagssammenhæng.....	32
2.1 Bemærkninger til svarskriftet.....	32
2.2 Årsagssammenhæng mellem markedsmisbruget og tab på spotmarkedet (stævningens punkt 3.2).....	33
2.3 Årsagssammenhæng mellem markedsmisbruget og tab baseret på fastpriskontrakter (stævningens punkt 3.3).....	34
3. Adækvans.....	37
3.1 De enkelte tab er adækvate (stævningens punkt 4).....	37
4. Tabsopgørelse.....	38
4.1 Generelt om beviskrav til tabsopgørelsen.....	38
4.2 Det reelle tab er større end opgjort af Konkurrencestyrelsen.....	39
4.3 De af Elsam påståede grundlæggende fejl.....	40
5. Opgørelse af de enkelte tab - fastsættelse af en rimelig pris i alle de omhandlede timer, hvor markedsmisbruget fandt sted.....	41
5.1 Opgørelse af produktionsomkostninger.....	41
5.2 Fastsættelse af en rimelig fortjeneste.....	44
5.3 Eventuel indregning af prisvariationstillæg.....	49

5.4	Eventuel indregning af alternativomkostninger i form af salgsværdien af gratis tildelte CO ₂ -kvoter	53
5.5	Reduktion begrundet i PSO-tarif	58
5.6	Reduktion i relation til 2. halvår 2006	63
5.7	Mulige tabsberegninger	63
5.8	Tabsberegning for elhandelsselskab	65
5.9	Tabsberegninger for spotkontrakt	66
5.10	Tabsberegninger for en fastpriskontrakt	67
6.	Overvæltning	70
6.1	Overvæltning fra Energi Danmark til slutaftagere	70
6.2	Overvæltning fra slutaftagere	72
7.	Renter	73
7.1	Renteberegning fra de enkelte kravs opståen	73
7.2	Elsams domshenvisninger er ikke relevante	73
7.3	Beregning af renter i prøvesagerne	74
	Besvarelse af provokationer	75
1.	Indledning	75
2.	Besvarelse af provokationer ad realiteten	75
2.1	Provokation angående tabsberegningsmodel	75
2.2	Elhandelsselskaberne	76
2.3	Øvrige sagsøgere	76
3.	Besvarelse af provokationer ad formaliteten	77
3.1	Rette sagsøger	77

PÅSTANDE I RELATION TIL DELDOMSFORHANDLING

Sagsøgerne skal i henhold til retsplejelovens § 253, stk. 2, anmode om, at retten afsiger deldom vedrørende tre prøvesager i henhold til følgende påstande:

Principale påstande

- 1) De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt til Energi Danmark A/S at betale kr. 569.573,12 med tillæg af procesrenter af dette beløb fra 27. januar 2005 - subsidiært fra sagens anlæg - til betaling sker.
- 2) De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt til Woodpro A/S at betale kr. 210.031,93 med tillæg af procesrenter fra Woodpro A/S's betalingstidspunkter, så 1/40 af det samlede krav forrentes fra den 6. oktober 2003 og derefter 1/40 af det samlede krav regnet fra den 6. i hver af de følgende måneder (sidste gang fra den 6. februar 2007) - subsidiært fra sagens anlæg - til betaling sker.
- 3) De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt til Dalum Papir A/S at betale kr. 2.770.909,39 med tillæg af procesrenter fra Dalum Papir A/S's betalingstidspunkter, så 1/12 af det samlede krav forrentes fra den 25. februar 2004 og derefter 1/12 af det samlede krav regnet fra hver den følgende 25. i hver måned (sidste gang fra den 25. januar 2005) - subsidiært fra sagens anlæg - til betaling sker.

Subsidiære påstande

- 1) De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt til Energi Danmark A/S at betale et af retten fastsat mindre beløb med tillæg af procesrenter af dette beløb fra den 27. januar 2005 - subsidiært fra sagens anlæg - til betaling sker.
- 2) De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt til Woodpro A/S at betale et af retten fastsat mindre beløb med tillæg af procesrenter fra Woodpro A/S's betalingstidspunkter, så 1/40 af det samlede krav forrentes fra den 6. oktober 2003 og derefter 1/40 af det samlede krav regnet fra den 6. i hver af de følgende måneder (sidste gang fra den 6. februar 2007) - subsidiært fra sagens anlæg - til betaling sker.
- 3) De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt til Dalum Papir A/S at betale et af retten fastsat mindre beløb med tillæg af procesrenter fra Dalum Papir A/S's betalingstidspunkter, så 1/12 af det samlede krav forrentes fra den 25. februar 2004 og derefter 1/12 af det samlede krav regnet fra hver den følgende 25. i hver måned (sidste gang fra den 25. januar 2005) - subsidiært fra sagens anlæg - til betaling sker.

PROCESSUELLE BEMÆRKNINGER

1. Udvalgelse af prøvesager

Retten har ved kendelse af 27. april 2009 bestemt, at sagen skal behandles således, at alle krav fra de i alt 1.110 sagsøgere kumuleres, men at sagsøgerne udvælger nogle "prøvesager" til brug for en deldomsforhandling.

Sagsøgerne har udvalgt i alt 3 prøvesager, der vedrører følgende:

- 1) Krav fra et elhandelselskab
- 2) Krav fra en slutaftager baseret på spotkontrakter
- 3) Krav fra en slutaftager baseret på en fastpriskontrakt

Der henvises til, at sagsøgerne tidligere har udarbejdet tillæg til stævningen, hvor der var fremlagt to prøvesager. Efterfølgende fremkom Elsam med en række indsigelser imod de to fremlagte prøvesager, herunder at kravene ikke dækkede hele den relevante periode. Sagsøgerne har derfor udvalgt nogle nye prøvesager, som dækker hele perioden, hvorfor de tidligere fremlagte prøvesager ikke længere er relevante.

De 3 udvalgte prøvesager er følgende:

- 1) Krav fra Energi Danmark A/S baseret på kontrakt nr. 55801 (Bilag 3.500)
- 2) Krav fra Woodpro A/S baseret på spotkontrakt nr. 4463 (Bilag 3.501), nr. 6428 (Bilag 3.502), nr. 1781 (Bilag 3.503) og nr. 1780 (Bilag 3.504)
- 3) Krav fra Dalum Papir A/S baseret på fastpriskontrakt nr. 537 (Bilag 3.505)

Deldommen vedrører således alene erstatning relateret til disse kontrakter og ikke til de 3 sagsøgers øvrige erstatningskrav.

Kontrakterne er tidligere blevet fremlagt i forbindelse med, at samtlige kontrakter blev fremlagt. Elsam har imidlertid anmodet om, at alle tilhørende bilag til kontrakterne bliver fremlagt. Derfor fremlægges kontrakterne nu med tilhørende bilag, og således at de får tildelt et nyt bilagsnummer. Det medfører den fordel, at bilagsnumrene er samlet, hvilket forbedrer overskueligheden til brug for en deldomsforhandling.

Sagsøgerne skal i henhold til retsplejelovens § 253, stk. 2, anmode om, at retten afsiger deldom vedrørende disse tre prøvesager i henhold til de i replikken nedlagte påstande.

Det er herefter sagsøgernes forventning, at alle eller langt størstedelen af de øvrige sagsøgers krav reelt vil blive afklaret med denne deldom.

Elsam har i svarskriftet fremlagt et bilag M, som er en detaljeret gennemgang af de fremlagte kontrakter med mange tusinde opfordringer.

Formålet hermed synes alene at være at påbegynde en realitetsbehandling af samtlige sager i strid med såvel rettens tilkendegivelser som begge parter tilkendegivne støtte til at søge denne sag løst mest hensigtsmæssigt via afklaringen af nogle prøvesager.

Formålet med at gennemføre prøvesagerne forspildes, hvis sagsøgerne går i gang med at besvare disse opfordringer på nuværende tidspunkt, hvorfor sagsøgerne vil afvente dette, indtil der foreligger en deldom baseret på de 3 udvalgte prøvesager.

De opfordringer, der er tilknyttet de tre udvalgte prøvesager, besvares i det omfang, det findes relevant.

Derudover har Elsam anført en række formalitetsindsigelser vedrørende enkelte af sagsøgerne, herunder de sagsøgere, der er forsyningspligtselskaber, og de 4 sagsøgere, som først senere er indgået i sagen. Sagsøgerne ønsker også først at kommentere disse indsigelser, når der foreligger en deldom, da det på det tidspunkt kan afgøres, om det er relevant at behandle disse formalitetsindsigelser. I givet fald vil sagsøgerne fremkomme med et særskilt processkrift herom.

2. Fremlagt dokumentation

Sagsøgerne fremlægger dokumentation for de 3 udvalgte prøvesager med denne replik.

Som det fremgår nedenfor, er tabsberegningen afhængig af, hvilke forudsætninger retten vælger at anvende til opgørelsen af, hvad der var en rimelig pris i hver time i perioden.

For så vidt angår spotkontrakter giver de behandlede forudsætninger i alt mulighed for 108 forskellige kombinationer, hvorfor der kan opstilles 108 tabsberegninger pr. spotkontrakt.

Hver enkelt tabsberegning består af et excel-regneark, hvor tabet for hver enkelt time er opgjort. Der er 30.660 timer i perioden, hvorfor dette excel-ark fylder et væsentligt antal sider i udskrevet form (cirka 850 sider).

Det er sagsøgernes opfattelse, at retten ikke har behov for hver enkelt af de 108 forskellige beregninger i udskrevet form, da den juridiske stillingtagen til, hvilke forudsætninger der skal indgå i tabsberegningen, ikke skal eller kan afgøres på grundlag af disse bilag, men ud fra det i processkrifterne anførte. Der er derfor alene tale om do-

kumentation for, at det samlede krav for hver tabsberegning er opgjort korrekt ved anvendelse af de forskellige forudsætninger.

Sagsøgerne har derfor valgt at fremlægge en enkelt tabsberegning i udskrevet form for hver prøvesag, så retten har mulighed for at se princippet i tabsberegningen.

De øvrige tabsberegninger, som har hver deres bilagsnummer, fremlægges i elektronisk form, således at retten og Elsam har mulighed for at kontrollere, at de anførte beløb er korrekt opgjort på grundlag af de forskellige forudsætninger. Hvis retten finder, at det vil være mere hensigtsmæssigt at fremlægge disse bilag i udskrevet form, gør sagsøgerne selvfølgelig gerne det.

For at lette overskueligheden har sagsøgerne udarbejdet en samlet oversigt over resultaterne af tabsberegningerne for de forskellige forudsætninger, som fremlægges som forsiden af hvert af de udskrevne bilag.

For så vidt angår tab for en fastpriskontrakt fylder beregningen kun en enkelt formel, hvorfor der kan laves en samlet oversigt over disse tab i et udskrevet bilag.

Derfor er følgende bilag vedrørende tabsberegningerne fremlagt:

Bilag 3.506-3.532: Tabsberegninger for Energi Danmark A/S.

Bilag 3.533-3.640: Tabsberegninger for Woodpro A/S.

Bilag 3.641: Tabsberegninger for Dalum Papir A/S.

Den valgte fremgangsmåde sikrer en fuldstændig dokumentation for opgørelsen af kravet for de 3 prøvesager, uden at retten besværes med unødvendigt udskrevne bilag.

3. Indirekte skadelidte

Elsam gør i svarskriftet, side 41-43, på den ene side gældende, at elhandelssekskaberne ikke kan kræve erstatning, fordi de efter Elsams opfattelse har overvæltet tabet på slutaftagerne. På den anden side kan slutaftagerne ifølge Elsam heller ikke kræve erstatning, fordi de anses for indirekte skadelidte.

Det betyder, at ingen efter Elsams opfattelse kan kræve erstatning.

Elsams anbringender bestrides.

Det bemærkes indledningsvis, at en almindelig virksomhed eller privatperson ikke kan handle el på Nord Pool, fordi det kræver en særlig handelstilladelse. Det er derfor nødvendigt, at der er et elhandelselskab mellem producenten og aftageren.

Det følger heraf, at aftagerne ikke kan være afskåret fra at gøre et krav gældende over for producenten med den begrundelse, at aftagerne i stedet kunne have valgt at indgå en aftale direkte med producenten, da dette netop ikke var en mulighed.

Det vil være i strid med et grundlæggende princip i dansk erstatningsret, hvis slutaftagerne afskæres fra at kræve erstatning af den skadevoldende producent (Elsam), fordi der altid skal være en reel mulighed for at gøre et tab gældende mod skadevolderen.

Det vil også stride mod det EU-retlige effektivitetsprincip, hvorefter det skal sikres, at et tab, der er en følge af overtrædelse af EF-traktatens artikel 82 om misbrug af dominerende stilling, skal kunne gøres gældende over for skadevolder. Det bemærkes, at konkurrencemyndighederne har fastslået, at Elsams markedsadfærd udgjorde en overtrædelse af såvel den danske konkurrencelov som EF-traktatens artikel 82.

Der henvises i den sammenhæng til Kommissionens Hvidbog¹, hvor Kommissionen anfører følgende:

*"For så vidt angår mulighederne for at indlede retssag, glæder Kommissionen sig over domstolens bekræftelse af, at "enhver", der har lidt skade som følge af en overtrædelse af kartel- og monopolreglerne, skal have adgang til at kræve erstatning ved de nationale domstole. Dette princip gælder også for **indirekte aftagere**, dvs. aftagere, som ikke har haft direkte kontakt med lovovertræderen, men som alligevel har lidt væsentlig skade som følge af, at de via distributionskæden fik overvæltet en ulovlig overpris.".. (Bemærk at det er Kommissionens egen fremhævning).*

Den dom, som Kommissionen henviser til i citatet, er EF-domstolens dom i Manfredi-sagen², hvor præmis 61 lyder således:

"Heraf følger, at enhver har adgang til at kræve erstatning for den lidt skade, når der er årsagsforbindelse mellem den nævnte skade og en aftale eller praksis, der er forbudt i henhold til artikel 81 EF."

Der kan også henvises til EF-domstolens dom i Courage-sagen³, hvor EF-domstolen fastslog følgende:

¹ Kommissionens Hvidbog om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel og monopolregler, fra 2. april 2008, KOM(2008) 165 endelig, punkt 2.1.

² Forenede sager C-295-298/04, Manfredi, Sml. 2006, s. 1-6619.

³ Domstolens dom af 20. september 2001 i sag C-453/99, Courage mod Crehan.

"The full effectiveness of Article 85 of the Treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 85(1) would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition."

EF-domstolen har således slået fast, at enhver har ret til erstatning for tab forårsaget af konkurrenceretsstridig adfærd, da en manglende mulighed herfor ville afskære effektivitetsprincippetets gennemslagskraft i relation til EF-traktaten.

Derudover gøres det gældende, at Elsam misfortolker begrebet "indirekte skadelidte" i relation til den alment accepterede forståelse af dette begreb i dansk erstatningsret.

Højesteret fastslog netop i dommen UfR 2004.2389H, at også indirekte skadelidte kan kræve erstatning af skadevolderen. Det kan ikke af dommen udledes, at tilkendelse af erstatning til indirekte skadelidte alene kan ske, hvor skadevolder har udvist grov uagtsomhed. Elsam har derfor misforstået dommens indhold, da der ikke gælder særlige krav til graden af uagtsomhed i sager, hvor det er en indirekte skadelidte, der kræver erstatning.

De almindelige betingelser om årsagssammenhæng og adækvans skal stadig være opfyldte, og det kan i nogle tilfælde skabe vanskeligheder, når det er en indirekte skadelidte, der kræver erstatning. I denne sag er der imidlertid en klar årsagssammenhæng, og det var påregneligt for Elsam, at en opkrævning af en urimelig høj pris ville medføre et tab for aftagerne, hvorfor disse betingelser er til stede, hvilket behandles andetsteds i replikken.

Derudover fastholdes det, at Elsams overtrædelse af konkurrenceloven var forsættlig eller groft uagtsom.

Dette begrundes med, at siden Elsam I-sagen (fra den 26. marts 2003) vidste Elsam, at selskabet indtog en dominerende stilling på det relevante marked og derfor var underlagt et forbud mod at opkræve urimeligt høje priser. Desuagtet valgte Elsam at opkræve priser i den efterfølgende periode, der ingen sammenhæng havde med Elsams omkostninger, og som helt oplagt oversteg et rimeligt niveau. Dette må anses for enten forsættigt eller groft uagtsomt, da Elsam havde eller burde have et indgående kendskab til konkurrencelovens forbud mod opkrævning af urimeligt høje priser.

Elsam fortsatte endda sin adfærd, efter at Konkurrencerådet første gang (Elsam II-sagen) havde afsagt afgørelse herom den 30. november 2005. Dette må anses for en åbenbar forsættlig overtrædelse, da Elsam vidste, at Elsams prisindmeldinger blev anset for at være ulovlige.

Det gøres på baggrund af ovenstående i sin helhed gældende, at slutaftagerne omfattet af dette søgsmål kan kræve erstatning af Elsam.

4. **Søgsmålskompetence**

Elsam har nedlagt en afvisningspåstand over for de af sagsøgerne, der er forsyningspligtselskaber.

Til besvarelse af Elsams opfordringer i svarskriftet, side 17, kan det oplyses, at der ikke, så vidt ses, er andre forsyningspligtselskaber end dem, som er identificeret af Elsam.

Det gøres gældende, at forsyningspligtselskaberne har den nødvendige søgsmålskompetence.

Dette spørgsmål er imidlertid kun relevant for netop disse sagsøgere, hvorfor det findes at være oplagt egnet til særskilt behandling.

Dette kan ske efter, at der er afsagt deldom på grundlag af de prøvesager, der indgår i replikken.

Sagsøgerne forbeholder sig derfor ret til at fremkomme med yderligere anbringender desangående, og det foreslås samtidigt, at dette spørgsmål udskilles til særskilt behandling, når der foreligger en deldom vedrørende hovedsagen.

SUPPLERENDE SAGSFREMSTILLING

Elsams sagsfremstilling er i væsentlig grad procederende, hvorfor sagsøgerne finder anledning til at anføre nogle præciseringer.

1. Det teoretiske udgangspunkt for markedsmisbrug i form af urimeligt høje priser

Hvis en dominerende virksomhed anvender urimeligt høje priser, udgør det en overtrædelse af konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1.

Det følger af forarbejderne til konkurrenceloven, at fastsættelse af en rimelig pris skal ske ud fra, hvilken pris der ville kunne opnås på et marked med virksom konkurrence.

Det er alment antaget i teori og retspraksis, at på et marked med virksom konkurrence (det vil sige uden en dominerende virksomhed) vil der være et konkurrencepres, der bevirker, at prisen fastsættes på et niveau, hvor der opnås dækning for omkostninger og en rimelig avance.

Det følger af retspraksis, at fastsættelsen af en rimelig pris og dermed niveauet for den højest tilladelige pris fra en dominerende virksomhed skal afgøres ud fra de konkrete omstændigheder på markedet.

2. Konkurrencemyndighedernes afgørelser

2.1 Elsam har misforstået afgørelserne

Elsam anfører, at afgørelserne er afgrænset til 1.402 såkaldte kritiske timer. Det er ikke korrekt.

Konklusionen i begge afgørelser og begge kendelser er, at Elsam har opkrævet urimeligt høje priser i et ikke uvæsentligt omfang. Dette er i modsætning til et bestemt antal timer som ukorrekt anført af Elsam.

Elsams bemærkninger om, at der ikke kunne konstateres markedsmisbrug i 95 % af timerne, er derfor udtryk for, at Elsam har misforstået Konkurrencerådets afgørelser.

2.2 Markedsmisbrug er fastslået i et vist omfang

Konkurrencerådet anvendte flere metoder til at nå til konklusionen om, at der i et vist omfang var opkrævet urimeligt høje priser.

For det første blev der gennemført en række tests, hvor det kunne konstateres, at selv ved anvendelse af en række forsigtighedshensyn og konservative skøn, som i meget væsentlig grad overvurderede Elsams reelle omkostninger, var der et stort antal timer, hvor prisen kunne anses for at være urimelig høj.

For det andet blev der foretaget en beregning af, i hvor mange timer Elsam opnåede en avance, der oversteg 25 %, 50 %, 100 % og 200 %. Disse opgørelser indgår i Elsam II-afgørelsen som bilag 2-5 og i Elsam III-afgørelsen som bilag 6-9.

Det anføres i afgørelserne, at begge misbrugstests viser, at Elsam i et ikke uvæsentligt antal timer opnåede avancer, som ikke ville have været muligt på et marked med virksom konkurrence.

Det præcise omfang af markedsmisbruget blev netop ikke fastslået, hvilket helt tydeligt kom frem under sagens behandling ved Konkurrenceankenævnet, jf. punkt 11.3.2 i kendelsen.

2.3 Konkurrencerådets afgørelser indeholder en minimumsopgørelse

Konkurrencerådets misbrugstests a og b indeholder en række forsigtighedshensyn, som bevirker, at de foretagne opgørelser er at betragte som minimumsopgørelser, hvor det under alle omstændigheder kan fastslås, at Elsam opkrævede urimeligt høje priser.

Det faktiske markedsmisbrug er selvsagt højere end dette minimum. Der henvises i den sammenhæng til Elsam II-afgørelsen, punkterne 406 og 408, hvor følgende anføres:

406. Køberne og i sidste instans forbrugerne (som både omfatter husstande og erhverv) har i 3. kvartal 2003 betalt **mindst** 172 mio. kr. mere for el i de kritiske timer, hvor prisen er større end tærskelværdierne N1 og N2, end de skulle have gjort, hvis prisen havde svaret til tærskelværdierne, jf. tabel 16. (Vores fremhævelse).

408. Tallene i tabel 15 er beregnet på baggrund af de gennemsnitlige samlede omkostninger og mark-up faktorer anvendt i test a. **Den reelle merbetaling må forventes at være væsentlig større end angivet i tabel 16, da det anvendte udtryk for omkostningerne har en tendens til at overvurdere omkostningerne og dermed undervurdere tabet.** (Vores fremhævelse).

I Elsam III-afgørelsen anfører Konkurrencerådet følgende i afgørelsens punkt 397:

397. Tabellen viser endvidere, at misbrugstesten beregner en teststørrelse, der anvendes til at vurdere, om Elsams pris er rimelig eller ej. Teststørrelsen overstiger i høj grad de omkostninger, som fremgår af Elsams årsregnskab. Herved tillader Konkurrencestyrelsens misbrugstest i gennemsnit priser, der overstiger Elsams omkostninger med ca. 132 pct. i 2005 og 135 pct. i 2006. Misbrugstesten udtrykker herved et yderst konservativt skøn for, hvorvidt Elsams pris er rimelig eller ej.

Det fremgår heraf, at der alene er tale om en teststørrelse og ikke en opgørelse af det reelle tab.

Dette fremgår endvidere af afgørelsens punkt 544 og 545:

544. Det fremgår, at forbrugernes merbetaling i 2005 har været over 66 mio. kr. Merbetalingen i andet halvår 2005 var alene på ca. 50 mio. kr. og udgjorde derved 45 % af den samlede merbetaling i den undersøgte periode. Samlet set over 2005 og 2006 udgjorde merbetalingen ca. 111,3 mio. kr.

Tabel 28: Merbetaling

	1. halvår 2005	2. halvår 2005	1. halvår 2006	2. halvår 2006	I alt
Merbetaling (kr.)	16.230.463	50.032.260	21.278.074	23.818.606	111.359.403
Andel af merbetaling	15 %	45 %	19 %	21 %	100 %

545. Det bemærkes yderligere, at **den reelle merbetaling må forventes at være væsentligt større, end angivet i tabellen, eftersom omkostningerne er baseret på marginalomkostningerne ved maksimumlast, hvilket overvurderer omkostningerne og dermed undervurderer tabet.** (Vores fremhævnings).

Derudover skal det nævnes, at i Elsam III-afgørelsen blev det overvejet, om der kunne anvendes en såkaldt alternativomkostning, hvor salgsværdien af gratis tildelte CO₂-kvoter blev indregnet i opgørelsen af en rimelig pris.

Det fremgår af afgørelsen, at uanset, om der indregnes en alternativomkostning på 100 % af salgsværdien, kan der konstateres et misbrug i et vist omfang. Det var derfor ikke nødvendigt for Konkurrencerådet at tage stilling til, i hvilket omfang - om noget - denne alternativomkostning skulle indregnes. For at vise forskellen fremgår begge opgørelser af afgørelsens punkt 19 og 20.

I den opgørelse, hvor alternativomkostningerne er indregnet med 100 %, identificeres 1.484 kritiske timer med et tilhørende beregnet tab på 111 mio. kr.

I den opgørelse, hvor alternativomkostningerne ikke indgår, identificeres 7.964 kritiske timer og et beregnet tab på 783 mio. kr.

Disse to opgørelser viser tydeligt, at Konkurrencerådet ikke har taget stilling til det maksimale omfang af markedsmisbruget, da det netop anføres, at omfanget også kan være i alt 7.964 timer med et beregnet tab på 783 mio. kr. (for 2005 og 2006).

Endelig skal det anføres, at Elsam undlader at gøre opmærksom på, at de såkaldte forbrugertab i afgørelserne alene er baseret på Elsams egen produktion. Dette resulterer i en åbenbar undervurdering af det faktiske tab, fordi Elsams prissætning havde betydning for den samlede produktion, der blev solgt i misbrugstimerne, hvorfor der er et tilsvarende tab for den produktion, som ikke hidrører fra Elsam. Denne undervurdering udgør i størrelsesordenen 50 % af det faktiske tab.

Endelig vedrører det i afgørelserne såkaldte forbrugertab alene tab, der er relateret til spotkontrakter, og inddrager således ikke det afledte tab, der er relateret til fastpris-kontrakter.

Det fremgår således af afgørelserne, at Konkurrencerådet ikke har taget stilling til tabets opgørelse, og dermed om de anvendte forsigtighedshensyn også skal anvendes i en civil sag om erstatning, som den her anlagte.

Retten skal i modsætning til Konkurrencerådet under denne sag tage stilling til det præcise omfang af markedsmisbruget i hver enkelt time.

INDLEDENDE BETRAGTNINGER

1. Bemærkninger om betydning af privat håndhævelse

I stævningen, punkt 1.2, side 13, omtales det forhold, at det følger af EF-retten, at der skal være en effektiv adgang til at kræve erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne. Der henvises i den sammenhæng til Kommissionens Grønbog fra 2005 vedrørende muligheden for civile erstatningssager.

Siden stævningen blev indgivet, har Kommissionen fulgt op med en Hvidbog af 2. april 2008 om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler.

Det er relevant kort at omtale denne Hvidbog i denne sag af to grunde:

For det første følger det af lovbemærkningerne til konkurrenceloven, at loven skal fortolkes EU-konformt, hvorfor EF-retten på dette rets område har særlig betydning. Dette gør sig også gældende i relation til sager om erstatning for konkurrenceovertrædelser. Derfor har Kommissionens og Parlamentets udtalelser vedrørende privat håndhævelse relevans for grundlaget for bedømmelsen af denne sag.

For det andet følger det af Konkurrencerådets afgørelser, som er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet, at der er tale om en overtrædelse både af den danske konkurrencelovs § 11, stk. 1, og EF-traktatens artikel 82. Dette har betydning i relation til denne erstatningssag, fordi Sø- og Handelsretten i medfør af kravet om ensartet anvendelse af Fællesskabets konkurrenceret, jf. forordning 1/2003⁴, artikel 16, er forpligtet til at sikre en effektiv håndhævelse af EF-traktaten i nationale sager.

Derfor har Kommissionens og Parlamentets holdninger til privat håndhævelse også betydning for, hvilke forpligtelser der følger af EF-retten til at sikre sagsøgerne i denne sag en effektiv mulighed for at kræve erstatning som følge af Elsams overtrædelse af EF-traktatens forbud mod misbrug af dominerende stilling.

Kommissionen anfører følgende vedrørende Hvidbogen:

*"Hovedformålet med denne hvidbog er at forbedre de retlige betingelser for, at skadelidte kan udøve deres traktatfæstede ret til at få erstatning for enhver skade, de har lidt som følge af overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler. **Fuld erstatning** er derfor det første og vigtigste ledende princip i den forbindelse."*

⁴ Der henvises til betragtning 7, der lyder således: "De nationale domstole spiller en afgørende rolle ved anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler. De beskytter privatpersoners rettigheder efter fællesskabsretten, når de træffer afgørelse i sager mellem privatpersoner, f.eks. når de tilkender personer, der har lidt skade på grund af overtrædelserne, skadeserstatning. De nationale domstoles rolle supplerer i denne forbindelse de nationale konkurrencemyndigheder. De bør derfor gives beføjelse til at anvende traktatens artikel 81 og 82 fuldt ud."

Hvidbogen behandler en række udvalgte problemstillinger, der er relevante for denne sag, såsom:

- 1) Indirekte skadelidte skal have mulighed for at kræve erstatning
- 2) Erstatningssøgende skal sikres en adgang til bevismateriale for at kunne opgøre deres tab
- 3) En domstol kan i en erstatningssag ikke træffe en afgørelse, der er i strid med en afgørelse fra en national konkurrencemyndighed eller domstol, der har fastslået overtrædelse
- 4) Når det er påvist, at der er sket en overtrædelse af konkurrencereglerne, bør lov-overtrædelsen have et erstatningsansvar, medmindre der kan påvises en tilgivelig fejl
- 5) Der skal være mulighed for at opnå fuld erstatning inklusive tab af indtjening og renter
- 6) Skadevolders beviskrav for overvæltning af overprisen bør ikke være lavere end de krav, der stilles til sagsøgers bevis for skaden
- 7) Forældelsesfrister bør først begynde at løbe fra det tidspunkt, overtrædelsen ophører, eller hvor skadelidte har mulighed for at få kendskab til skaden
- 8) Sagsomkostninger må ikke udgøre en hindring af at anlægge erstatningssager

Den 25. marts 2009 vedtog det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg en udtalelse, der støtter Hvidbogen⁵.

Den 27. marts 2009 vedtog Europa-Parlamentet en resolution, hvor Parlamentet støttede Kommissionens Hvidbog.

2. Yderligere overordnede betragtninger

Elsam anfører i svarskriftet, at det skal tages i betragtning, at Elsams gennemsnitlige egenkapitalforrentning har været under 10 %, mens den har været næsten 20 % for dansk industri i øvrigt, hvilket illustreres med en figur i svarskriftet på side 14.

Det bemærkes, at Elsam har foretaget en opgørelse for perioden 1. januar 2000 og fremefter, hvilket dermed inkluderer de første år, hvor Elsam var nystartet, og hvor det fremgår af Elsams egne årsrapporter, at der var en række udgifter til fusion og integration. Derfor var egenkapitalforrentningen meget lav de første tre år.

⁵ Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om Hvidbog om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler, 2009/C 228/06.

For den relevante periode (2003-2006) kan der foretages en sammenligning mellem Elsams egenkapitalforrentning efter skat i procent med dansk industri generelt.

	2003	2004	2005	2006
Elsam	17,0	15,8	7,8	36,3
Dansk industri	11,4	13,7	14,1	15,3
Forskel i Elsams favør	+ 5,6	+ 2,1	- 6,3	+ 21,0

Tabellen viser, at Elsam i den relevante periode har haft en højere egenkapitalforrentning end dansk industri generelt, hvorfor det af Elsam anførte synes misvisende.

Dertil kommer, at sammenligningen med dansk industri generelt skal tage højde for det forhold, at Elsam har en meget høj soliditet (næsten dobbelt så høj som dansk industri generelt), hvorfor egenkapitalforrentningen i procent burde være væsentligt lavere end for dansk industri generelt.

Elsam forsøger at tegne et billede af, at selskabet nærmest ikke har været profitabelt, hvilket altså skulle have indflydelse på vurderingen af, om Elsam har opkrævet urimeligt høje priser. Sagsøgerne henviser til, at Elsams egne årsrapporter viser et væsentligt anderledes billede.

MATERIELLE ANBRINGENDER

1. Ansvarsgrundlag

1.1 Elsam har overtrådt konkurrenceloven

Elsam bestrider i svarskriftet, side 18, rigtigheden af Konkurrencerådets 2 afgørelser, som er godkendt af Kommissionen i ECN netværket og stadfæstet af Konkurrenceankenævnet.

Dette spørgsmål bør efter sagsøgernes opfattelse blive behandlet af Sø- og Handelsretten i sagerne U-01-07 og U-01-08.

Sagsøgerne vil derfor ikke kommentere de fire anbringender, Elsam anfører på side 18 i svarskriftet desangående, da de er rettet mod Konkurrencerådet, som ikke er part i denne retssag.

Sagsøgerne vil nøjes med at henvise til behandlingen af Elsams anke af disse afgørelser i Sø- og Handelsrettens sager U-01-07 og U-01-08.

1.2 Elsams overtrædelse af konkurrenceloven er erstatningspådragende (stævningens punkt 2)

Elsam synes primært at gøre gældende, at Elsam ikke kan være erstatningsansvarlig, fordi der var indgået en frivillig tilsagnsaftale med Konkurrencestyrelsen.

Sagsøgerne fastholder de anbringender, der fremgår af stævningen, men vil supplere med uddybende anbringender vedrørende betydningen af tilsagnsaftalen.

1.3 Tilsagnsaftalen har ingen betydning for culpabedømmelsen

Det gøres sammenfattende gældende:

- 1) Tilsagnsaftalen er en frivillig aftale mellem Elsam og Konkurrencestyrelsen og er derfor ikke relevant i forhold til Elsams culpøse handlinger over for sagsøgerne
- 2) Tilsagnsaftalen er ikke udtryk for en afgørelse eller indgået på grundlag af en afgørelse, hvorfor Elsam aldrig har haft en berettiget forventning om, hvordan konkurrencemyndighederne ville vurdere Elsams prissætning
- 3) Tilsagnsaftalen har ikke afskåret konkurrencemyndighederne fra efterfølgende at konstatere, at Elsams prissætning udgjorde misbrug af dominerende stilling, uanset om tilsagnsaftalen var overholdt eller ej
- 4) Det er ikke muligt at aftale en markedsadfærd, som er i strid med konkurrencelovens forbud mod misbrug af dominerende stilling, da der ikke i loven er mulighed

for at anmelde en bestemt markedsadfærd eller opnå fritagelse for en bestemt markedsadfærd, hvorfor Elsam aldrig har kunnet forvente, at der var givet en særlig tilladelse til Elsams prissætning

1.3.1 Baggrunden for tilsagnsaftalen

Det er ubestridt, at sagsøgerne på ingen måde var part eller deltog i forhandlingerne om den omtalte tilsagnsaftale, idet denne alene omfatter Elsam og Konkurrencestyrelsen.

Ved vurderingen af tilsagnsaftalens betydning for spørgsmålet om ansvarsgrundlag er det relevant at holde sig for øje, under hvilke omstændigheder den pågældende tilsagnsaftale blev indgået.

Selvom aftalen benævnes som en tilsagnsaftale, blev den indgået på et tidspunkt, hvor der ikke var mulighed for at afgive tilsagn i medfør af konkurrenceloven.

Tilsagnsaftalens tilblivelse støtter klart det synspunkt, at tilsagnsaftalen på ingen måde er relevant hverken for vurderingen af erstatningsansvar eller for vurderingen af, om Elsams adfærd udgjorde misbrug af dominerende stilling (Sø- og Handelsrettens sag U-01-08).

Elsam I-sagen vedrørte Konkurrencestyrelsens undersøgelse af Elsams priser i perioden 2000-2001. Efter en meget langstrakt undersøgelse udarbejdede Konkurrencestyrelsen et udkast til afgørelse, som var dateret den 10. december 2002, som blev sendt til NOE Energi (klager) og Elsam. Dette udkast til afgørelse fremlægges som Bilag 3.642. Det fremgår af udkast til afgørelse, punkt 9, at beregning af de gennemsnitlige avancer viser, at

"Elsam A/S og Energi E2 A/S i perioder af 2000 og 2001 opnår væsentligt højere avancer i timer med dominans, og at disse avancer væsentligt overstiger, hvad der må forventes i et marked med virksom konkurrence."

Endvidere fremgår det af punkt 20, at

"Konkurrencestyrelsen finder, at Elsam A/S og Energi E2 A/S i perioder af 2000 og 2001 har misbrugt deres dominerende stilling på selskabernes respektive markeder til at opnå priser og avancer, der væsentligt overstiger, hvad der må kunne forventes i et marked med virksom konkurrence."

Efter modtagelsen af dette høringsudkast indledte Elsam intensive forhandlinger med Konkurrencestyrelsen. Elsam ønskede helt oplagt at undgå, at høringsudkastet blev fremsendt til Konkurrencerådets medlemmer med henblik på, at Konkurrencerådet skulle træffe afgørelse i overensstemmelse med høringsudkastet.

Under disse forhandlinger afgav Elsam frivilligt en række tilsagn om Elsams fremtidige markedsadfærd. Dette skete, selvom Elsam fastholdt, at høringsudkastet indeholdt en forkert konklusion.

Disse tilsagn ville kun være gældende, hvis Konkurrencestyrelsen undlod at færdiggøre sin undersøgelse, således at der ikke kunne træffes en afgørelse i sagen.

Konkurrencestyrelsen vurderede, at der ikke i det foreliggende høringsudkast var foretaget tilstrækkelige undersøgelser til imødegåelse af de argumenter, som Elsam fremførte imod høringsudkastet. Henset til, at Konkurrencestyrelsen skulle bruge væsentlige ressourcer på at foretage de nødvendige undersøgelser for at kunne give Konkurrencerådet det fornødne grundlag til at træffe afgørelse i sagen, fandt Konkurrencestyrelsen, at sagen på dette tidspunkt skulle lukkes, uden der blev truffet en afgørelse.

Konkurrencestyrelsen ville således ikke tage stilling til, om Elsams adfærd i 2000 og 2001 havde været lovlig eller ulovlig. Konkurrencestyrelsens begrundelse for at lukke sagen var, at man ikke ønskede at anvende yderligere ressourcer på en sag, som efter Konkurrencestyrelsens daværende opfattelse kun havde historisk interesse, idet den vedrørte perioden 2000-2001, og at der var holdepunkter for at antage, at den fremtidige markedsudvikling ville blive anderledes positiv.

Klageren i sagen, NOE Energi, ønskede bestemt ikke, at sagen blev lukket, idet NOE Energi var af den opfattelse, at en færdiggørelse af Konkurrencestyrelsens undersøgelser ville resultere i en konklusion om, at Elsam havde misbrugt sin dominerende stilling på det relevante marked, alternativt at en anke til Konkurrenceankenævnet ville føre til dette resultat.

Klageren, NOE Energi, havde derfor en interesse i at forsøge at påklage sagen til Konkurrenceankenævnet for på denne måde at tvinge Konkurrencestyrelsen til at træffe en afgørelse i sagen.

Elsam ønskede bestemt ikke, at der blev truffet nogen afgørelse i sagen, men ønskede tværtimod, at sagen blev lukket, således at NOE Energi var afskåret fra at fortsætte ved Konkurrenceankenævnet.

Konkurrencestyrelsen besluttede derfor efter opfordring fra Elsam at anvende den dagældende konkurrencelovs § 14, stk. 1, som hjemmel til at lukke sagen uden at træffe en afgørelse. Det specielle herved var, at en lukning af en sag i henhold til § 14, stk. 1, ikke kunne påklages til Konkurrenceankenævnet, jf. § 19, stk. 3. Derved var sagen effektivt afsluttet, idet der ikke var mulighed for at få en prøvelse, da der netop ikke var en afgørelse at prøve.

Dette var en nyskabelse, fordi den dagældende konkurrencelovs § 14 tidligere kun var blevet anvendt til at lukke sager, hvor Konkurrencestyrelsen ud fra en førstegangsvurdering fandt, at det ikke var formålstjenstligt at igangsætte en egentlig sagsbehandling. Til forskel herfra var Elsam I-sagen meget langt i sagsbehandlingsprocessen, idet der allerede var blevet udarbejdet et høringsudkast, og det var derfor tvivlsomt, om den dagældende § 14 i konkurrenceloven udgjorde hjemmel til, at Konkurrencestyrelsen kunne lukke sagen.

Spørgsmålet om hjemlen i § 14 blev genstand for en selvstændig prøvelse, idet NOE Energi indbragte dette spørgsmål for Konkurrenceankenævnet. Uanset, at Konkurrenceankenævnet i medfør af § 19 i konkurrenceloven var afskåret fra at behandle klager over beslutninger truffet i medfør af § 14, optog Konkurrenceankenævnet NOE Energis klage til realitetsbehandling, og der blev således udvekslet processkrifter og gennemført en procedure for Konkurrenceankenævnet om spørgsmålet.

I denne sag indtrådte Elsam til støtte for Konkurrencerådets påstand om, at der ikke var truffet en afgørelse i sagen, og at Konkurrencestyrelsen ikke var forpligtet til at færdiggøre sagsbehandlingen og således kunne lukke sagen med hjemmel i den dagældende § 14. Elsam anførte bl.a. følgende:

"I den foreliggende sag har Konkurrencerådet efter indstilling fra Konkurrencestyrelsen fundet, at der ikke burde anvendes yderligere ressourcer på at oplyse sagen for at kunne træffe en materiel afgørelse på et tilstrækkeligt grundlag. Dette er efter Elsam A/S' opfattelse velbegrunderet, idet sagen vedrører historiske forhold".

Konkurrenceankenævnet gav Konkurrencerådet medhold i, at § 14 udgjorde den nødvendige hjemmel med følgende begrundelse:

"Konkurrencerådets beslutning om, at "sagen lukkes med henvisning til § 14, stk. 1, 3. pkt.", er herefter en beslutning, som over for NOE indeholder en sådan afvisning af at behandle NOE's klage til Konkurrencerådet, at NOE i medfør af § 19, stk. 3, ikke kan indbringe afgørelsen for Konkurrenceankenævnet."

Denne kendelse blev af NOE Energi indbragt for Vestre Landsret. Under denne sag indtrådte Elsam på tilsvarende måde som biintervenient til støtte for Konkurrencerådet.

I forbindelse med Vestre Landsrets behandling af sagen afgav Elsam et biintentionsskrift. Dette fremlægges som Bilag 3.643. Det fremgår af dette biintentionsskrift, side 2, at Elsam gjorde gældende, at

"Konkurrencerådet havde hjemmel i KL § 14, stk. 1, 3. punktum til at henlægge sagen",

og videre:

"der er intet i lovbestemmelsens ordlyd, der tilsiger, at Konkurrencerådets ret til at prioritere dets ressourcer skulle være begrænset, således at Konkurrencerådet, efter at have igangsat en undersøgelse på baggrund af en klage, skulle være forpligtet til at anvende ubegrænsede ressourcer på at færdiggøre undersøgelsen".

På side 3 gør Elsam gældende, at

"det vil derfor være i strid med lovens formål, hvis Konkurrencerådet havde valgt at fortsætte undersøgelsen af Elsam, da der på det foreliggende grundlag ikke var udsigt til, at det kunne fastslås, at Elsam havde overtrådt loven, og da en konstatering heraf kun havde historisk interesse".

På side 5 anføres det, at

"det gøres gældende, at sagsøgers anbringender desangående er irrelevante, da Konkurrencerådet netop ikke havde afsluttet sin undersøgelse i sagen mod Elsam",

og videre på side 7, at

"Konkurrencerådet har med sin beslutning om at henlægge sagen mod Elsam vist..., og at der ikke i en sag som den foreliggende kunne træffes en afgørelse, da undersøgelsen langt fra var afsluttet".

Elsam støttede således under sagen klart det synspunkt, at Konkurrencerådet ikke havde færdiggjort sin undersøgelse i Elsam I-sagen, og der derfor ikke var truffet en afgørelse i sagen.

På grundlag heraf gjorde Konkurrencerådet og Elsam gældende, at der ikke var mulighed for at påklage dette til Konkurrenceankenævnet i medfør af konkurrencelovens § 19, stk. 3, jf. § 14.

Vestre Landsret stadfæstede Konkurrenceankenævnets kendelse og fastslog således, at Konkurrencerådet havde haft hjemmel i § 14 til at indstille sin undersøgelse og dermed lukke sagen, uden der blev truffet en afgørelse i sagen.

Elsam støttede under sagerne om anvendelse af § 14 ved Konkurrenceankenævnet og Vestre Landsret, at der notorisk ikke var tale om en afgørelse, og Elsams egne anbringender i denne sag understøtter klart det forhold, at Elsam ikke kunne forlade sig

på, at en overholdelse af tilsagnsaftalen automatisk ville betyde, at Elsams prissætning ikke kunne anses for at være misbrug af dominerende stilling.

Efterfølgende har det vist sig, at der var et særdeles stort behov for, at Konkurrencestyrelsen faktisk havde færdiggjort sin undersøgelse i Elsam I-sagen, da Elsam fortsatte sin ulovlige markedsadfærd. Dette konstaterede Konkurrencestyrelsen i den nye Elsam II-sag og stadfæstede det endnu engang i Elsam III-sagen. Dette ændrer dog ikke ved, at der aldrig blev truffet en afgørelse i Elsam I-sagen vedrørende Elsams markedsadfærd i perioden 2000-2001.

Der var derfor ikke pr. 1. juli 2003 en afgørelse, der tillod Elsam en bestemt prisindmelding.

1.3.2 Tilsagnsaftalens tekst viser, at der ikke var tale om en såkaldt sikker havn for Elsam

Det fremgår direkte af tilsagnsaftalen, punkt 7, at Konkurrencestyrelsen eller Konkurrencerådet kunne vælge at tage sagen op til fornyet behandling.

Dette punkt kan kun forstås således, at Konkurrencestyrelsen forbeholder sig ret til at foretage en fornyet undersøgelse af Elsams prissætning i perioden 2000-2001 og dermed færdiggøre sin undersøgelse og træffe en egentlig afgørelse i sagen. Hvis dette skulle ske, ville Elsam ikke være bundet af tilsagnsaftalen.

Det gælder så meget desto mere, at Konkurrencestyrelsen til enhver tid havde mulighed for at starte en ny sag op vedrørende en anden periode, nemlig 2003 og 2004 og senere 2005 og 2006, uanset Elsams afgivelse af disse frivillige tilsagn.

Der er således intet i aftalens ordlyd, der kan misforstås derhen, at Konkurrencestyrelsen havde givet tilladelse til en bestemt prissætning på Nord Pool.

1.3.3 Tilsagnsaftalen var uforpligtende for Elsam

Elsams anbringender om, hvorvidt Elsam var bundet af tilsagnsaftalen eller ej, er materielt irrelevante, idet det ingen konsekvenser havde for Elsam at overtræde tilsagnsaftalen. Det skyldes, at tilsagn efter den dagældende konkurrencelov ikke kunne gøres bindende for den dominerende virksomhed, og der derfor ikke var nogen konsekvenser for Elsam af at overtræde tilsagnsaftalen.

Tilsagnsaftalen havde så åbenlyst ingen juridisk relevant betydning, idet der var tale om en aftale, der ikke var forpligtende for Elsam, og som hverken efter aftalens ordlyd eller i øvrigt efter gældende ret kunne forstås som en tilladelse til Elsam til at opkræve bestemte priser. Der var ifølge aftalens egen ordlyd ikke tale om en afgørelse, men alene tale om, at Elsam afgav nogle frivillige tilsagn til Konkurrencestyrelsen, som Elsam kunne vælge at overholde eller lade være.

1.3.4 Tilsagnsaftalen er under alle omstændigheder ikke relevant i forhold til sagsøgerne

Det er ikke muligt efter dansk erstatningsrets almindelige principper, som ifølge lov-bemærkningerne til konkurrenceloven skal være afgørende for vurderingen af an-svarsgrundlaget i denne erstatningssag, at to parter kan indgå en aftale om, at den ene part skal være ansvarsfri i forhold til en tredjepart.

Det følger heraf, at det således ikke er muligt for Elsam at indgå en aftale med Kon-kurrencestyrelsen om, at Elsam ved overholdelse af nogle nærmere angivne, ikke-forpligtende principper for sine prisindmeldinger, ikke i fremtiden skulle kunne ifalde erstatningsansvar over for kredsen af sagsøgere. Det betyder, at selv hvis Sø- og Handelsretten finder, at aftalen og omstændighederne ved dens tilblivelse betyder, at Elsam havde en begrundet god tro om, at Elsams prissætninger blev anset for lovlige, hvis prissætningen var i overensstemmelse med tilsagnsaftalens ordlyd, er dette irre-levant i forhold til sagsøgerne, som på ingen måde har været involveret i tilblivelsen af tilsagnsaftalen eller er part heri.

Elsam kan alene gøre gældende, at Konkurrencestyrelsen har forledt Elsam til at handle ulovligt i og med, at Konkurrencestyrelsen accepterede at lukke Elsam I-sagen på grundlag af Elsams afgivelse af de frivillige tilsagn. Dette er imidlertid ikke relevant i forhold til sagsøgerne.

1.3.5 Ikke muligt at opnå tilladelse til at udøve markedsmissbrug

I modsætning til konkurrencelovens § 6 vedrørende konkurrencebegrænsende aftaler er der ikke mulighed for at opnå fritagelse for forbud mod misbrug af dominerende stilling. Der er således, uanset indholdet af tilsagnsaftalen, ikke lovhjemmel til, at Konkurrencestyrelsen kunne give Elsam tilladelse til at opkræve priser, som udgjorde urime-ligt høje priser i strid med forbuddet mod misbrug af dominerende stilling. Dette var Elsam vidende om, idet det følger direkte af lovteksten, og Elsam kunne derfor ikke være i tvivl om, at Konkurrencestyrelsen ikke havde hjemmel til at give Elsam lov til at opkræve en bestemt pris, hvis denne pris efterfølgende blev vurderet til at være en urimelig høj pris.

Elsam vidste eller burde være vidende om, at Konkurrencestyrelsen ikke havde lov-hjemmel til at give sådanne fritagelser for forbuddet mod dominerende stilling, da denne mulighed ganske enkelt ikke fandtes og stadig ikke findes i konkurrenceloven. Misbrugsbegrebet er et objektivt begreb uden mulighed for fritagelse.

Derfor har Elsam på intet tidspunkt haft grundlag for at antage, at Elsam ved at indret-te sig efter tilsagnsaftalen kunne undgå et erstatningsansvar.

1.3.6 Sammenfatning vedrørende betydning af tilsagnsaftalen

På grundlag af ovenstående gøres det gældende, at tilsagnsaftalen ingen betydning har for vurderingen af ansvarsgrundlaget i denne sag, og Elsam, uanset overholdelse af tilsagnsaftalen, hvilket i øvrigt bestrides af Konkurrencestyrelsen, har handlet ansvarspådragende i forhold til sagsøgerne.

1.4 Konkurrencemyndighedernes konstatering af lovovertrædelsen udgør relevant ansvarsgrundlag

Elsam gør gældende, at Konkurrencemyndighedernes afgørelse i Elsam II og Elsam III-sagerne ikke kan anvendes, fordi sagsøgerne anvender eget benchmark (svarskriftet, side 23).

Konkurrencemyndighederne har konstateret en lovovertrædelse af et vist omfang. Dette skaber i sig selv et relevant grundlag for at ifalde erstatningsansvar.

Det præcise omfang i relation til erstatningsansvaret og dermed tabsopgørelsen er imidlertid ikke afgjort af konkurrencemyndighederne, men skal afgøres i denne sag, hvorfor der henvises til anbringender vedrørende tabsopgørelsen under punkt 5.

Elsam gør i svarskriftet, side 24, gældende, at sagsøgerne overser, at selve statueringen af misbrug i form af urimeligt høje priser indebærer en kvalifikation af misbrugets nøjagtige omfang og skadesvirkninger. Hertil skal henvises til Konkurrenceankenævnets kendelse, punkt 11.3.2., hvor Konkurrenceankenævnet anfører følgende:

“Der fremgår heraf, at der kan statueres misbrug uden stillingtagen til misbrugets nøjagtige omfang og konsekvenser. Afgørende i så henseende var, at der i Konkurrencerådets afgørelse var det fornødne faktuelle belæg for at anse det for bevist, at Elsam i ikke uvæsentligt omfang havde haft mulighed for at styre prisdannelsen og havde gjort det til opnåelse af urimelige priser. Ankenævnet havde således ikke anledning til at gå ind på, om de valgte undersøgelser og analyser metodisk er egnede til at afdække misbrugets nøjagtige omfang og økonomiske konsekvenser for kunderne eller deres aftagere.”

Sagsøgerne er enige med Konkurrenceankenævnet desangående, og det fremgår tydeligt af kendelsen, at der ikke er taget stilling til misbrugets omfang, hvilket skyldes, at det ikke var relevant eller nødvendigt for konkludere, at der havde fundet et markedsmisbrug sted i et vist omfang.

1.5 Markedsmisbrug i 2. halvår 2006

1.5.1 Konkurrencemyndighedernes afgørelser vedrørende 2. halvår 2006

Sagsøgerne baserer erstatningskravet på, at Elsam har overtrådt konkurrenceloven ved at misbruge sin dominerende markedsposition til at opkræve urimeligt høje priser.

Dette er fastslået af Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet for så vidt angår perioden 1. juli 2003 – 30. juni 2006.

For så vidt angår perioden 2. halvår 2006, har Konkurrencerådet i den såkaldte Elsam III-sag fundet, at Elsam overtrådte konkurrenceloven, men denne del af afgørelsen blev ophævet og hjemvist til fornyet behandling af Konkurrenceankenævnet.

Det gøres gældende, at det ikke er en forudsætning for at kræve erstatning, at der er truffet en afgørelse om Elsams markedsmisbrug for 2. halvår 2006. Det er oplagt, at det gør bevisbyrden væsentligt nemmere, hvis der foreligger en afgørelse, men sagsøgerne er ikke afskåret fra at gøre et erstatningskrav gældende, selvom Konkurrencerådet endnu ikke har færdigbehandlet afgørelsen vedrørende denne periode.

Dernæst skal det understreges, at Konkurrenceankenævnet netop hjemviste til fornyet behandling, hvilket er et alternativ til blot at ophæve en afgørelse. Det betyder, at Konkurrenceankenævnet ikke har udtalt sig om, hvorvidt afgørelsen på dette punkt er forkert eller korrekt, men blot at Konkurrencerådet ikke havde behandlet spørgsmålet grundigt nok til at træffe en afgørelse, hvorfor dette skulle ske først. Derfor kan Konkurrencerådet meget vel nå frem til den samme konklusion i en ny afgørelse vedrørende 2. halvår 2006.

Det er sagsøgernes forventning i lyset af det anførte i Konkurrencerådets afgørelse i Elsam III-afgørelsen, at Konkurrencerådet efter en ny behandling af spørgsmålet om Elsams markedsmisbrug i perioden 2. halvår 2006 vil nå frem til den samme konklusion om, at Elsam misbrugte sin dominerende markedsposition også i 2. halvår 2006.

1.5.2 Det specielle ved 2. halvår 2006

Grunden til, at 2. halvår 2006 behandles anderledes end de 3 år forud for denne periode, er, at Elsam har påstået, at Elsam ændrede indmeldingspolitik i forbindelse med DONG Energys overtagelse af kontrollen med Elsam.

Elsam har således over for konkurrencemyndighederne anført, at Elsam gik fra en såkaldt nabolandsprisstrategi til en marginalomkostningsstrategi.

Det fremgår af Konkurrencerådets afgørelse i Elsam III-sagen, at det er udokumenteret, at der faktisk var tale om en ændring i prisindmeldingerne, da Elsam ikke har indsendt data til konkurrencemyndighederne, der underbygger dette.

Indtil videre er det således helt udokumenteret, at der overhovedet er nogen forskel på perioden 2. halvår 2006 i forhold til den forudgående periode.

1.5.3 Gennemsnitkostning eller marginalomkostning på det dyreste værk

Selv hvis det kan dokumenteres, at der blev indført en ændring i Elsams prisindmelding fra 1. juli 2006, er det spørgsmålet, hvordan en marginalomkostning skal beregnes.

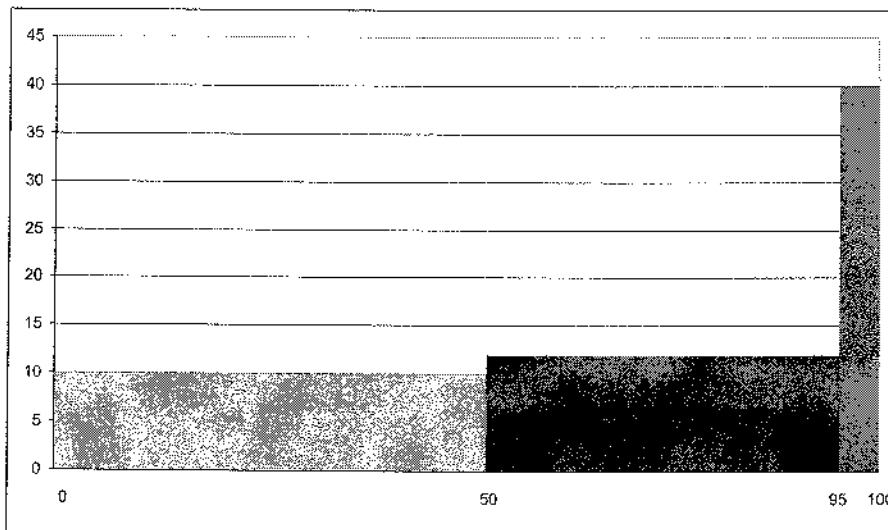
Konkurrencerådet behandler i Elsam III-afgørelsen, punkt 437-439, dette spørgsmål, og Konkurrencerådet anfører her, at det er en gennemsnitsbetragtning, der skal anvendes.

Elsam gør heroverfor gældende, at det omkostningstal, der skal anvendes i misbrugs-testen, skal være marginalomkostningen for det dyreste værk, der er anvendt i den givne time, uanset hvor stor en mængde dette dyreste værk har produceret. Dette kan illustreres ved følgende eksempel:

I en given time har Elsam anvendt tre forskellige værker til produktionen. Produktionsomkostningerne og produktionsmængderne fordeler sig således:

- Værk 1: Omkostninger udgør 10 kr./MWh, og værket producerede 50 MWh
- Værk 2: Omkostninger udgør 12 kr./MWh, og værket producerede 45 MWh
- Værk 3: Omkostninger udgør 40 kr./MWh, og værket producerede 5 MWh

Det giver følgende figur:



Elsam gør altså gældende, at grundlaget for beregningen af en rimelig pris skal være marginalomkostningen for det dyreste værk, hvilket i eksemplet ovenfor vil betyde, at grundlaget for beregningen skal være et omkostningsniveau på 40, uanset det dyreste værk kun har produceret 5 % af den samlede producerede mængde i den givne time.

Eksemplet kunne gøres endnu mere ekstremt ved at sætte produktionsmængden for den dyreste enhed til 1 %.

Der kan efter sagsøgernes opfattelse ikke tages udgangspunkt i marginalomkostninger for det dyrest anvendte værk, da det vil medføre en overkompensation for de øvrige anvendte værker, hvilket der ikke ses at være nogen saglig begrundelse for.

Sagsøgerne gør i stedet gældende, at der skal foretages en opgørelse over omkostninger pr. produktionsenhed sammenholdt med den faktisk producerede mængde, således at de samlede gennemsnitlige omkostninger kan opgøres for hver time.

I eksemplet ovenfor vil det betyde, at de samlede produktionsomkostninger udgør følgende:

Værk 1: $50 \times 10 = 500$ kr.

Værk 2: $45 \times 12 = 540$ kr.

Værk 3: $5 \times 40 = 200$ kr.

De samlede omkostninger udgør derfor 1.240 kr., hvilket svarer til en gennemsnitlig omkostning pr. MWh på 12,40 kr.

1.5.4 Restpraksis tilsiger, at der skal anvendes en gennemsnitsopgørelse

Sager om urimeligt høje priser svarer til sager om urimeligt lave priser (predatory pricing) blot med omvendt fortegn. Problemstillingen om opgørelsen af omkostninger er derfor præcis den samme ved begge misbrugsformer, hvorfor retspraksis om predatory pricing kan anvendes ved vurderingen af, hvordan omkostninger skal opgøres i en sag om urimeligt høje priser.

Den ledende sag om predatory pricing er den såkaldte AKZO-sag⁶, hvor EF-domstolen formulerede den relevante test for, hvornår en pris anses for at udgøre misbrug i form af predatory pricing. Det fremgår af denne dom⁷, at en pris er predatory efter følgende test:

⁶ Dom af 3. juli 1991, sag C-62/86, AKZO Chemie mod Kommissionen.

⁷ Præmis 70 - 72.

- 1) Priser, som ligger under de **gennemsnitlige** variable omkostninger (AVC), må i sig selv anses for misbrug
- 2) Priser, som ligger under de **gennemsnitlige** samlede omkostninger (ATC), men over de gennemsnitlige variable omkostninger (AVC), skal anses for misbrug, når de fastsættes som led i en plan om at eliminere en konkurrent

Denne test er siden blevet bekræftet i en række domme fra EF-domstolen⁸.

Det er således fast praksis, at det er de gennemsnitlige omkostninger, der skal anvendes som relevant målestok.

Der eksisterer således, så vidt ses, ikke en eneste sag, hvor det er de marginale omkostninger til produktionen, målt på enten den dyreste eller billigste produktionsenhed, der har været anvendt. Tværtimod har der i alle sager været anvendt en gennemsnitsopgørelse.

Da opgørelsen af omkostninger er ens, uanset om det skal vurderes, om prisen har været urimelig høj eller urimelig lav (predatory pricing), viser denne entydige retspraksis, at det relevante omkostningsbegreb i denne sag er de gennemsnitlige produktionsomkostninger og således ikke de højeste marginalomkostninger.

1.5.5 Elsam får altid dækning for sine omkostninger

Elsam synes at gøre gældende, at hvis der ikke tillades dækning for de højeste marginalomkostninger, vil Elsam tvinges til at producere med tab. Dette er imidlertid ikke korrekt.

De højeste marginalomkostninger indgår selvsagt i den samlede opgørelse over omkostningerne, således at der samlet set opnås dækning for omkostningerne ud fra den andel, som de enkelte værker bidrager med produktion i hver enkelt time.

Elsam har anført, at hvis der anvendes en gennemsnitsmetode til opgørelse af omkostninger ved fastlæggelse af en rimelig pris i modsætning til en marginalomkostningsbetragtning, vil det have som konsekvens, at Elsam tvinges til at sælge med tab, for så vidt angår den sidste og dyreste produktionsenhed, hvilket vil fratage Elsam incitamentet til at indmelde produktion fra den sidste og dyreste produktionsenhed.

Rigtigheden af dette argument kan efterprøves ved et eksempel:

Der er tre produktionsenheder A, B og C.

⁸ Dom af 14. november 1996, sag C-333/94 P, Tetra Pak International mod Kommissionen (Tetra Pak II), og Dom af 2. april 2009, sag C-202/07 P, France Télécom mod Kommissionen (Wanadoo).

I en given time sælges der, målt i volumen, henholdsvis 50, 40 og 10 MWh for A, B og C.

Omkostningerne udgør pr. MWh for A 10, for B 11 og for C 15, hvorved de samlede omkostninger for A udgør 500, for B 440 og for C 150, hvilket giver samlede omkostninger på 1.090.

De gennemsnitlige omkostninger udgør dermed 10,9.

Hvis vi antager, at der tillægges en rimelig avance på 10 %, svarer det til, at en rimelig pris er 12.

Ved brug af denne pris vil der opnås indtægter på 600 for A, 480 for B og 120 for C, hvilket giver samlede indtægter på 1.200 og dermed en samlet avance på 110.

Dette kan sammenfattes i en tabel således:

	A	B	C	I alt
Andel af solgt produktion	50 MWh	40 MWh	10 MWh	100 MWh
Omkostninger pr MWh	10	11	15	
Omkostninger i alt	500	440	150	1.090
Gennemsnitlige omkostninger pr. MWh	10,9	10,9	10,9	
Rimelig pris ved avance på 10 %	12	12	12	
Pris i alt	600	480	120	1.200
Avance i alt	100	40	-30	110

Hvis C vurderes isoleret, kan det konstateres, at der sælges med tab, idet omkostningerne er 15, men der kun tillades en pris på 12, hvilket giver et samlet tab for C på $(150-120) = 30$.

Ifølge Elsams argument vil det forhold, at der sælges med tab, for så vidt angår C føre til, at Elsam vil undlade at indmelde produktion for C og dermed kun indmelde produktion for A og B. Dette vil give følgende regnestykke:

Omkostningerne for A og B vil stadigvæk være henholdsvis 500 og 440, hvilket giver samlede omkostninger på 940 og en gennemsnitsomkostning på 10,45.

Ved anvendelse af en avance på 10 % vil det medføre, at en rimelig pris er 11,50. Indtægterne vil derfor udgøre 575 for A og 460 for B, hvilket samlet set giver 1.035. Den samlede avance vil således udgøre 95.

Dette kan sammenfattes i en tabel således:

	A	B	I alt
Andel af solgt produktion	50 MWh	40 MWh	90 MWh
Omkostninger pr. MWh	10	11	
Omkostninger i alt	500	440	940
Gennemsnitlige omkostninger pr. MWh	10,45	10,45	
Rimelig pris ved avance på 10 %	11,50	11,50	
Pris i alt	575	460	1.035
Avance i alt	75	20	95

Det ses tydeligt af dette eksempel, at forskellen på den samlede avance er markant, idet det absolut bedst kan betale sig at indmelde produktion for C, uanset der anvendes en gennemsnitsmetode.

Endelig kan det anføres, at hvis nu Elsam havde indmeldt en dobbelt så stor produktion fra det dyreste værk, ville tallene være således:

	A	B	C	I alt
Andel af solgt produktion	50 MWh	40 MWh	20 MWh	110 MWh
Omkostninger pr. MWh	10	11	15	
Omkostninger i alt	500	440	300	1.240
Gennemsnitlige omkostninger pr. MWh	11,27	11,27	11,27	
Rimelig pris ved avance på 10 %	12,4	12,4	12,4	
Pris i alt	620	496	248	1.364
Avance i alt	120	56	-52	124

Dette eksempel viser også klart, at netop i kraft af, at der opereres med gennemsnitsomkostninger, bliver avancen på salget fra de to af værkerne større og mere end opvejer "tabet" på det tredje værk.

Elsams argument er således ikke korrekt.

Hvis man på det samme regnestykke anvender en marginalomkostningsbetragtning, skal den rimelige pris fastsættes ud fra omkostningerne på det dyreste værk, i eksemplet er det enhed C. Det betyder, at omkostningen for alle enheder sættes til 15. En rimelig avance på 10 % vil give en pris på 16,50.

Indtægterne ved dette prisniveau vil således for A være 825, for B 660 og for C 165, hvilket vil give samlede indtægter på 1.650, hvilket svarer til en samlet avance på 560 svarende til en samlet overskudsgrad på 51,4 %.

Dette kan sammenfattes i en tabel således:

	A	B	C	I alt
Andel af solgt produktion	50 MWh	40 MWh	10 MWh	100 MWh
Omkostninger pr. enhed	10	11	15	
Omkostninger i alt	500	440	150	1.090
Marginalomkostninger	15	15	15	
Rimelig pris ved avance på 10 %	16,50	16,50	16,50	
Pris i alt	825	660	165	1.650
Avance i alt				560
Avance i %	65 %	50 %	10 %	51,4 %

Dette er en åbenbar urigtig måde at opgøre omkostninger på i relation til opgørelse af, hvad der kan anses for en rimelig pris.

Der findes ingen virksomheder på et marked med virksom konkurrence, der kan kræve priser baseret på den dyreste produktionsenhed.

1.5.6 Elsams anbringende er udtryk for en misbrugsstrategi

Det forhold, at Elsam under sagens behandling ved Konkurrenceankenævnet gjorde gældende, at Elsam skulle tillades at opkræve en pris, der dækker den højeste marginalomkostning, uanset at dette er helt løsrevet fra de faktiske omkostninger, er efter sagsøgernes opfattelse i sig selv udtryk for en misbrugsstrategi.

Det synes åbenbart, at på et marked med virksom konkurrence vil det aldrig være muligt at prissætte ud fra det dyreste og dermed mindst effektive værk. Der vil altid skulle foretages en samlet opgørelse over omkostningerne, hvorefter prisen fastsættes ud fra de samlede gennemsnitlige omkostninger.

Det vil ligeledes være helt utænkeligt på et marked med virksom konkurrence, at en producent kræver at få lov til at prissætte sin samlede produktion på grundlag af den dyreste og mindst effektive produktion tillagt en række mark-ups, som samlet giver en fortjeneste på langt over 100 %.

2. Årsagssammenhæng

2.1 Bemærkninger til svarskriftet

Elsam anfører en række anbringender i svarskriftet, side 29-30, som igen omhandler det forhold, at Elsam ikke kan vedkende sig et erstatningsansvar med henvisning til tilsagnsaftalen mellem Elsam og Konkurrencestyrelsen.

Elsams anbringender synes rettelig at henhøre under spørgsmålet om ansvarsgrundlag, da tilsagnsaftalen ikke synes at være relevant i relation til årsagssammenhæng.

Elsam anfører, at Elsam ikke bevidst har forsøgt at opnå de højest mulige priser. Hertil skal anføres, at dette anbringende fremstår udokumenteret og i åbenbar modstrid med fakta. Der henvises bl.a. til de bilag, som indgår i Konkurrencerådets afgørelser, der viser, at Elsam i et meget højt antal timer har opnået avancer på 25 %, 50 %, 100 % og 200 %. Disse bilag viser i sig selv, at Elsam helt bevidst har foretaget prisindmeldinger med det formål at opnå højest mulig profit.

Dernæst anfører Elsam, at Elsam blot handlede i tiltro til tilsagnsaftalen. Sagsøgerne gør gældende, at Elsams anbringende synes at være et forsøg på at overføre erstatningsansvaret på Konkurrencestyrelsen. Dette må i så fald være en sag mellem Elsam og Konkurrencestyrelsen, men det skal anføres, at Elsam efter sagsøgernes opfattelse på ingen måde har belæg for at opfatte de tilsagn, Elsam selv forfattede og frivilligt afgav uden nogen forpligtelse til at overholde dem, skulle kunne udgøre det forsværk mod urimeligt høje priser, som Elsam omtaler i svarskriftet.

Det samme gør sig gældende i relation til Elsams anbringende om, at Elsam ikke kunne forudse, at Konkurrencerådet opsagde tilsagnsaftalen og foretog en misbrugsvurdering. Dette synes i øvrigt ikke at være relevant i forhold til sagsøgerne.

Derudover måtte Konkurrencestyrelsen kunne forudsætte, at Elsam faktisk ville overholde loven, hvilket senere viste sig ikke at være tilfældet.

Endelig anfører Elsam en række anbringender om, at årsagssammenhængen skal være påvist time for time. Der er ikke uenighed om, at årsagssammenhængen skal være til stede for alle timer, hvorfor det af Elsam anførte fremstår meningsløst.

2.2 Årsagssammenhæng mellem markedsmisbruget og tab på spotmarkedet (stævningens punkt 3.2)

I relation til det i svarskriftet anførte gøres følgende bemærkninger:

Der er ganske få timer, hvor den af Elsam indmeldte pris udgjorde en urimelig høj pris, men hvor Elsam alligevel ikke blev prisbestemmende, fordi der var en anden producent, som havde indmeldt en endnu højere pris, som endte med at blive prisbestemmende for hele den solgte produktion.

I Konkurrencerådets afgørelse er disse timer anset som kritiske timer, fordi den af Elsam indmeldte pris var urimelig høj. Det betyder derfor ikke noget for misbrugsvurderingen, at den faktiske pris blev endnu højere.

Sagsøgerne har tidligere anført, at tabet for disse få timer bør opgøres som forskellen mellem den af Elsam indmeldte pris og en beregnet rimelig pris frem for forskellen mellem den faktiske fastsatte pris, da Elsams erstatningsansvar kun kan relateres til den af Elsam indmeldte pris. Sagsøgerne kender imidlertid ikke Elsams indmeldte priser i disse timer. Derfor kan der ikke foretages en beregning af den betydning, dette har for det samlede tab.

Det gøres gældende, at hvis Elsam fortsat ikke vil oplyse, hvilke priser Elsam indmeldte i disse timer, må det tillægges processuel skadesvirkning, således at tabet beregnes ud fra den faktisk fastsatte pris.

Hvad angår de timer, hvor prisen i Vestdanmark var lig prisen i et naboland, har det ingen relevans for årsagssammenhængen. Det synes oplagt, at hvis prisen i en given time har været fastsat til under det af Elsam indmeldte, så har aftagerne kun skullet betale den fastsatte pris, hvorfor et eventuelt tab skal beregnes som forskellen mellem en rimelig pris og den faktisk fastsatte pris, uanset at Elsam havde indmeldt en endnu højere pris, som blot aldrig blev prisbestemmende.

Endelig bemærkes det, at tabsopgørelsen er baseret på spotprisen i Vestdanmark og således ikke, som angivet af Elsam, på systemprisen.

Intet af det af Elsam anførte ændrer ved det forhold, at når Elsam har indmeldt en urimelig høj pris på Nord Pool spot, og Elsam faktisk har fået afsat sin produktion i denne time, og denne indmeldte pris oversteg et rimeligt niveau, har aftagerne lidt et tab.

Der er derfor en direkte årsagssammenhæng mellem Elsams prisindmeldinger og aftagernes tab relateret til spotmarkedet.

Dette er relevant for de aftagere, der har haft en såkaldt spotkontrakt, hvorefter prisen blev fastsat som prisen på Nord Pool spot (Vestdanmark).

I relation til de 3 prøvesager gælder dette for Energi Danmark (spothandel på Nord Pool) og for Woodpro A/S (spotkontrakt).

2.3 Årsagssammenhæng mellem markedsmisbruget og tab baseret på fastpriskontrakter (stævningens punkt 3.3)

2.3.1 Elsam anerkender årsagssammenhæng

Elsam anfører i svarskriftet, side 58-62, at der er en sammenhæng mellem spotprisen på Nord Pool og fastsættelsen af PSO-tariffen. Det anføres således på side 59 i stævningen, at

"Hvis spotpriserne i fravær af det påståede misbrug havde været lavere, ville PSO-tarifferne i de enkelte kvartaler i perioden dermed utvivlsomt have været højere".

Det er Energinet.dk, der fastsætter PSO-tariffen hvert kvartal. Dette sker ud fra forventningerne til markedsprisen for el, og den markedspris, der anvendes, er Nord Pools forwardpris for kvartalet. Dette kan dokumenteres ved fremlæggelse af Bilag 3.644, der er en udskrift fra Energinet.dk's hjemmeside, som beskriver hvorledes PSO-tariffen bliver fastsat.

Forwardprisen fastsætter på tilsvarende måde prisen i en fastpriskontrakt.

PSO-tariffen er således et spejlbillede af prisen for en fastpriskontrakt.

Elsams anbringende om, at der er en sammenhæng mellem spotprisen og PSO-tariffen indebærer indiskutabelt, at Elsam anerkender, at der er en sammenhæng mellem spotprisen og forwardprisen og dermed prisen for en fastpriskontrakt.

Der synes derfor at være enighed mellem parterne om, at der er en sammenhæng mellem spotprisens udvikling og forwardprisen, som afgør prisen for en fastpriskontrakt.

2.3.2 Kommissionen støtter, at der årsagssammenhæng

Kommissionen har udarbejdet en meget omfattende rapport om el-sektoren, som beskriver de konkurrenceretlige problemer, der gør sig gældende for el-sektoren (Energy Sector Inquiry fra 10. januar 2007).

Kommissionen angiver på grundlag af en række svar fra markedsdeltagerne følgende om sammenhængen mellem spotmarkedet og markedet for finansielle kontrakter⁹:

"Therefore, generators with market power on spot markets have ample opportunity to also exercise their influence on forward prices. For example dominant operators could withhold a part of their generation capacity. This would not only raise spot prices but also change market participants' expectations of the development of this fundamental supply side factor resulting in higher forward prices. Generators could also increase the volatility of spot prices (without changing the overall level of prices), which would increase the value of hedging them in advance on the forward market and may raise the premium of forward prices over expected spot prices. While pursuing these strategies might seem costly for generators, it could be outweighed by higher revenues on their total portfolio."

⁹ Energy Sector Inquiry, punkt 375 og 376.

Det fremgår heraf, at Kommissionen finder, at en dominerende el-producent har mulighed for at påvirke størrelsen af risikopræmien på markedet for finansielle kontrakter ved at manipulere prisen på spotmarkedet. Denne prismanipulation kan ske ved at opkræve urimeligt høje priser.

Sagsøgerne gør gældende, at Elsams opkrævning af urimeligt høje priser på spotmarkedet medførte en øget volatilitet på spotmarkedet, som igen medførte en stigning i risikopræmierne på markedet for finansielle kontrakter. Det er netop denne sammenhæng, som Kommissionen beskriver i sin rapport.

Kommissionens rapport støtter således meget klart sagsøgernes anbringende om, at der er den fornødne årsagssammenhæng mellem Elsams markedsmisbrug på spotmarkedet og sagsøgernes tab på markedet for finansielle kontrakter.

2.3.3 Størrelsen af spotprisen påvirker størrelsen af risikopræmien i en fastpriskontrakt

Fastsættelse af prisen for en fastpriskontrakt afhænger af markedets forventning til spotprisen i den periode, hvor fastpriskontrakten skal være gældende. Hvis der fx er tale om en fastpriskontrakt gældende for et år, vil prisen afhænge af, hvad markedet tror, spotprisen vil være i dette år.

Denne forudsigtelse kan være ganske vanskelig, fordi der er en lang række faktorer, der spiller ind på fastsættelse af spotprisen, herunder vejrforholdene (vind og temperaturer), magasinfyldning i Norge og Sverige, kabelnedbrud på udlandsforbindelserne, prisen for kul, dollarkurs osv.

Da disse faktorer er forbundet med en ret stor usikkerhed, indregnes der altid en risikopræmie ved fastsættelse af prisen for en fastpriskontrakt.

Elsam gør gældende, at på tidspunktet hvor der fastsættes en pris i en fastpriskontrakt er det uden betydning, om der har været et markedsmisbrug, eller om der finder et markedsmisbrug sted på selve dagen, hvor prisen sættes. Dette begrundes med, at der er tale om en fremtidig pris, hvorfor historikken ikke skulle have nogen betydning.

Der kan imidlertid foretages en sammenligning af risikopræmierne, der er fastsat på dage uden markedsmisbrug med risikopræmier fastsat på dage med markedsmisbrug. Resultatet er, at risikopræmierne er højere, når de er fastsat på dage med markedsmisbrug.

Sammenligningen viser endvidere, at jo større markedsmisbruget har været i form af antal timer, størrelse af overpris og længden af perioden hvor der har været et væsentligt markedsmisbrug, jo højere er risikopræmien blevet sat til.

Denne forskel kan kun forklæres med markedsmisbruget, da alle øvrige usikkerhedsfaktorer, som er indeholdt i forudsigelsen af spotprisen, er ens på dage med og uden markedsmisbrug.

Det viser, at det har haft en betydning for den fremtidige fastpris, om der har været et markedsmisbrug. Årsagen hertil kan være, at markedet har indregnet en forventning om, at Elsams ville fortsætte sit markedsmisbrug, hvorfor der skulle tages højde herfor ved fastsættelse af en fast pris.

Der kan derfor påvises en årsagssammenhæng mellem størrelsen af spotpriserne og størrelsen af risikopræmien i en fastpriskontrakt.

Det følger heraf, at hvis Elsams markedsmisbrug har medført højere spotpriser, har det samtidig også medført højere risikopræmier i fastpriskontrakterne.

For så vidt angår den præcise størrelse af denne sammenhæng henvises til tabsopgørelsen under punkt 5.10.

3. Adækvans

3.1 De enkelte tab er adækvate (stævningens punkt 4)

Det af Elsams anførte giver kun anledning til at bemærke, at Elsams var vidende om prismekanismen på Nord Pool. Derfor vidste Elsams, at hvis Elsams indmeldte en urimelig høj pris, ville dette ikke kun påvirke prisen for Elsams egen produktion, men prisen for hele den solgte produktion i den givne time, da prisen fastsættes ens for alle.

Dermed har Elsams markedsmisbrug haft den virkning, at andre producenter har opnået højere priser, end de selv havde indmeldt til Nord Pool. Disse producenter har imidlertid ikke overtrådt loven, eller i øvrigt kunnet styre prissætningen, som det er tilfældet med Elsams.

Det var derfor påregneligt for Elsams, at Elsams indmelding af urimeligt høje priser i strid med konkurrenceloven medførte et tab for alle aftagerne, hvilket omfatter al den solgte produktion, uanset om denne stammer fra Elsams selv eller fra andre producenter, da Elsams markedsmisbrug har haft en påvirkning af prisen for hele den solgte produktion i denne time.

Det forhold, at erstatningen dermed kan overstige den gevinst, Elsams har opnået ved at overtræde konkurrenceloven, fører ikke til, at tabet er upåregneligt. Der er ingen regel i dansk erstatningsret, der tilsiger, at tabet ikke kan overstige skadevolders gevinst ved at overtræde loven.

I øvrigt gælder det, at kredsen af sagsøgere ikke omfatter det totale marked, hvorfor Elsams samlede gevinst ved at overtræde konkurrenceloven meget vel kan overstige sagsøgernes samlede tab.

Hvis det derimod skulle vise sig, at det ikke var økonomisk fordelagtigt for Elsam at overtræde konkurrenceloven, kan det anføres, at det overordnede formål med konkurrenceloven i så fald vil blive opfyldt.

4. Tabsopgørelse

4.1 Generelt om beviskrav til tabsopgørelsen

Det relevante beviskrav i sager af denne type, hvor der er tale om et tab opstået som følge af en dominerende virksomheds misbrug af sin markedsposition ved at opkræve urimeligt høje priser, er, at de skadeslidte skal sandsynliggøre deres tab.

Der henvises til Kommissionens Hvidbog, hvor følgende anføres:

*"Når det er klarlagt, hvilke skader der kan kræves erstatning for, skal **skadeserstatningens størrelse beregnes**. Denne beregning, der indebærer en sammenligning af ofrets økonomiske situation i et **hypotetisk scenario** med et konkurrencedygtigt marked, er ofte meget besværlig. Den kan blive **alt for besværlig** eller endog praktisk umulig, hvis det strengt fastholdes, at det nøjagtige beløb for den lidte skade altid skal beregnes præcist. Desuden kan vidtgående krav til beregningen være ude af proportion med størrelsen af værdien af den lidte skade."*

Kommissionen anfører således, at beviskravet til størrelsen af tabet er en sandsynliggørelse ved at sammenligne med den hypotetiske situation, at Elsam havde overholdt konkurrenceloven.

Derudover viser Højesteretsdom refereret i UfR 2005.2171 H klart, at der kun er krav om, at skadelidte skal sandsynliggøre sit tab. Elsam anfører i svarskriftet side 47, at denne dom ikke støtter dette og henviser til, at GT-Linien havde dokumenteret "de betalte havneafgifter gennem en opgørelse, udarbejdet af et revisionsfirma". Dette argument fremstår uforståeligt.

Sagen om GT-Linien drejede sig på samme måde som denne sag om, at der var opkrævet en urimelig høj pris. Til dokumentation for, hvilken pris der var blevet betalt, havde GT-Linien fået udarbejdet en revisoropgørelse. Anvendt på denne sag er der ingen problemer i at dokumentere, hvad der faktisk er blevet betalt for den købte el, da dette fremgår af de offentligt tilgængelige spotpriser, som er registreret på Nord Pool. Elsam synes da heller ikke at bestride dette, hvorfor det ikke er relevant at få en revisor til at bekræfte de officielle spotpriser.

For at beregne tabets størrelse skulle der i sagen om GT-Linien foretages et skøn over, hvad der havde været en rimelig pris. Det er dette skøn, som Højesteret foretog og endte med at idømme en erstatning på 10 mio. kr., tillagt renter fra skadens opståen.

Anvendt på denne sag skal sagsøgerne sandsynliggøre, hvad der ville have været en rimelig spotpris. Hvis der er en difference mellem den faktisk betalte spotpris og den beregnede rimelige spotpris, er der sandsynliggjort et tab, der opfylder beviskravene i denne type sager.

4.2 Det reelle tab er større end opgjort af Konkurrencestyrelsen

Elsam nævner gentagne gange, at det såkaldte forbrugertab, der fremgår af Konkurrencerådets afgørelse, kun udgør 298 mio. kr. Elsam tager Konkurrencestyrelsens opgørelse til indtægt for, at det beregnede tab ikke kan overstige dette beløb for det samlede marked. Dette er ikke korrekt.

Det fremgår af Konkurrencerådets afgørelser, at der er foretaget en beregning af en rimelig pris, men at denne beregning er sket på grundlag af en række overvurderinger og forsigtighedshensyn, hvorfor det anvendte benchmark klart overstiger den reelle rimelige pris.

Det kan muligvis undre, at Konkurrencerådet ikke foretog en præcis beregning af, hvad der var en rimelig pris i hver enkelt time uden at anvende disse forsigtighedshensyn. Grunden hertil er imidlertid, at det ikke ville have ændret konklusionen i afgørelserne, fordi Konkurrencerådet kun skal identificere, om der i et vist omfang er opkrævet en urimeligt høj pris. Det er således ikke Konkurrencerådets opgave at foretage en præcis opgørelse af misbrugets omfang.

Det fremgår af afgørelserne, at der er anvendt følgende forsigtighedshensyn, som resulterer i, at det beregnede forbrugertab bliver væsentligt lavere end det reelle forbrugertab:

1. Elsams omkostninger overvurderes i væsentlig grad.
2. Der anvendes en avance beregnet på grundlag af egenkapitalen i stedet for omsætning.
3. Der anvendes et prisvariationstillæg, som ikke kun dækker tab, men også sikrer en normalfortjeneste i alle døgnets 24 timer.
4. Opgørelsen foretages som en gennemsnitsopgørelse over 3- og 10-timers perioder, hvorved et stort antal kritiske timer ikke identificeres, og niveauet for de faktisk identificerede, kritiske timer undervurderes.
5. For 2005 og 2006 anvendes en alternativomkostning for gratis tildelte CO₂-kvoter på 100 %.

Det kan tilføjes, at under behandlingen af sagen for Konkurrenceankenævnet kom det frem, at Konkurrencestyrelsens opgørelse af Elsams omkostninger medregner alle regnskabsmæssige omkostninger, herunder fx hensættelser.

Det fremgår af Elsams årsrapporter, at hensættelser udgør meget væsentlige beløb.

Elsam har selv oplyst til offentligheden, at der er afsat betydelige beløb til dækning af eventuelle erstatningskrav, herunder 298 mio. kr. til dækning af erstatningskrav som følge af konkurrencelovsovertrædelserne.

Det betyder, at der i Konkurrencerådets opgørelse af omkostninger medregnes de beløb, som Elsam har hensat til dækning af eventuelle erstatningskrav til sagsøgerne.

Dette har formentlig ingen betydning for Konkurrencerådets konklusion, da der, uanset om disse hensatte beløb blev medregnet eller ej, kunne konstateres et markedsmissbrug i et vist omfang, men det synes oplagt, at der ved en opgørelse af omkostninger til brug for en erstatningsopgørelse ikke kan medregnes hensatte beløb til dækning af de selvsamme erstatningskrav.

Disse forhold medfører, at det forbrugertab der omtales i afgørelserne ikke svarer til det faktiske tab.

Endelig anfører Elsam, at Konkurrenceankenævnet fastslår, at det faktiske markedsmissbrug er endnu lavere end opgjort af Konkurrencerådet. Der er ikke belæg for denne konklusion i Konkurrenceankenævnets kendelser, da det alene anføres, at Konkurrenceankenævnet finder det bevist, at der i et vist omfang har været opkrævet urimeligt høje priser. Der tages udtrykkeligt ikke stilling til størrelsen af dette omfang, som derfor kan være både mindre end, større end eller lig med den opgørelse, der er foretaget i Konkurrencerådets afgørelser.

Det afgørende for tabsberegningen i denne sag er således, hvordan en rimelig pris skal beregnes. Elsam har stort set ikke forholdt sig til dette helt afgørende spørgsmål, men har alene anført, at både den af sagsøgerne og Konkurrencerådet opgjorte rimelige pris er forkert, uden at dette er forklaret eller dokumenteret.

4.3 De af Elsam påståede grundlæggende fejl

Elsam anfører i svarskriftet side 30-32 og side 49, at der ikke er årsagssammenhæng og derfor ikke noget tab i de timer, hvor Elsam ikke var prisbestemmende.

Konkurrencerådet har vurderet Elsams prisindmeldinger og har ikke set på den faktisk opkrævede pris. Det betyder, at Konkurrencerådet har identificeret en række kritiske