

timer, hvor det ikke var Elsams pris, der var prisbestemmende, men hvor Elsams pris, vurderet isoleret, var udtryk for en urimelig høj pris.

Hvad angår tabsopgørelsen, skal der tages udgangspunkt i den af Elsam indmeldte pris, da dette er den ansvarspådragende handling. Der kan derfor foretages en reduktion af tabets opgørelse svarende til forskellen mellem den af Elsam indmeldte pris og den faktiske markedspris i disse timer. Sagsøgerne kender imidlertid ikke Elsams indmeldte pris, da dette ikke fremgår af oplysningerne på Nord Pool. Sagsøgerne ved derfor ikke, hvilke timer det drejer sig om, og hvilken pris Elsam har indmeldt i disse timer. Det har derfor ikke været muligt at foretage en beregning af, hvilken reduktion dette skal medføre i erstatningsopgørelsen.

Hvis Elsam fastholder sine anbringender desangående, **opfordres** Elsam til at oplyse, hvilken pris Elsam har indmeldt i alle timer i perioden, så det kan identificeres, hvilke timer den af Elsam indmeldte pris oversteg et rimeligt niveau. Hvis Elsam ikke vil efterkomme denne opfordring, skal det tillægges processuel skadesvirkning, og dermed kan der ikke tages hensyn til den reduktion, som muligvis vil følge af, at Elsam i nogle få timer ikke var prisbestemmende, selvom den af Elsam indmeldte pris var urimelig høj.

Derudover nævner Elsam i svarskriftet side 49 og 50 den situation, at Elsam ikke havde været prisbestemmende i en række timer, hvis Elsam havde anvendt en rimelig pris, da en uidentificeret, hypotetisk producent i så fald kunne have været prisbestemmende.

Det bestrides, at dette faktisk har været tilfældet, og under alle omstændigheder er det Elsams bevisbyrde, at der har været sådanne helt særlige situationer. Elsams anbringender har imidlertid kun karakter af tankespind og er på ingen måde dokumenteret.

I fravær af dokumentation for det modsatte må en tabsberegning basere sig på forskellen mellem en beregnet rimelig pris og den faktisk opkrævede pris i stedet for hypotetiske, udokumenterede situationer. Der kan derfor ikke foretages fradrag ud fra et anbringende om nogle uidentificerede producenters udokumenterede indmeldinger.

5. Opgørelse af de enkelte tab - fastsættelse af en rimelig pris i alle de omhandlede timer, hvor markedsmisbruget fandt sted

5.1 Opgørelse af produktionsomkostninger

5.1.1 Den relevante målestok

Sø- og Handelsretten skal beslutte, hvordan en rimelig pris skal fastlægges i hver enkelt time.

Det kan i den sammenhæng helt overordnet anføres, at der gælder to forskellige principper:

- 1) En objektivt fastsat pris ud fra en effektiv produktion
- 2) En pris, fastsat efter Elsams forhold

Det gælder i mange relationer inden for konkurrenceretten (herunder statsstøtteren), at der på objektivt grundlag foretages en opgørelse efter, hvad en effektiv producent ville have af omkostninger.

Dermed opnås, at grænsen fastsættes på et objektivt grundlag, hvilket betyder, at lovligheden af den vurderede adfærd ikke påvirkes af den vurderede virksomheds egne forhold. Dette skaber en sikker grænse for den vurderede virksomhed, og det afskærer muligheden for, at den vurderede virksomhed selv kan påvirke resultatet.

Hvis størrelsen af produktionsomkostningerne i hver time fastsættes ud fra, hvad en effektiv producent ville have af omkostninger i hver time, er der tale om en objektiv vurdering.

Hvis det omvendt fastsættes ud fra Elsams egne produktionsomkostninger, er der tale om en subjektiv vurdering.

En subjektiv vurdering vil medføre, at en ineffektiv, dominerende producent tillades et højere prisniveau, mens en effektiv, dominerende producent kun tillades et lavere prisniveau. Dette synes at være et ulogisk resultat, som ikke vil opstå, hvis grænsen blev fastsat på et objektivt grundlag.

Tilsvarende gælder det i relation til fastsættelse af en rimelig fortjeneste. Hvis denne fastsættes afhængigt af Elsams egenkapital, vil det betyde, at hvis Elsam har en meget høj soliditetsgrad, tillades en højere pris, mens der kun tillades en lavere pris, hvis Elsam har en lav soliditetsgrad.

Sagsøgerne gør gældende, at grænsen for en rimelig pris skal fastsættes på et objektivt grundlag, da dette sikrer en retfærdig vurdering både i forhold til Elsam og aftagerne.

Det gøres gældende, at beregningen af, hvad der udgør en rimelig pris på et marked med virksom konkurrence, skal ske på grundlag af markedsdata og ikke på grundlag af den dominerende virksomheds egne omkostninger.

Begrundelsen for at anvende markedsdata er, at man derved sikrer, at målestokken beregnes ud fra en objektivt fastsat, effektiv produktionsform.

5.1.2 Beregnet på grundlag af markedsdata (objektiv vurdering)

Sagsøgerne har i stævningen side 21-22 redegjort for, hvorledes omkostninger kan opgøres på grundlag af markedsdata, således at der fastsættes en samlet omkostning pr. MWh på grundlag af markedsdata om udviklingen i kulprisen og valutakurser, som er de to mest afgørende faktorer for omkostninger for produktion af el på de centrale værker.

Dertil lægges omkostninger til drift og vedligeholdelse.

På grundlag af disse markedsdata kan der foretages en skønnet opgørelse over omkostninger hver time, som vil være forskellig mellem hvert døgn, da omkostningerne fastsættes efter udviklingen i kulpris og valutakurser.

Der henvises til bilag 3.506 for en samlet oversigt over de beregnede omkostninger på dette grundlag, hvor de beregnede produktionsomkostninger pr. time er anført.

Til illustration kan oplyses, at de gennemsnitlige produktionsomkostninger på dette grundlag udgør følgende:

	2003	2004	2005	2006
Gennemsnitlige produktionsomkostninger, kr. pr. MWh	132,10	182,33	163,45	167,89

5.1.3 Beregnet på grundlag af Elsams årsrapporter (subjektiv vurdering)

Hvis retten finder, at opgørelsen skal ske på grundlag af Elsams egne produktionsomkostninger, gøres det gældende, at denne opgørelse kun skal dække de faktiske, dokumenterbare omkostninger ved produktionen af el fordelt for hver time.

Sagsøgerne har opfordret Elsam til at oplyse og dokumentere størrelsen af omkostninger hver time i perioden. Denne opfordring har Elsam ikke efterkommet. Sagsøgerne har derfor anmodet om, at oplysningerne fremlægges enten af Elsam efter reglerne om partsedition eller af Konkurrencestyrelsen efter reglerne om tredjepartsedition, jf. processkrift om editionspligt af 18. september 2009.

Hvis der pålægges editionspligt, og disse oplysninger viser andre tal end de anvendte, tages der forbehold for at tilrette de foretagne tabsopgørelser i lyset af disse nye data.

Hvis der ikke pålægges editionspligt, og sagsøgerne derfor ikke kan få oplyst, hvilke faktiske, dokumenterbare omkostninger der har været forbundet med produktionen af el opgjort for hver time, gøres det gældende, at det skal tillægges processuel skadevirkning, således at de af sagsøgerne anvendte data anvendes.

5.2 Fastsættelse af en rimelig fortjeneste

5.2.1 Lav risiko for Elsam taler for en lav rimelig fortjeneste

Det fremgår af retspraksis om misbrugsformen urimeligt høje priser, at ud over de totale omkostninger skal der tillades den dominerende virksomhed at opretholde en rimelig fortjeneste.

Fastsættelse af rimelig fortjeneste afhænger af de konkrete omstændigheder og skal bero på, hvor stor risiko der er forbundet med at producere og sælge den konkrete vare, idet en lille risiko taler for en lavere grænse for en rimelig overskudsgrad, mens en høj risiko taler for en højere overskudsgrad.

Risikoen ved produktion af el kan vurderes ud fra efterspørgslen og konkurrencesituationen.

I denne sag er der tale om et marked, hvor den dominerende producent, Elsam, stort set ingen risiko løber. Ved alle andre brancher er efterspørgsel afhængig af en løbende markedsføring og fastholdelse af forbrugernes behov for produktet. Dette står i skarp kontrast til Elsam.

Da varen er helt nødvendig for, at aftagerne kan fungere, er efterspørgslen sikret i en grad, der ikke kan sammenlignes med andre varer, måske dog undtagen vand. Det betyder, at Elsam har kunnet være helt sikre på, at der ville være en fast efterspørgsel.

Hvad angår konkurrencesituationen, var (og er) Elsam den dominerende producent, hvilket definatorisk betyder, at Elsam var i stand til at fastsætte prisen for sin vare uafhængigt af sine konkurrenter og kunder. Dette var tilfældet i alle timer, men helt åbenlyst i de timer, hvor Elsam med Konkurrencerådets betegnelse var residual monopolist.

Elsam var derfor ikke udsat for et effektivt konkurrencepres.

Elsams risiko var derfor særdeles lille, idet der på den ene side var en helt fast efterspørgsel efter el og på den anden side intet effektivt konkurrencepres.

Denne meget lave risiko, forbundet med Elsams el-produktion, taler klart for, at den rimelige avance sættes meget lavt.

5.2.2 Forrentning beregnet på grundlag af omsætning eller egenkapital

I Konkurrencerådets afgørelse er den rimelige fortjeneste i misbrugstesten beregnet på grundlag af Elsams egenkapital. Det fremgår imidlertid ikke af afgørelsen, at en egenkapitalforrentning også skal anvendes ved en opgørelse af tabet i en civil erstatningssag, hvorfor det er endnu et forsigtighedshensyn, der er taget til Elsam.

Det skal derfor vurderes i relation til den tabsopgørelse, der skal foretages i denne sag, om grundlaget for beregningen af en rimelig fortjeneste skal være omsætningen i stedet for egenkapitalen.

5.2.2.1 Den relevante målestok taler for at anvende omsætningen

Det erindres, at den relevante målestok for vurderingen er, at en rimelig pris skal sættes som den pris, der ville være gældende på et marked med virksom konkurrence. Der er altså tale om en objektiv størrelse.

Det kan derfor anføres, at det er forkert at anvende Elsams egenkapital som grundlag, idet dette udgør en subjektiv opgørelse, der vil give et forkert billede af, hvilken pris der ville være gældende, hvis der havde været en virksom konkurrence.

Hvis Elsams egenkapital er afgørende for, hvor høj en pris Elsam tillades at opkræve, kan Elsam i høj grad selv påvirke størrelsen af en rimelig pris. Dette kan ske alene ved en ændring af regnskabsprincipper, som betyder, at opgørelsen af Elsams egenkapital bliver væsentligt større, og at grænsen for, hvornår en pris anses for urimelig, dermed flyttes endnu højere op.

5.2.2.2 Soliditetsgrad bør ikke være afgørende for størrelsen af en rimelig fortjeneste

Anvendelse af egenkapital medfører den besynderlige konsekvens, at hvis Elsam havde haft en meget lav egenkapital, vil grænsen for en rimelig pris blive sat lavere, mens grænsen ville være højere, hvis Elsam havde haft en høj egenkapital. Der tillades altså en dominerende virksomhed med en meget høj soliditet at opkræve højere priser, før det anses for urimeligt. Dette synes at være en ulogisk konsekvens af at anvende egenkapitalen som grundlag for opgørelsen af, hvad der udgør en rimelig avance.

I den sammenhæng gælder det, at Elsam er kendetegnet ved at have en umådelig høj soliditetsgrad sammenlignet med dansk industri generelt.

På grundlag af oplysninger om den gennemsnitlige soliditetsgrad i dansk industri fra Danmarks Statistik, sammenholdt med oplysninger om Elsams soliditetsgrad i Elsams årsrapporter¹⁰, kan følgende sammenlignende tabel opstilles:

	2003	2004	2005	2006
Dansk industri, %	43,6	43,6	43	42,2
Elsam, %	71,3	72,1	66,2	80,9

Det fremgår heraf, at Elsams soliditetsgrad og dermed størrelsen af Elsams egenkapital i forhold til dansk industri er næsten dobbelt så stor.

Det giver derfor et misvisende resultat, hvis der på den ene side anvendes en procentsats svarende til dansk industri generelt, men på den anden side anvendes denne procentsats på en egenkapital, der er dobbelt så stor som dansk industri generelt i forhold til størrelse af omsætning.

Det gøres derfor gældende, at hvis der skal anvendes en egenkapitalforrentning, må størrelsen af egenkapitalen sættes til, hvad der gælder for dansk industri generelt i forhold til omsætningen, således at opgørelsen danner et billede af, hvilken egenkapitalforrentning i kroner, der ville være gældende på et marked med virksom konkurrence.

5.2.3 Beregning på grundlag af omsætning (overskudsgrad)

Sagsøgerne gør gældende, at en rimelig avance skal sættes til 10 %, beregnet således, at der oveni de opgjorte omkostninger skal lægges et beløb svarende til 10 % af omsætningen.

Baggrunden for, at sagsøgerne anvender netop 10 %, er Konkurrenceankenævnets bemærkninger herom i Elsam II-sagen, hvor Konkurrenceankenævnet fastslår, at 10 % er en rimelig forrentning.

Til sammenligning kan oplyses, at dansk industris gennemsnitlige overskudsgrad udgør følgende:

	2003	2004	2005	2006
Overskudsgrad (pct.)	5,9	6,1	5,7	6,2

Det fremgår heraf, at der ved anvendelse af 10 % tillades en højere overskudsgrad end for dansk industri generelt, hvilket taler for, at denne beregningsfaktor faktisk udgør en overdrivelse til brug for beregning af en rimelig avance.

¹⁰ Det bemærkes, at Elsam ændrer regnskabsprincipper, hvorfor der sker en ændring i opgørelsen af soliditetsgraden. De anførte tal fremgår af Elsams årsrapport for 2006, side 3.

Hvis opgørelsen af en rimelig avance foretages på grundlag af en overskudsgrad på 10 %, kan den totale rimelige avance i kroner beregnes ud fra det i Eisams årsrapporter oplyste om omsætningen for el. Disse beløb skal sættes i relation til den totale produktion for derved at opgøre den rimelige avance pr. MWh. Derved fremkommer følgende skema:

	2003	2004	2005	2006
Omsætning tkr.	5.880.052	4.691.788	6.539.600	8.592.656
10 %	588.005	469.179	653.960	859.265
Produktion, GWh	16.352	13.128	10.307	13.480
Rimelig avance, kr. pr. MWh	36	36	63	64

Det bemærkes, at der er en betydelig stigning fra 2004 til 2005. Dette skyldes, at elprisen steg væsentligt i 2005, hvorfor omsætningen er højere i 2005, selvom produktionen er væsentligt lavere end i 2004. Da beregningen af den rimelige fortjeneste relaterer sig til omsætningen, bliver den tilladte fortjeneste højere i år med generelt høje elpriser og tilsvarende lavere i år med generelt lave elpriser.

5.2.4 Beregning på grundlag af egenkapitalen, 10 % forrentning

Det fremgår af begge afgørelser fra Konkurrencerådet, at der anvendes en forrentning på 10 % af egenkapitalen. Begrundelsen for anvendelse af netop 10 % er ifølge afgørelserne, at dette var udtryk for en gennemsnitlig egenkapitalforrentning i dansk industri.

Det skal anføres, at Konkurrencestyrelsen har valgt at anvende en beregning baseret på resultatet før skat i modsætning til resultatet efter skat. Dette giver alt andet lige et højere procenttal. Det fremgår ikke af afgørelsen, med hvilken begrundelse der anvendes et procenttal, baseret på resultatet før skat, men konsekvensen er, at Eisam tillades en endnu højere overskudsgrad, end hvis der anvendes en egenkapitalforrentning som i dansk industri efter skat.

Hvis retten finder, at den rimelige fortjeneste skal opgøres på grundlag af egenkapitalforrentning, gøres det gældende i overensstemmelse med Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnets afgørelser, at denne skal fastsættes til 10 %.

Hvis denne opgørelse anvendes, kan der foretages en beregning af den samlede avance ud fra det i Eisams årsrapporter oplyste om egenkapitalen.

Der skal i overensstemmelse med konkurrencemyndighedernes afgørelse foretages en reduktion af egenkapitalen, således at den del af egenkapitalen, der kan henføres til fjernvarmeproduktionen, ikke medtages. Dette foretages ved at anvende den samme fordeling mellem el og fjernvarme som følge af omsætningen for hvert år.

Disse samlede avancer skal fordeles på produktionen, således at følgende avance pr. MWh fremkommer:

	2003	2004	2005	2006
Total egenkapital tkr.	12.743.213	12.385.747	10.446.492	16.042.384
Egenkapital for el tkr.	11.110.083	10.208.707	9.147.562	14.703.825
10 %	1.111.008	1.020.870	914.756	1.470.382
Produktion, GWh	16.352	13.128	10.307	13.480
Rimelig avance, kr. pr. MWh	68	78	89	109

5.2.5 Beregning på grundlag af egenkapitalen, 10 % og 14 % forrentning

Under behandlingen af Elsam III-afgørelsen for Konkurrenceankenævnet gjorde Elsam gældende, at Konkurrencerådet havde begået en fejl ved at anvende et gennemsnitstal for egenkapitalforrentningen for dansk industri for 2001-2003, i stedet for 2003-2005, som angiveligt skulle være højere.

Konkurrencerådet fremlagde under sagen en ny beregning, som viste, at hvis der i stedet blev anvendt data fra 2003-2005, var egenkapitalforrentningen 14 % i stedet for de anvendte 10 %. Det skal understreges, at Konkurrencerådet ikke ændrede sin afgørelse, og fremlæggelsen af den nye beregning var således alene til brug for Konkurrenceankenævnets behandling.

Konkurrenceankenævnet anførte i sine præmisser punkt 11.4.2 i kendelsen følgende angående valg af procentsats:

“Det fremgår klart af den påklagede afgørelse, at egenkapitalforrentning indgår med 10 % i den anvendte misbrugstest for perioden 2005-2006. Ankenævnet anser det efter markedsforholdene for rimeligt og forsvarligt at lade egenkapitalforrentningen indgå i denne størrelsesorden i den i øvrigt anvendte test til konstatering af misbrug i form af urimelige elpriser i perioden 2005-2006 som sket.”

Det følger heraf, at Konkurrenceankenævnet anså anvendelse af 10 % for at være rimeligt i alle årene.

Elsams anbringender om, at Konkurrencerådet har ændret sin afgørelse til 14 % må afvises, idet Konkurrenceankenævnet stadfæstede den oprindelige afgørelse uden ændringer og oven i købet understregede, at Konkurrenceankenævnet anså anvendelse af 10 % for at være korrekt.

For fuldstændighedens skyld vises imidlertid tabsopgørelsen også ved anvendelse af 14 % for årene 2005 og 2006.

	2003	2004	2005	2006
Egenkapital tkr.	12.743.213	12.385.747	10.446.492	16.042.384
Egenkapital for el tkr.	11.110.083	10.208.707	9.147.562	14.703.825
10 % og 14 %	1.111.008	1.020.870	1.280.658	2.058.535
Produktion, GWh	16.352	13.128	10.307	13.480
Rimelig avance, kr. pr. MWh	68	78	124	153

5.3 Eventuel indregning af prisvariationstillæg

5.3.1 Intet prisvariationstillæg

Det fremgår af Konkurrencerådets afgørelser, at der ud fra et forsigtighedshensyn anvendes et såkaldt prisvariationstillæg til opgørelsen af, hvad der udgør en rimelig pris.

Det gøres gældende, at det samme forsigtighedshensyn ikke skal tages i denne sag, hvor tabet skal afgøres ud fra de faktiske omkostninger tillagt en rimelig avance.

Forsigtighedshensyn kan muligvis være relevant i en myndighedssag, da hensynet til den indklagede, private part tilsiger, at myndigheden udviser forsigtighed, inden der træffes indgribende afgørelser. I relation til en civil erstatningssag mellem to private parter er der ikke det samme hensyn til at udvise forsigtighed over for Elsam, idet sagsøgerens interesse i at få dækket deres reelle tab vejer mindst lige så tungt som Elsams interesse i ikke at betale mere end det faktiske tab.

Prisvariationstillægget betyder, at der gives en compensation for tab i andre timer end i de timer, hvor prisen var urimelig høj. Det forholder sig således, at især om natten skal nogle af værkerne holdes i gang, fordi de enten skal forestå en balanceproduktion, eller fordi det ikke er rentabelt at lukke helt ned for så at starte op igen om morgenen. En del af denne produktion kan ikke blive afsat, fordi efterspørgsel er meget lille om natten, og derfor er produktionsudgifterne delvist spildte for producenten.

Elsam angiver, at denne situation er tilfældet i 40 % af tiden. Det er imidlertid ikke dokumenteret, men uanset dette gælder det, at der kun er en meget beskedent produktion, hvorfor det ikke er relevant at foretage vurderingen ud fra, hvor stor en del af tiden der produceres med tab, men ud fra hvor stor en del af den samlede produktionsmængde der produceres med tab. Denne beregning vil vise et tal, der er væsentligt lavere end de 40 %, som angivet af Elsam.

Sagsøgerne gør gældende, at der ikke skal anvendes et prisvariationstillæg. Begrundelsen for dette er, at målestokken for, hvad der er en rimelig pris, er, hvilken pris der

ville være gældende på et marked med virksom konkurrence. På et velfungerende marked vil prisen hver time være udsat for et konkurrencepres, hvor det er udgifterne i hver enkelt time, der afgør prisen. Der kan således ikke på et marked med virksom konkurrence indregnes tab i andre timer, som alene skyldes Elsams egne produktionsforhold. Kun i det tilfælde, at andre producenter har tilsvarende tab, vil dette kunne indgå i en effektiv pris, men det er netop ikke tilfældet i denne sag, da de omtalte tab er unikke for Elsam.

Det følger heraf, at hvis konkurrencen havde fungeret effektivt, eller Elsam ikke havde haft en dominerende markedsposition, ville Elsam ikke have haft mulighed for at indregne tab, grundet sine egne forhold i sin pris, da prisen derved havde været højere end konkurrenternes, hvorfor Elsam ikke ville have haft et salg.

Hvis der tillades et såkaldt prisvariationstillæg, betyder det, at Elsam tillades at opkræve en pris, som overstiger det prisniveau, der ville være gældende på et marked med virksom konkurrence.

5.3.2 Prisvariationstillæg, der dækker tab

Hvis retten finder, at der skal anvendes et prisvariationstillæg, skal det afgøres, hvordan dette skal opgøres.

Der skal sondres mellem, om prisvariationstillægget kun skal dække tab i andre timer, eller om det skal dække både tab og manglende fortjeneste i andre timer.

I Konkurrencerådets afgørelser anvendes ud fra et forsigtighedshensyn et tillæg, der indregner både tab og fortjeneste i alle timer. Konsekvensen heraf er, at Elsams overpris ikke kun dækker et eventuelt tab i andre timer, men også giver Elsam en normalfortjeneste i alle døgnets 24 timer. Det fremgår tydeligt af afgørelserne, at der er tale om et forsigtighedshensyn, og derfor er det ikke relevant ved en tabsopgørelse i denne erstatningssag.

Det gøres gældende, at der helt oplagt ikke kan tillades, at der indregnes en normalfortjeneste i alle døgnets timer året rundt. Ingen virksomheder på et marked med virksom konkurrence er i stand til at opretholde en fortjeneste i alle døgnets 24 timer, der svarer til en normalfortjeneste. Langt de fleste virksomheder har kun en produktion og fortjeneste i 8 timer i døgnet.

Det gøres derfor gældende, at hvis der skal anvendes et prisvariationstillæg, skal det kun dække et tab.

For at kunne konstatere, om Elsam har produceret med tab, skal man kende Elsams omkostninger i hver time, således at der kan sammenholdes med den faktiske spot-

pris. Disse omkostninger skal endvidere fordeles mellem produktion til el og produktion til fjernvarme.

Det skal endvidere oplyses, hvor stor en mængde Elsam faktisk afsatte i disse timer, hvorefter tabet udgøres af differencen mellem de samlede omkostninger for denne time fraregnet en indtægt.

Disse oplysninger fremgår ikke af Konkurrencerådets afgørelser og er ikke offentligt tilgængelige. Sagsøgerne **opfordrer** derfor Elsam til at fremlægge oplysninger om, hvilke timer der er produceret med tab, og hvilke omkostninger og produktionsmængder der var tale om i disse timer. Hvis Elsam ikke vil efterkomme denne opfordring, kan der ikke foretages en korrekt beregning af et prisvariationstillæg, baseret på denne forudsætning.

For at give retten et billede af betydningen af prisvariationstillægget har sagsøgerne foretaget et skøn over, hvor stor en andel af Elsams samlede produktion, der er tabsgivende. Dette skøn er baseret på en opgørelse over Elsams omkostninger, baseret på Elsams egne årsrapporter. Det skønnes, at Elsam ikke har opnået en pris, der dækker disse omkostninger ved 10 % af den samlede produktionsmængde.

I forhold til de beregnede omkostninger pr. MWh, som fremgår under replikkens punkt 5.1.1., skønnes det, at der kun sker dækning af 50 % af omkostningerne ved denne tabsgivende produktion.

På grundlag heraf kan der opgøres følgende tabsbeløb for hvert år:

	2003	2004	2005	2006
Samlet produktionsmængde, GWh	16.352	13.128	10.307	13.480
10 % af den samlede produktionsmængde	1.635	1.312	1.030	1.348
Omk., kr. pr. MWh	132,10	182,33	163,45	167,89
Samlede omkostninger for 10 % af produktion, tkr.	216.003	239.360	168.465	226.314
Samlet tab (50 %), tkr.	108.001	119.680	84.232	113.157

Disse samlede tab skal fordeles ud på den samlede produktion i alle timer, hvorfor prisvariationstillægget udgør følgende:

	2003	2004	2005	2006
Prisvariationstillæg, kr. pr. MWh	6,60	9,12	8,17	8,39

5.3.3 Prisvariationstillæg, der dækker tab og mistet avance

For fuldstændighedens skyld vises også en skønnet opgørelse over et prisvariationsstillæg, hvor der ud over dækning for tab også gives dækning for en mistet fortjeneste i alle døgnets 24 timer.

Det gælder igen, at for at foretage en præcis opgørelse kræves der adgang til oplysninger om omkostninger, forbundet med el-produktionen i hver enkelt time, således at det kan konstateres, i hvilke timer Elsam ikke har opnået en pris, der giver dækning for både omkostninger og en rimelig avance.

Det gælder desuden, at opgørelsen heraf afhænger af, hvilke omkostninger og hvilken rimelig fortjeneste der anvendes til beregningen, da dette vil give forskellige resultater for, hvor mange timer Elsam ikke har opnået dækning for omkostninger og rimelig avance.

For at give retten et billede af betydningen af prisvariationstillægget efter disse forudsætninger anvendes en beregning, hvor det skønnes, at ved brug af de beregnede omkostninger (se punkt 5.5.1) og en rimelig avance, som opgjort under punkt 5.2.3, har Elsam ikke opnået en pris, der dækker omkostninger og avance ved 30 % af den samlede produktionsmængde.

Der er nu tale om væsentligt flere timer, hvorfor de faktisk opnåede priser også er højere end ved opgørelsen, hvor der kun er medtaget reelt tabsgivende timer. Da det ovenfor blev skønnet, at for 10 % af mængden var omkostningerne ikke dækket, bevirker det, at for de resterende 20 % af den samlede mængde er omkostningerne dækket, men den rimelige avance er ikke dækket fuldt ud.

Hvad angår den manglende dækning af en rimelig avance, skønnes det, at der kun opnås dækning for 50 % af rimelig avance for denne produktionsmængde.

Ud fra disse forudsætninger kan følgende tabel opstilles:

	2003	2004	2005	2006
Samlet produktionsmængde, GWh	16.352	13.128	10.307	13.480
30 % af den samlede produktionsmængde, GWh	4.905	3.938	3.092	4.044
Omk., kr. pr. MWh	132,10	182,33	163,45	167,89
Samlede omkostninger for 30 % af produktion, tkr.	648.010	718.082	505.395	678.943
Skønnede, ikke dækkede omkostninger, jf. ovenfor	108.001	119.680	84.232	113.157
Rimelig avance, kr. pr. MWh	36	36	63	64
Rimelig avance for 30 % af produktionsmængden, tkr.	176.401	140.753	196.188	257.779
50 % af den rimelige avance	88.200	70.376	98.094	128.889
Skønnet, ikke dækket tab og mistet avance, tkr.	196.202	190.057	182.326	242.047

Disse samlede tab og mistede avancer skal fordeles ud på den samlede produktion i alle timer, hvorfor prisvariationstillægget udgør følgende:

	2003	2004	2005	2006
Prisvariationstillæg, kr. pr. MWh	12,00	14,48	17,69	17,96

5.4 Eventuel indregning af alternativomkostninger i form af salgsværdien af gratis tildelte CO₂-kvoter

Det gøres gældende, at der ikke skal indregnes alternativomkostninger ved opgørelsen af en rimelig pris på baggrund af følgende hovedanbringender:

- 1) Det er ikke relevant at tage højde for hypotetiske gevinster, hvorfor vurderingen alene skal foretages ud fra det faktum, at Elsam faktisk producerede el og ikke anvendte sine produktionsfaciliteter til anden form for virksomhed.
- 2) CO₂-kvoter adskiller sig ikke fra andre forhold, fx værdien af kullagre osv., hvorfor det fremstår ubegrundet at behandle netop CO₂-kvoter som en alternativomkostning.
- 3) Det følger af afskrivningslovens § 40A og ligningsloven § 7Y, at værdien af gratis tildelte CO₂-kvoter skal sættes til 0.
- 4) Hvis Elsam faktisk havde solgt alle sine gratis tildelte CO₂-kvoter, ville det svare til, at staten havde tildelt kvoter til Elsam på et forkert grundlag, hvilket ville udgøre

ulovlig statsstøtte, som derfor skulle tilbagebetales, hvorfor det ikke ville have haft en værdi for Elsam.

- 5) De tyske konkurrencemyndigheder har anset en overvæltning af salgsværdi på mere end 25 % for i sig selv at udgøre en urimelig høj pris.
- 6) Kommissionen finder ikke, at salgsværdien af CO₂-kvoter skal indregnes i prisen.
- 7) DONG Energys administrerende direktør, Anders Eldrup, har udtalt, at kvoteomkostninger ikke kan overvælttes på kunderne.
- 8) En 100 % overvæltning vil stride mod formålet med kvotesystemet.
- 9) Det savner under alle omstændigheder mening at indregne en alternativomkostning, der er afhængig af faktisk produktion i mere end et år.

Der henvises til anbringender i stævningen, side 29-31, hvor ovenstående anbringende 1-5 er uddybet.

5.4.1 Anbringende nr. 6 - Kommissionen finder ikke, at salgsværdien af CO₂-kvoter skal indregnes i prisen

Der henvises til Kommissionens Report on Energy Sector Inquiry. Denne rapport omhandler netop prissætningen for el på et spotmarked.

Kommissionen behandler spørgsmålet om, hvorvidt salgsværdien af CO₂-kvoter skal indregnes som en alternativomkostning (opportunity costs) i rapportens punkt 599-609.

Kommissionen henviser til, at producenter mener, at salgsværdien skal indregnes med 100 %, uanset om CO₂-kvoten er tildelt gratis eller ej. Producenterne har således anført følgende synspunkt:

"If the value of the CO₂ allowance would not be taken into consideration the generator on the margin would lose revenues that it could realise if it decided not to generate but sell the CO₂ allowances and buy the electricity instead (opportunity cost principle)"

Hertil anfører Kommissionen følgende:

"This argument is not entirely convincing as it takes a rather static approach. The generator has to consider that it will also need allowances for the next period. If all allowances were sold during the reference period, the generator would be obliged to buy new allowances in the subsequent period. In addition, if all generators were to sell simultaneously their allowances on a large scale, this would have a depressing impact on the price of the allowances given that the electricity sector represents more than half of total CO₂ allowances."

Kommissionen synes således at være af den opfattelse, at der ikke kan indregnes en alternativomkostning, og da slet ikke med 100 %.

- 5.4.2 Anbringende nr. 7 – DONG Energys administrerende direktør Anders Eldrup har udtalt, at kvoteomkostninger ikke kan overvæltes på kunderne

Administrerende direktør Anders Eldrup har til Børsen den 9. oktober 2007 udtalt, at der ikke er tvivl om, at overvæltningens graden bliver meget nær nul. Han citeres for følgende:

"Som udgangspunkt får vi ikke mulighed for at overvælte klimaregningen til forbrugerne. Den skarpe konkurrence på markedet gør, at det i høj grad er os selv, som kommer til at betale".

Dette vil ifølge Anders Eldrup ske gennem indkøb af CO₂-kvoter og i endnu højere grad gennem investeringer i vedvarende energi i form af blandt andet vindmølleprojekter.

DONG Energys administrerende direktør henviser til den situation, at DONG Energy skal betale for CO₂-kvoterne. Det fremgår af citatet, at administrerende direktør Anders Eldrup ikke mener, at denne faktiske omkostning kan overvæltes på kunderne på et marked med virksom konkurrence. Det må gælde så meget desto mere, hvis der er tale om en alternativomkostning.

Dermed støtter de sagsøgte egen administrerende direktør det synspunkt, at en gratis tildelt CO₂-kvote ikke vil blive indregnet i prisen over for kunderne på et marked med virksom konkurrence.

- 5.4.3 Anbringende nr. 8 - en 100 % overvæltning vil stride mod formålet med kvotesystemet

Formålet med kvotesystemet er at mindske udledningen af CO₂. Dette formål søges opnået ved at give de forurenende producenter et økonomisk incitament til at forurene mindre ved at omlægge deres produktion til mere miljørigtig produktion.

Dette kommer også til udtryk i citatet fra administrerende direktør Anders Eldrup, som netop anfører, at DONG Energy vil investere i vindmøller for i fremtiden at producere mere miljørigtigt, hvilket selvsagt hænger sammen med, at kvotesystemet giver et klart økonomisk incitament hertil, da tildelingen af gratis kvoter afvikles over årene, så producenterne fremover får faktiske omkostninger med indkøb af CO₂-kvoter.

Ved vurderingen af, om kvotesystemet er ment som et økonomisk incitament over for forbrugerne eller producenter, skal det tages i betragtning, at lovgiver kan øge forbrugernes incitament til at forbruge mindre gennem afgifter, hvilket i høj grad allerede sker i dag. Hvis lovgiver ønsker at regulere forbrugernes adfærd, sker det derfor ikke

gennem et kvotesystem, hvor der gives kvoter til producenter, i håb om at dette vil afspejle sig i forbrugerpriserne. Kvotesystemet er derfor oplagt rettet mod producenterne i et forsøg på at formå producenterne til at omlægge deres produktion.

Hvis en producent blot kunne overvælge den fulde udgift til CO₂-kvoter på kunderne på et marked med virksom konkurrence uden derved at miste salg, ville producenten ikke have noget økonomisk incitament til at omlægge sin produktion til en mere miljørigtig produktion. Derved ville formålet med kvotesystemet blive forspildt, og der vil alene være tale om en ekstraudgift pålagt forbrugerne.

Det følger heraf, at formålet med kvoteloven tilsiger, at en gratis tildelt CO₂-kvote ikke skal indregnes i prisen på et marked med virksom konkurrence, men alene skal indgå i producentens fremtidige dispositioner i forbindelse med omlægning til en mere miljørigtig produktionsform.

- 5.4.4 Anbringende nr. 9 - det savner under alle omstændigheder mening at indregne en alternativomkostning, der er afhængig af faktisk produktion i mere end et år.

Økonomisk teori definerer en alternativomkostning således:

*"En offeromkostning er det beløb, man mister eller undlader at tjene, dvs. ofrer, ved at gennemføre en handling på bekostning af den bedste af andre mulige handlinger, herunder at undlade at gøre noget."*¹¹

Endvidere er der enighed i økonomisk teori om, at en alternativomkostning kun eksisterer, hvis den alternative undladelse reelt ville medføre en indtægt. Det udtrykkes således:

*"Opportunity costs are associated only with feasible alternatives"*¹²

På grundlag heraf gøres det gældende, at selv hvis retten når frem til, at en gratis tildelt CO₂-kvote skal anses for en alternativomkostning og derfor indregnes på samme måde som faktisk afholdte omkostninger, kan dette kun ske det første år.

Det ligger i begrebet "alternativomkostning", at producenten maksimalt skal stilles som, hvis producenten i stedet for at producere el havde solgt sine CO₂-kvoter og oppebåret værdien heraf.

¹¹ Regnskabsordbøgerne online: www.ordbogen.com, Henning Bergenholtz, Sandro Nielsen og Lise Mourier, 2009 Ordbogen A/S.

¹² Cost accounting, MY Khan og PK Jain, Tata McGraw-Hill Publishing Company Limited, Seventh reprint, 2007, side 2.17.

Det specielle ved CO₂-kvoter er, at de tildeles på grundlag af tidligere års produktion. Hvis en producent stopper sin produktion eller begrænser den i forhold til det grundlag, som der blev tildelt kvoter på, vil der ske en regulering.

Kvotelovens § 20, stk. 2, angiver, at

"Tildeling af den årlige kvote er betinget af [...], at produktionsenheden ikke er taget permanent ud af drift ved starten af det år, kvoten tildeles for, og at de oplysninger af betydning for kvotetildelingen efter kapitel 4, som driftslederen har meddelt, er korrekte."

Det følger endvidere af kvotelovens § 20, stk. 4, at

"Såfremt kvotetildelingen er baseret på urigtige data eller oplysninger, kan der ske en justering af kvotetildelingen i følgende år."

Det betyder, at hvis Elsam i 2005 havde stoppet sin el-produktion og i stedet soigt sine CO₂-kvoter for 2005, ville Elsam ikke have fået tildelt nogen CO₂-kvoter for 2006.

I relation til opgørelsen af en alternativomkostning skal der således under alle omstændigheder tages hensyn til, at hvis alternativet rent faktisk var blevet udnyttet, ville det kun have haft en værdi det første år.

Økonomisk teori tilsiger derfor, at ved opgørelsen af alternativomkostninger skal det vurderes, om der er tale om en engangs-alternativomkostning, som derfor i sagens natur kun kan indregnes én gang, eller der er tale om en varig alternativomkostning. I tilfældet med CO₂-kvoter er der tale om en engangsmulighed, da udnyttelsen af alternativet hænger sammen med antallet af gratis tildelte CO₂-kvoter året efter, hvorfor en udnyttelse det ene år vil afskære muligheden for at udnytte alternativet det næste år.

Det betyder for det første, at hvis alternativomkostningen medregnes i 2005, vil opgørelsen af alternativomkostningen for 2006 skulle sættes til 0.

For det andet betyder det, at hvis Elsam havde udnyttet alternativet i 2005, skulle Elsam nødvendigvis indkøbe kvoter i 2006, da Elsam ikke ville have fået nogen gratis. Denne omkostning skal tages med i betragtning ved opgørelsen af størrelsen af alternativomkostningen. Det bevirker, at alternativomkostningen er lig 0 – også i 2005 – fordi udnyttelse af alternativet i 2005 muligvis ville indebære nogle indtægter i 2005, men ville også indebære tilsvarende omkostninger til indkøb af kvoter i 2006. Derved udligner de fremtidige merudgifter den umiddelbare indtægt.

Med andre ord kunne det på ingen måde betale sig for Elsam at sælge de gratis tildelte kvoter i stedet for at producere el. Derfor er der ingen alternativomkostninger.

5.4.5 Tabsberegning afhængig af alternativomkostninger

5.4.5.1 Ingen alternativomkostninger

Det gøres gældende, at der ved beregningen af en rimelig pris til brug for erstatningsopgørelsen ikke skal inddrages alternativomkostninger.

5.4.5.2 Alternativomkostning med 25 % af salgsværdi af gratis tildelte CO₂-kvoter

Hvis retten finder, at Elsam skal tillades at medregne ikke afholdte omkostninger i relation til CO₂-kvoter, gøres det gældende, at denne alternativomkostning kun kan udgøre 25 % af salgsværdien af de pågældende CO₂-kvoter.

Grunden til, at der netop anvendes 25 %, er, at den eneste praksis, der behandler overvægtning af gratis tildelte CO₂-kvoter på aftagerne, er den tyske sag om de to store tyske el-producenters praksis med at indregne værdien af de gratis tildelte CO₂-kvoter i deres priser for el. De tyske konkurrencemyndigheder udtalte, at en indregning på mere end 25 % af salgsværdien i sig selv ville udgøre et misbrug af dominerende stilling (også omtalt i Konkurrencerådets afgørelse i Elsam III-sagen punkt 505 - 506).

Vi ved fra markedsdata, at der påregnes at blive udledt 766 kg CO₂ pr. MWh. Da hver kvote giver tilladelse til udledning af 1 tons CO₂, betyder det, at der skal anvendes 0,766 kvote til produktion af 1 MWh.

Vi kender salgsværdien af CO₂-kvoter, idet der findes en markedspris for CO₂-kvoter. Der kan derfor fastsættes en særskilt pris for hver time i 2005 og 2006.

Ved at tage 25 % af disse værdier kan der beregnes et tillæg pr. time. Dette tillæg indgår i tabsberegninger, der er vist i Bilag 3.506 – 3.641.

5.4.5.3 Alternativomkostning med 100 % af salgsværdien af gratis tildelte CO₂-kvoter

For fuldstændighedens skyld vises samme opgørelse, hvor der indregnes 100 % af salgsværdien af CO₂-kvoterne i tabsberegninger, jf. Bilag 3.506 – 3.641.

5.5 Reduktion begrundet i PSO-tarif

5.5.1 Baggrunden for PSO-tariffen

PSO står for Public Service Obligations og er en forkortelse for de offentlige forpligtelser, som de kollektive elforsyningsvirksomheder er pålagt efter elforsyningsloven og lov om fremme af vedvarende energi.

Formålet med ordningen er, at el-forbrugerne skal være med til at dække en andel af de omkostninger, som de kollektive elforsyningsvirksomheder afholder ved udførelsen af deres offentlige forpligtelser.

PSO-tariffen indførtes i 1998 i forbindelse med regeringens aftale om liberaliseringen af energimarkedene.

Af elforsyningslovens § 8 fremgår, hvilke omkostninger der dækkes af PSO-tariffen. Bestemmelsen gør udtømmende op med, hvilke omkostninger som el-forbrugerne skal afholde en andel af via PSO-tarifferne.

Overordnet set kan omkostninger omfattende af § 8 opdeles i 2 kategorier. 1) støtte i form af pristillæg til anlæg, der anvender vedvarende energikilder i produktionen af elektricitet og 2) generelle omkostninger til forsyningsikkerhed, forskning og udvikling, puljeordninger med videre. Afregningsmåden for omkostningerne er forskellig i de to overordnede kategorier.

I kategori 1 afregnes omkostningerne overvejende som et pristillæg, der opgøres således, at tillægget og markedsprisen på elektricitet sammenlagt udgør x øre pr. MWh. I andre tilfælde afregnes omkostningen som et tillæg på x øre pr. MWh for de første x fuldlasttimer på anlægget.

Afgørende for beregningen af omkostninger, der skal dækkes i kategori 1, afhænger således både af den forventede markedspris og af den forventede mængde af elektricitet, produceret på tillægsberettigede anlæg.

De typer af anlæg, der støttes i kategori 1, er vindmøller og kraftvarmeanlæg, der anvender biomasse eller affald til produktion af elektricitet samt andre anlæg, der anvender vedvarende energikilder i el-produktionen. Formålet med denne form for støtte er at sikre producenter af vedvarende energi en fast afregningspris, der ikke påvirkes af den skiftende markedspris.

Omkostningerne i kategori 2 har en mere fast karakter og er således ikke afhængig af markedsprisen og mængden af produceret elektricitet. Til fastsættelsen af disse omkostninger anvendes Energinet.dk's budgettal for omkostningerne for det pågældende år.

Efter lov om fremme af vedvarende energi § 56, stk. 1, kan Energinet.dk udbetale beløb til berigtigelse af for lidt udbetalt pristillæg og opkræve beløb til dækning af for meget udbetalt pristillæg og andre ydelser. Endvidere følger det af elforsyningslovens § 65a, stk. 1, at den systemansvarlige virksomhed, Energinet.dk, kan udbetale beløb til berigtigelse af for lidt udbetalt pristillæg og opkræve beløb til dækning af for meget udbetalt pristillæg. Af lovforslagets bemærkninger fremgår følgende om bestemmelsen (FT 2006-2007, tillæg A, spalte 4771):

"Ved fejl i målere eller i indberetninger af produktionsdata skal udbetalte pristillæg efterreguleres efter almindelige fordringsretlige principper, således at for lidt udbetalte pristillæg efterbetales til anlægsejeren, og for meget udbetalte tillæg kræves tilbagebetalt fra denne."

5.5.2 PSO-tarif er en afgift, der ikke er relevant for tabsopgørelsen

Elsam gør i svarskriftet punkt 19.1, side 58 f, gældende, at der skal ske et fradrag for besparelse af PSO-tariffen. Elsam henviser til det som Bilag L fremlagte notat og gør på grundlag heraf gældende, at fradraget for den sparede PSO-tarif skal udgøre 50 % af prisforhøjelsen på Nord Pool spot for årene 2005 og 2006.

Elsam synes med dette anbringende at have misforstået princippet om sparede omkostninger, som anvendes ved opgørelse af tabet efter de almindelige erstatningsretlige principper. Der skal således ved erstatningsudmåling tages højde for, om den erstatningssøgende har opnået sparede omkostninger, hvilket normalt vil være sparede, variable omkostninger, såsom normale driftsudgifter, der ikke er afholdt som følge af den erstatningspådragende handling.

Det gælder dog som et andet princip i dansk erstatningsret, at der ved erstatningsudmåling ikke tages højde for de skatte- og afgiftsmæssige konsekvenser af udbetaling af erstatning. Dette vil være et mellemværende mellem den erstatningssøgende og de relevante opkrævningsmyndigheder, hvorfor det ikke er et forhold, som skadevolderen kan anvende som begrundelse for at reducere erstatningsbeløbet.

I relation til PSO-tariffen er der tale om en afgift, som fastsættes af Energistyrelsen og opkræves af Energinet.dk på baggrund af lovfastsatte regler herom.

Hvis Elsam får ret i sit anbringende om, at der skal ske en reduktion i sagsøgernes erstatningsbeløb som følge af en påstået sparet PSO-tarif, vil resultatet være, at Elsam opnår en berigelse svarende til det beløb, som Elsam mener, sagsøgerne har sparet i PSO-tarif. Dette vil stride imod lovgrundlaget for opkrævning af PSO-tariffer, idet formålet er at støtte energivenlige produktionsformer, såsom vindmøller og decentrale kraftvarmeanlæg. Det vil derfor være et helt uantageligt resultat, hvis det forhold, at Elsam har overtrådt konkurrenceloven, skulle have som konsekvens, at Elsam får udbetalt PSO-tariffen, ved at Elsam tillades at modregne en sparet PSO-tarif i det erstatningsbeløb, Elsam ellers skulle betale som følge af den manipulation af spotprisen, Elsam er skyld i.

Det spørgsmål, som Elsam rejser om, hvorvidt sagsøgerne opnår en ugrundet berigelse ved, at der opnås en besparelse af PSO-tariffen, er ikke relevant i relation til den erstatningsopgørelse, som skal foretages i forholdet mellem Elsam og sagsøgerne. Hvis en udbetaling af en erstatning, begrundet i urimeligt høje spotpriser, får en af-

giftsmæssig virkning, vil det være et forhold, som Energistyrelsen skal håndtere. Det kan således ikke overlades til Elsam i forbindelse med en erstatningssag at foretage en opgørelse af sagsøgernes PSO-tarif for 2005 og 2006 endside forestå denne opkrævning og beholde en af Elsam opgjort PSO-tarif.

5.5.3 Elsam kan ikke overføre sit erstatningsansvar til andre producenter

Elsam synes at gøre gældende, at tabsopgørelsen skal baseres på, at alle andre producenter også ville have fået en lavere pris, hvis Elsam ikke havde misbrugt sin markedsposition.

Denne lavere pris til fx de miljørigtige produktionsformer ville ifølge Elsam have haft en påvirkning af PSO-tariffen, hvorfor de ville have fået det samme beløb, og aftagerne ville have betalt det samme beløb.

Elsams anbringende indebærer derfor, at Elsam forsøger at overføre erstatningsansvaret på de miljørigtige produktionsformer, således at det til brug for erstatningsberegningen skal lægges til grund, at disse på den ene side skulle have en lavere spotpris på samme måde som Elsam, men på den anden side skal kompenseres herfor i form af en forhøjet PSO-tarif, hvorfor der ikke vil være nogen påvirkning af disse produktionsformer, men at Elsam kan undgå erstatningsansvaret, i det omfang den forhøjede PSO-tarif ville reducere virkningen af den lavere spotpris.

Denne overførsel af erstatningsansvaret fra Elsam til en ukendt kreds af miljørigtige produktionsformer har ikke hjemmel i almindelige, erstatningsretlige principper.

Det forhold, at andre miljørigtige produktionsformer og andre producenter i det hele taget har opnået en højere spotpris som følge af Elsams markedsmisbrug, indebærer, at disse produktionsformer har opnået en økonomisk fordel som følge af Elsams markedsmisbrug, men da de ikke har begået noget ulovligt, er der ikke noget ansvarsgrundlag for at kræve denne økonomiske fordel erstattet.

Tværtimod følger det af læren om årsagsforbindelse, at Elsams erstatningspådragende handlinger i form af fastsættelse af en urimelig høj pris på Nord Pool får den konsekvens, at Elsam bliver erstatningsansvarlig for det tab, der er lidt, ikke blot baseret på Elsams egen produktion, men også for al øvrig produktion, da dette er en direkte følge af, at den af Elsam fastsatte, urimeligt høje pris er gældende ikke blot for Elsams produktion, men for hele den solgte produktion i den pågældende time.

Det forhold, at de miljørigtige produktionsformer har opnået en højere spotpris som følge af Elsams markedsmisbrug, kan ikke indgå i erstatningsberegningen.

Hvis der foretages en beregning af, hvilke konsekvenser det vil have for parterne, hvis Elsam ikke havde opkrævet de ulovligt høje spotpriser, kan der således ikke tages

højde for, at andre producenter skal have reduceret deres priser med den følge, dette kunne have for fx PSO-tariffen. Den hypotetiske beregning af virkningen af fravær af markedsmissbrug må nødvendigvis blive indskrænket til parterne i retssagen.

5.5.4 Genberegning af PSO-tariffen

Elsam har fremlagt et notat fra Energistyrelsen og gør på den baggrund gældende, at den beløbsmæssige sammenhæng mellem aftagernes tab og PSO-tariffen udgør 50 %, således at alt tab skal reduceres med 50 % grundet en sparet PSO-tarif.

Det gøres gældende, at beregningen under alle omstændigheder ikke er så simpel, som Elsam forsøger at fremstille det.

Beregningsmetoden for PSO-tariffen er fastsat i Elkrafts og Eltras notat af 13. oktober 2004 om "Opdeling af den systemansvarliges virksomheds tarifpuljer 1. januar 2005". Dette notat blev godkendt af Energitiilsynet i afgørelse af 25. oktober 2004. Af notatet fremgår det, at PSO-tariffen fastlægges som udgifter til PSO-omkostninger, fratrukket øvrige indtægter og delt med det samlede indenlandske bruttoforbrug af elektricitet.

PSO-tariffen fastsættes af Energinet.dk hvert kvartal. Den aktuelle PSO-tarif fastsættes 1 måned, inden den træder i kraft. PSO-tariffen fastsættes således ud fra, hvordan faktorerne, der indgår i beregningen af PSO-tariffen, forventes at være for det kommende kvartal.

I forhold til den del af PSO-tariffen, der er afhængig af markedsprisen på el, anvendes Nord Pools forwardpris for det kommende kvartal. For de øvrige PSO-omkostninger anvendes de budgetterede tal for året. Det er Energinet.dk, der udarbejder disse budgettal.

I PSO-tariffen medregnes også over- eller underdækning fra foregående kvartaler med 1/4 i de tilfælde, hvor den beregnede tarif har skabt en over- eller underdækning for de faktisk afholdte PSO-omkostninger. Dette gælder både, hvis markedsprisen har afvejet fra det forventede, og hvis de øvrige budgetterede PSO-omkostninger afviger fra budgettallene.

For de nævnte omkostninger, omfattet af kategori 2, beregnes der en tarif særskilt for henholdsvis Øst- og Vestdanmark. For omkostningerne i kategori 1 beregnes der en samlet tarif. Den samlede PSO-tarif er derfor summen af tarifferne for kategori 1 og 2.

Det er derfor ikke alene den forventede markedspris, der er relevant for fastsættelsen af PSO-tariffen. Således er det også relevant, hvad de øvrige forventede PSO-omkostninger vil udgøre for det kommende kvartal. Endvidere vil også den forventede mængde af produceret elektricitet fra tillægsberettigede anlæg være relevant. Mæng-

den, der produceres, kan afhænge af vind- og vejrforhold særligt for de tillægsberettigede anlæg, der er vindmøller.

Sammenhængen mellem markedsprisen og størrelsen af PSO-tariffen kan derfor ikke opgøres så simpelt som anført i Energistyrelsens notat, idet andre forhold uden sammenhæng med markedsprisen på elektricitet også vil have indflydelse på fastsættelsen af PSO-tariffen.

Det gøres derfor gældende, at hvis retten finder, at der skal ske en reduktion af tabet begrundet i en sparet PSO-tarif, skal denne reduktion være mindre end 50 %, fx 20 %.

5.6 Reduktion i relation til 2. halvår 2006

Der henvises til replikkens afsnit 1.5, hvor det er behandlet, hvorfor sagsøgerne fastholder et erstatningskrav, baseret på tab, grundet Elsams markedsmissbrug i 2. halvår 2006.

For fuldstændighedens skyld vises tabsopgørelser, hvor tab i denne periode er fratrukket, jf. Bilag 3.506 – 3.641.

5.7 Mulige tabsberegninger

De relevante spørgsmål for tabsopgørelsen er følgende:

- 1) Opgørelse af Elsams omkostninger
 - a. Baseret på markedsdata
- 2) Opgørelse af en rimelig fortjeneste
 - a. 10 % af omsætning
 - b. 10 % af egenkapital
 - c. 10 % af egenkapital for 2003/04 og 14 % af egenkapital for 2005/06
- 3) Anvendelse af prisvariationstillæg
 - a. Ikke noget prisvariationstillæg
 - b. Prisvariationstillæg der kun dækker tab i alle timer
 - c. Prisvariationstillæg, der giver dækning for både tab og mistet fortjeneste i alle timer
- 4) Anvendelse af alternativomkostning
 - a. Intet tillæg
 - b. Tillæg på 25 % af salgsværdien af gratis tildelte CO₂-kvoter
 - c. Tillæg på 100 % af salgsværdien af gratis tildelte CO₂-kvoter

En tabsopgørelse, baseret på hver af disse forudsætninger, vil være indbyrdes afhængig.

Det betyder, at der er 3 muligheder afhængig af beregning af en rimelig fortjeneste (2a-2c).

Hver af disse 3 muligheder skal herefter sammenholdes med de 3 muligheder for prisvariationstillæg (3a-3c), hvilket giver i alt 9 tabsberegninger.

Hver af disse 9 beregninger skal sammenholdes med de 3 muligheder for tillæg af en alternativomkostning (4a-4c), hvilket giver 27 tabsberegninger.

Disse 27 forskellige forudsætninger kan opstilles i følgende skema:

Nr.	Omk. Markeds Data	Avance			Prisvariationstillæg			CO ₂ -tillæg		
		10 % oms.	10 % egen- kap.	10 %/ 14% egenkap.	Ikke noget	Dækning af tab	Dækning af tab + avance	Ikke noget	25 %	100 %
1	x	x			x			x		
2	x	x			x				x	
3	x	x			x					x
4	x	x				x		x		
5	x	x				x			x	
6	x	x				x				x
7	x	x					x	x		
8	x	x					x		x	
9	x	x					x			x
10	x		x		x			x		
11	x		x		x				x	
12	x		x		x					x
13	x		x			x		x		
14	x		x			x			x	
15	x		x			x				x
16	x		x				x	x		
17	x		x				x		x	
18	x		x				x			x
19	x			x	x			x		
20	x			x	x				x	
21	x			x	x					x
22	x			x		x		x		
23	x			x		x			x	
24	x			x		x				x
25	x			x			x	x		
26	x			x			x		x	
27	x			x			x			x

Derudover er der en række mere overordnede spørgsmål, der skal tages stilling til ved tabsopgørelsen:

- 1) Betydning af PSO-tarif i 2005 og 2006
 - a. Reduktion med 20 % i 2005 og 2006
 - b. Reduktion med 50 % i 2005 og 2006
- 2) Markedsmisbrug i 2. halvår 2006
 - a. Intet markedsmisbrug – dvs. tabsreduktion for 2. halvår 2006

Dette kan indlægges i hver af de 27 tabsberegninger, hvilket giver yderligere 3 x 27 tabsberegninger, hvorfor der i alt kan laves $4 \times 27 = 108$ forskellige tabsberegninger for hver kontrakt.

5.8 Tabsberegning for elhandelselskab

Sagsøgerne har fremlagt en enkelt kontrakt fra Energi Danmark som prøvesag vedrørende tab for et elhandelselskab. Der henvises til Bilag 3.500.

Energi Danmark har købt el på Nord Pool, hvor prisen er fastsat som spotprisen.

Det er tale om en opgørelse fra Nord Pool for køb foretaget den 27. januar 2005, alle 24 timer.

Det fremgår af opgørelsen, at Energi Danmark har købt i alt 19.484,70 MWh i DK1, som er Vestdanmark.

Det samlede køb er endvidere vist på timebasis, således at det for hver time fremgår, hvor stor en mængde der er indkøbt og til hvilken pris.

Det bemærkes, at priserne er angivet i NOK. Ved tabsberegningen er der foretaget en omberegning til DKK ved anvendelse af dagskursen, som var gældende på Nord Pool den 27. januar 2005.

Beregningen af tabet følger de forudsætninger, der er anført ovenfor vedrørende opgørelse af tab på en spotkontrakt, således at der kan opstilles i alt 27 forskellige tabsberegninger for Energi Danmark.

Reduktion grundet PSO-tarif er ikke relevant for et elhandelselskab, og reduktion for 2. halvår 2006 er ikke relevant, da tabet alene relaterer sig til den 27. januar 2005.

Der fremlægges Bilag 3.506, der viser en oversigt over tab beregnet på grundlag af de forskellige forudsætninger samt en enkelt udskrevet tabsberegning. De øvrige tabsberegninger er fremlagt i elektronisk form (Bilag 3.506 – 3.532).

Den indkøbte mængde fremgår direkte af kontrakten time for time. Det gælder imidlertid, at kun en del af denne mængde indgår i tabsberegningen, da en del er risikoafdækket, og en del af tabet er overvæltet på slutaftagere (spotkunder). Der henvises til replikkens punkt 6.1 for en uddybning heraf.

Der fremlægges kun én kontrakt. Det skal dog bemærkes, at Energi Danmark har indgået tilsvarende kontrakter hver dag i den relevante periode. Vurderingen af, hvilke forudsætninger der skal indgå i tabsberegningen, er ens for samtlige disse kontrakter.

Den deldom, der kan afsiges på grundlag af denne ene kontrakt, tager kun stilling til det tab, der er forbundet med denne ene kontrakt. Sagsøgerne har imidlertid en forventning om, at vurderingen af det samlede tab, baseret på alle tilsvarende kontrakter som Energi Danmark har indgået, reelt vil blive afklaret efter afsigelsen af deldommen.

5.9 Tabsberegninger for spotkontrakt

Beregningen af tab, baseret på en spotkontrakt, følger de ovenforstående forudsætninger.

Sagsøgerne har udvalgt Woodpro A/S som prøvesag.

Denne slutaftager har indgået i alt 4 spotkontrakter, som dækker perioden fra 1. august 2003 til 31. december 2006.

Den første kontrakt har nr. 4463 og er indgået den 12. august 2003. Den vedrører levering af el i perioden 1. august 2003 til 31. december 2003.

Det er anført, at prisen på leverancen er spotafhængig, således at det faktiske forbrug målt på timebasis afregnes i forhold til den noterede pris på Nord Pool time for time.

Der angives endvidere et tillæg på 0,7 øre/kWh inkl. balance. Dette beløb udgør betaling for administration mv. til eihandelselskabet, og indgår ikke i tabsberegningen.

Det fremgår endvidere, at mængden ikke omfatter prioriteret el.

Den anden kontrakt har nr. 6428 og er indgået den 20. november 2003. Den vedrører levering af el i hele 2004. Kontrakten er derudover identisk med kontrakt nr. 4463 som er beskrevet ovenfor.

Den tredje kontrakt har nr. 1781 og er indgået den 20. august 2004. Den vedrører levering af el i hele 2005 og 2006. Kontrakten er derudover identisk med kontrakt nr. 4463 som er beskrevet ovenfor.

Den fjerde kontrakt har nr. 1780 og er indgået den 8. december 2004. Det er et tillæg til kontrakt 1781 beskrevet ovenfor. Det fremgår, at aftagepligten for prioriteret el bortfaldt den 1. januar 2005. Tillægget omfatter derfor den mængde, der tidligere var omfattet af reglerne for prioriteret el.

De 4 kontrakter danner tilsammen et ubrudt kontraktforhold om levering af el til den til enhver tid gældende spotpris på Nord Pool i perioden fra 1. august 2003 – 31. december 2006.

Der kan således med udgangspunkt i denne tabsopgørelse tages stilling til de anførte forudsætninger for fastsættelse af en rimelig pris og det deraf følgende tab.

Der fremlægges Bilag 3.533, der viser en oversigt over tabet, beregnet for de forskellige forudsætninger samt en enkelt udskrevet tabsberegning. De øvrige tabsberegninger er fremlagt i elektronisk form (Bilag 3.533 – 3.640).

Hvad angår Woodpro A/S' forbrug (fraregnet prioriteret el) i hver enkelt time, er dette oplyst af netselskabet i form af en såkaldt tidsserie. Denne tidsserie er indarbejdet i tabsopgørelsen.

5.10 Tabsberegninger for en fastpriskontrakt

Sagsøgerne har udvalgt Dalum Papir A/S som prøvesag. Den konkrete kontrakt er fremlagt som Bilag 3.505.

Der er tale om en fastprisaftale for perioden 1. januar 2004 til 31. december 2004.

Det fremgår af bilag 1 til kontrakten, at prisen er fastsat på grundlag af terminspris på Nord Pool den 1. september 2009. Dette er altså indgåelsesdatoen.

Den totale faste pris er 222,10 kr. pr. MWh. Heri indgår terminsprisen plus en række øvrige priselementer, der samlet udgør 7,54 kr. pr. MWh, samt en favørrabat på 6,51 kr. pr. MWh. Det er kun terminsprisen, der er relevant for tabsberegningen, da de øvrige tillæg og rabatten ikke indgår, hvorfor det er terminsprisen på 221,07 kr. pr. MWh der indgår i tabsberegningen.

Hvad angår betaling fremgår det af kontrakten, at der foretages en opgørelse af elforbruget hver måned. Inden den 10. i den efterfølgende måned fremsendes en faktura, og sidste rettidige betalingstidspunkt er den 25. i faktureringsmåneden.

Dalum Papir A/S havde et samlet forbrug i 2004 på 41.599 MWh.

5.10.1 Metode for beregning af tabet

Der foretages først en beregning af en terminspris baseret på de faktiske spotpriser (terminspris udtrykker prisen i en fastpriskontrakt).

Dernæst foretages en beregning baseret på de (lavere) spotpriser, som er beskrevet i replikkens punkt 5.9.

Beregningen foretages ved at indsætte den faktiske spotpris for S_t i formelen nedenfor, og derefter i stedet indsætte en rimelig spotpris for S_t i samme formel, og så beregne differencen mellem de to resulterende værdier for terminsprisen.

En rimelig terminspris kan herefter beregnes som den faktiske terminspris fratrukket den beregnede difference på terminsmarkedet, hvorved der beregnes et tab pr. MWh.

Dette tab multipliceres med det samlede forbrug, hvorved det samlede tab fremkommer.

5.10.2 Formel for rimelig terminspris

Terminsprisen afhænger både af spotprisen og af en risikopræmie, som vist i følgende formel:

$$F_{t,T} = \exp\{f(T) + e^{-\kappa(T-t)}(\log S_t - f(t)) + \alpha_t^*(1 - e^{-\kappa(T-t)}) + (\sigma^2/(4\kappa))(1 - e^{-2\kappa(T-t)})\}$$

Denne formel kan forklares som følger:

$F_{t,T}$: Terminspris med kontraktindgåelsesdag t og leveringsdag T
$f(t)$: Sæsonvariationen i spotprisen på dag t
κ	: Hastigheden hvormed spotprisen bevæger sig hen mod $f(t)$
S_t	: Spotprisen på dag t
α_t^*	: Risikopræmien på dag t
σ	: Standardafvigelsen på den daglige bevægelse i spotprisen

For at foretage beregningen af en eventuel difference afhængigt af de fastsatte rimelige værdier for spotpriserne anvendes den kendte faktiske spotpris (fra Nord Pool), den beregnede rimelige spotpris (replikkens punkt 5.9), samt talværdier for $f(t)$, κ , α_t^* , og σ .

5.10.3 Beregning af terminspris

Der henvises til uddybende forklaring i Bilag 3.641.

Terminsprisformlen giver terminsprisen $F_{t,T}$ for en kontrakt med levering på dag T , og talværdien heraf afhænger af spotprisen samt af værdierne for D_t^M , h_t og M_t .

Terminsprisen for fastpriskontrakten beregnes nu som (sum af $F_{t,T}$ fra $T = T1$ til $T2$)/($T2 - T1 + 1$) hvor i tilfældet Dalum Papir A/S haves $t = 1$. september 2003, $T1 = 1$. januar 2004 og $T2 = 31$. december 2004.

I hvert enkelt $F_{t,T}$ sættes $D_t^M = 0$, $h_t = 0$, $M_t = 0$, svarende til værdierne som disse variable skulle have i et marked uden markedsmisbrug i spotmarkedet.

Den første beregning sker ved anvendelse af de faktiske spotpriser den 1. september 2003. Ved at tage gennemsnittet heraf af de på Nord Pool fastsatte spotpriser kan den faktiske spotpris fastsættes til 240,87.

Dernæst foretages den samme beregning ved anvendelse af de beregnede lavere spotpriser, jf. replikken punkt 5.9. Derved fremkommer et nyt resultat hver gang der ændres i forudsætningerne for fastsættelse af en rimelig spotpris.

En rimelig terminspris for den konkrete fastpriskontrakt beregnes herefter som den faktiske terminspris fratrukket den beregnede difference på terminsmarkedet. Derved fremkommer et tab udtrykt i kr. pr. MWh.

Denne difference multipliceres med den indkøbte mængde, hvorved det totale tab relateret til denne fastpriskontrakt kan beregnes.

5.10.4 Forskellige forudsætninger for tabsberegningerne

Spørgsmålet om PSO-afgift har først betydning fra den 1. januar 2005. Da forbrugsperioden for kontrakten er 2004, er det derfor ikke relevant at vise en beregning, hvor der er foretaget en reduktion grundet eventuelt sparet PSO-tarif.

Den konkrete fastpriskontrakt er indgået den 1. september 2003, og opgørelsen af tabet foretages derfor uafhængigt af spørgsmålet om markedsmisbrug i 2. halvår 2006, idet det forudsættes, at hele perioden indgår i beregningen.

Der er ovenfor redegjort for 3 forskellige forudsætninger for opgørelse af en rimelig avance. Den første er 10 % af omsætningen, den anden er 10 % af egenkapitalen og den tredje er 10 % af egenkapitalen for 2003 og 2004 og 14 % af egenkapitalen for 2005 og 2006. Den sidste variant er ikke relevant for denne kontrakt, da den kun dækker 2004. Der er derfor kun 2 relevante varianter for avancen i relation til denne kontrakt.

Det betyder, at der kan opstilles i alt 6 forskellige tabsberegninger for denne fastpris-kontrakt, som alle afhænger af, hvilke forudsætninger der indgår i beregningen af en rimelig spotpris. Disse forskellige forudsætninger er som følger:

Nr.	Omk.	Avance		Prisvariationstillæg		
	Markeds data	10 % oms.	10 % egenkap.	ikke noget	Dækning af tab	Dækning af tab + avance
1	x	x		x		
2	x	x			x	
3	x	x				x
4	x		x	x		
5	x		x		x	
6	x		x			x

Der henvises til Bilag 3.641.

6. Overvæltning

6.1 Overvæltning fra Energi Danmark til slutaftagere

6.1.1 Opgørelse af Energi Danmarks tabsrelevante mængde

Som anført i stævningen er Energi Danmarks tab beregnet alene på grundlag af den åbne position, som er defineret ved den ligning, der fremgår af stævningen side 26.

Det fremgår heraf, at der skal foretages en reduktion baseret på 2 forhold:

- 1) risikoafdækning
- 2) overvæltning på slutaftagere

Energi Danmarks indkøb på Nord Pool den 27. januar 2005 fremgår af bilag 3.500, opgjort for hver enkelt time.

Der var denne dag indgået en CfD-kontrakt på 90 MWh for hver time. Denne mængde skal derfor fratrækkes.

Derudover blev en del af den indkøbte mængde videresolgt til spotkunder, hvorfor et eventuelt tab blev overvæltet på disse slutaftagere. Disse slutaftagere kan inddeles i slutaftagere, der er med i denne retssag, og dem, som ikke er med.

Det bemærkes, at det tab, som er lidt af de slutaftagere, som ikke er med i retssagen, naturligvis ikke kræves erstattet. Det udgør derfor en berigelse for Elsam, da den ulov-

lige overpris så vidt vides ikke er krævet tilbagebetalt for så vidt angår disse slutaftagere.

Der kan opstilles følgende skema for fordeling af den indkøbte mængde den 27. januar 2005:

Time	Samlet indkøbte mængde, MWh	Afdækket ved en CfD-kontrakt, MWh	Salg til spotkunder, MWh		Tabsrelevant mængde, MWh
			Med i retssagen	Ikke med i retssagen	
1	592,30	90	77,16	32,88	392,25
2	571,20	90	75,77	33,74	371,69
3	571,80	90	74,12	33,27	374,42
4	574,00	90	74,45	33,54	376,00
5	583,20	90	75,85	34,26	383,09
6	655,70	90	80,28	37,28	448,13
7	873,40	90	86,47	43,41	653,52
8	1089,80	90	98,83	51,90	849,07
9	957,10	90	104,56	55,46	707,09
10	920,80	90	102,79	53,58	674,43
11	936,90	90	103,78	53,51	689,61
12	917,40	90	103,81	52,99	670,60
13	880,70	90	100,98	51,28	638,44
14	881,70	90	99,69	52,22	639,79
15	862,00	90	94,46	49,06	628,48
16	825,90	90	88,55	43,27	604,08
17	852,50	90	86,06	42,60	633,84
18	962,20	90	82,64	39,52	750,04
19	904,60	90	81,38	38,43	694,80
20	818,60	90	80,98	37,28	610,34
21	939,20	90	78,78	34,93	735,49
22	859,20	90	78,68	33,97	656,55
23	770,90	90	79,27	32,92	568,71
24	683,60	90	77,03	32,37	484,20

Mængden angivet i den yderste højre kolonne er den mængde, som er relevant for en opgørelse af Energi Danmarks tab. Det er derfor denne mængde, der fremgår af tabsberegningerne, jf. Bilag 3.506 – 3.532.

6.1.2 Elsams anbringender

De anbringender, som Elsam har anført i svarskriftet, side 56-58, er ikke relevante, da de vedrører andre situationer, for hvilken der ikke kræves erstatning. Elsam bør derfor i stedet forholde sig til det i stævningen anførte frem for at fremføre anbringender om hypotetiske forhold.

I relation til Energi Danmarks åbne position anfører Elsam i svarskriftet, side 58, at Elsam ikke kan være ansvarlig for Energi Danmarks risikovillighed.

Hertil skal anføres, at erstatningskravet ikke baserer sig på, at Elsam bebrejdes et tab, som skyldes Energi Danmarks risikovillighed, men alene på det forhold, at spotprisen har været højere som følge af Elsams markedsmisbrug på spotmarkedet. Hvis Energi Danmark i øvrigt har lidt tab, som følge af at spotprisen er steget, uden at det skyldes Elsams markedsmisbrug, indgår det ikke i tabsberegningen.

Tabet beregnes som forskellen mellem den pris Energi Danmark ville have betalt i relation til den åbne position, hvis spotprisen altid havde været lovlig, og den pris der faktisk blev betalt.

Derudover anfører Elsam i svarskriftet, side 58, at Energi Danmarks tab på spotmarkedet modsvares af en tilsvarende gevinst i relation til de finansielle kontrakter, Energi Danmark måtte have indgået med slutaftagere.

Hertil skal anføres, at det ikke er Energi Danmark, der opnår en gevinst ved, at prisen for en fastpriskontrakt har været højere, da Energi Danmark netop skal betale denne højere pris hos udbyderen af en fastpriskontrakt. Denne udbyder har i mange tilfælde været Elsam, da Elsam som den dominerende producent var i stand til at udbyde fastpriskontrakter. Det betyder, at hvis der har været en overpris for fastpriskontrakten som følge af markedsmisbruget på spotmarkedet, så har Elsam oppebåret en gevinst herved – ikke Energi Danmark eller andre elhandelsselskaber. Dette taler i øvrigt i høj grad for, at Elsam er erstatningsansvarlig for tab relateret til fastpriskontrakter, da det er Elsam, der har oppebåret en gevinst herved.

6.2 Overvæltning fra slutaftagere

Det af Elsam anførte giver ikke anledning til bemærkninger, idet det bestrides, at sagsøgerne har bevisbyrden for, at der ikke er sket overvæltning. Der henvises her til UfR 2005.2171 H, hvor det fremgår at det er skadevolders bevisbyrde.

Elsam har bevisbyrden for, at den af Elsam påståede, men udokumenterede, overvæltning har fundet sted og i givet fald uden påvirkning af omsætningen. Denne bevisbyrde er ikke løftet.

7. Renter

7.1 Renteberegning fra de enkelte kravs opståen

Der henvises til det i stævningen anførte.

Derudover gøres det gældende, at det vil stride mod princippet om, at skadevolder ikke må opnå en ugrundet berigelse af sin lovovertrædelse, hvis ikke der tillægges renter fra skadestidspunktet. Dette skyldes, at Elsam har oppebåret rentefordelen ved at opkræve overpriser, og denne fordel har været til stede fra det tidspunkt, hvor overprisen blev opkrævet; nemlig skadestidspunktet. Elsam vil derfor opnå en berigelse, hvis tabet ikke skal forrentes på et tidligere tidspunkt end tidspunktet for sagsanlæg.

Aftagerne har omvendt haft et rentetab regnet fra betalingstidspunktet ved at have betalt en for høj pris. Dette rentetab bør derfor erstattes, hvorfor der skal beregnes renter fra betalingstidspunktet, jf. renteloven, § 3, stk. 5.

Der henvises til støtte herfor til Renteloven med kommentarer¹³, hvori det anføres:

"Har skyldneren tilegnet sig de midler, han søges til at betale, ved uredeligt eller ligefrem strafbart forhold, er der ingen grund til, at han, som samtidig ved sit forhold har hindret fordringshaveren i at forlange betaling tidligere, ikke skulle svare renter fra tilegnelsen".

I den sammenhæng henviser Lars Lindencrone også til dommen refereret i UfR 2005.2171H og anfører:

"På tilsvarende måde må beløb, som skyldneren har tilegnet sig ved misbrug af sin dom[inerende] [her er en trykfejl i bogen] stilling på markedet i strid med konkurrencelovgivningens regler, i forbindelse med at de hentes tilbage, forrentes fra tidspunktet, hvor de enkelte beløb i sin tid blev betalt, jf. fx U 2005. 2171 H, GTLinien A/S".

7.2 Elsams domshenvisninger er ikke relevante

Elsam henviser til støtte for sine anbringender til Østre Landsrets dom af 20. maj 2009. Denne dom støtter imidlertid ikke Elsams anbringender, da der kun blev påstået renter fra sagens anlæg, hvorfor det ikke var aktuelt at tage stilling til renter fra et eventuelt tidligere tidspunkt.

Det fremgår muligvis ikke tydeligt af den offentliggjorte dom, hvorfor Elsams advokater, der ikke var involveret i sagen, vanskeligt kan læse det, men det kan oplyses, at

¹³ Lars Lindencrone Petersen, Renteloven med kommentarer, 3. udgave, 2008, s. 117.

sagen blev anlagt umiddelbart efter kravets opståen, hvorfor det ikke var relevant at kræve renter fra et tidligere tidspunkt. Denne dom er derfor ikke sammenlignelig med omstændighederne i relation til kravene mod Elsam og støtter således ikke Elsam's anbringender.

Elsam henviser også til dom refereret i UfR 2005.2842H. Det fremgår af dommen, at der blev påstået renter fra 30 dage efter rentepåkrav. Det fremgår, at der blev givet rentepåkrav den 15. december 1999. Denne rentepåstand var ikke bestridt. Både landsret og Højesteret når frem til, at der skal tildeles renter fra den 15. januar 2000 i overensstemmelse med rentepåstanden.

Det af Elsam i øvrigt anførte vedrørende renter giver ikke anledning til yderligere anbringender, idet det fastholdes, at renter skal beregnes fra de enkelte betalingstidspunkter, jf. rentelovens § 3, stk. 5.

7.3 Beregning af renter i prøvesagerne

Betalingsstidspunktet for Energi Danmark er den 27. januar 2005 (Bilag 3.500), hvorfor rentepåstanden er baseret på renteberegning fra denne dato.

Betalingsfristen i Woodpro A/S's kontrakter (Bilag 3.501 – 3.504) fremgår af bilag 1 til kontrakterne. Det er her angivet i punkt 3.5, at den leverede mængde faktureres månedsvis bagud. Endvidere fremgår det af punkt 3.6, at opgørelsen af forbruget senest skal ske den 6. i hver måned, og i punkt 3.7 er angivet, at betalingsfristen er 30 dage efter fakturadato. Kontrakterne dækker over i alt 40 måneder, og der udstedes faktura hver måned, hvorfor der er i alt 40 betalingstidspunkter. Den første faktura for forbruget i august 2003 blev fremsendt senest den 6. september 2003 med en betalingsfrist den 6. oktober 2003. Den sidste faktura dækkede forbruget i december 2006, og havde en betalingsfrist den 6. februar 2007. Rentepåstanden er derfor baseret på, at 1/40 af det samlede krav forrentes fra den 6. oktober 2003 og derefter 1/40 regnet fra den 6. i hver måned sidste gang den 6. februar 2007.

Hvad angår Dalum Papir A/S dækker kontrakten (Bilag 3.505) over 12 måneder, og der udstedes en faktura hver måned, hvorfor der er 12 betalingstidspunkter. Den første faktura dækkede forbruget i januar 2004 og havde betalingsfrist den 25. februar 2004. Den sidste faktura dækkede forbruget i december 2004 og havde en betalingsfrist den 25. januar 2005. Rentepåstanden er derfor baseret på, at 1/12 af det samlede krav forrentes fra den 25. februar 2004 og derefter 1/12 regnet fra den 25. i hver måned sidste gang fra den 25. januar 2005.

BESVARELSE AF PROVOKATIONER

1. Indledning

Elsam anfører, at besvarelsen af Elsams provokationer er nødvendig for at foretage en udvælgelse af prøvesager.

Elsam har gentagne gange under skriftvekslingen anført på den ene side at være indstillet på, at der skal afsiges en deldom baseret på nogle få prøvesager, men samtidig på den anden side fastholdt, at udvælgelsen af disse prøvesager kræver en gennemgang af alle kravene.

Det må anføres, at Elsams forsøg på at tvinge retten til at foretage en gennemgang af samtlige krav vil besværliggøre sagens behandling betydeligt og ødelægge formålet med at udvælge prøvesager.

Det fastholdes, at det er sagsøgernes risiko, at de udvalgte prøvesager er dækkende for alle eller langt størstedelen af de problemstillinger, som gælder for alle sagsøgerne. Det er derfor også sagsøgerne, der afgør, hvilke sager der skal være prøvesager, hvorfor Elsams bemærkninger desangående er betydningsløse.

Derudover anfører Elsam, at *"sagsøgerne indtil videre ikke har været indstillet på eller ønsket at medvirke til sagernes oplysning eller udvælgelse af repræsentative prøvesager"*. Sagsøgerne stiller sig uforstående over for dette anbringende, som ikke har støtte i den måde, hvorpå sagens skriftlige forberedelse har været gennemført, ligesom Elsams udtalelser om sagsøgernes ønsker fremstår misvisende og aldeles ubegrundede.

Hvad angår provokationer i Bilag M, vil disse blive besvaret på et relevant tidspunkt, efter der er afsagt deldom.

2. Besvarelse af provokationer ad realiteten

2.1 Provokation angående tabsberegningsmodel

Elsams provokation om fremlæggelse af tabsberegningsmodel i elektronisk form er ikke egnet som en provokation, men kan alene være en henstilling til, at sagsøgerne bistår Elsams advokater ved at levere materialet i elektronisk form. Der henvises til, at tabsopgørelserne vedlagt replikken er fremlagt i elektronisk form, hvorfor Elsams advokater kan anvende dette.

Hvad angår Elsams ønsker til, hvilket format sagsøgerne skal anvende, må henstilles til, at Elsam eller en af Elsams advokater selv forestår dette arbejde.

De vedlagte tabsberegninger vedrører kun de kontrakter, som skal danne grundlag for deldommen. Der fremlægges derfor ikke forskellige tabsopgørelser for samtlige sagsøgere på nuværende tidspunkt, idet der henvises til den samlede tabsopgørelse, der fremgår af stævningen.

2.2 Elhandelsselskaberne

Sagsøgerne har valgt at fremlægge et tab fra Energi Danmark som grundlag for en deldom.

De øvrige elhandelsselskaber er Nordjysk Elhandel A/S og Scanenergi A/S.

For så vidt angår Energi Danmark, er der redegjort for den samlede indkøbte og videre-solgte mængde, jf. replikkens punkt 6.1. Dette anses for tilstrækkeligt til opfyldelse af Elsams provokationer desangående.

For så vidt angår Elsams provokation om at fremlægge bestyrelsesprotokoler for at vise risikoafdækning bemærkes, at tabet alene er baseret på spothandel, hvorfor handel med finansielle kontrakter ikke er relevant for Energi Danmark. Derfor er denne provokation irrelevant.

2.3 Øvrige sagsøgere

Elsam har angivet en lang række provokationer, som ikke er relevante i forbindelse med de kontrakter, der skal danne grundlag for en deldom.

Sagsøgerne vil derfor besvare disse provokationer, efter der er afsagt deldom i det omfang, de på dette tidspunkt findes at være relevante.

Det bemærkes, at Elsams provokationer i realiteten er en fortsættelse af Elsams protest mod, at kravene kumuleres, idet Elsam finder, at der er så stor forskel på kontrakttyperne, at kravene ikke kan behandles under en sag. Hertil bemærkes, at retten ved kendelse den 27. april 2009 fastslog, at kravene kan kumuleres.

Det fremgår ligeledes af retsbogen af 27. april 2009, at retten på et senere tidspunkt eventuelt kan bestemme, at et eller flere krav eller en eller flere søgsmålsgrunde eller indsigelser udskilles til særskilt behandling. Det følger heraf, at der er mulighed for, hvis det findes relevant, at foretage en særskilt behandling af enkelte kontrakttyper, efter der er afsagt deldom. Såfremt dette findes relevant, hvilket sagsøgerne ikke forventer, vil sagsøgerne besvare provokationerne på dette tidspunkt, idet det dog bemærkes, at Elsam rettelig bør formulere det som anbringender i stedet for provokatio-

ner, da det ikke vedrører oplysninger om faktum, men reelt er udtryk for Elsams opfattelse af betydningen af de forskellige kontrakttyper. Der henvises derfor foreløbigt til den skriftveksling, der har fundet sted vedrørende spørgsmålet om kumulation, hvor sagsøgerne har beskrevet de forskellige kontrakttyper og redegjort for, hvorfor den retlige vurdering af erstatningskravene er ens for alle kontrakttyperne.

3. Besvarelse af provokationer ad formaliteten

3.1 Rette sagsøger

Elsam har anført, at liste A indeholder en række forkerte og mangelfulde oplysninger, som efter Elsams opfattelse bør medføre, at krav fra disse sagsøgere skal afvises.

Elsam har fx anført, at der optræder en sagsøger ved navn AVV I/S med CVR-nr. 23 26 47 57, men en kontrol i CVR-registeret viser, at dette CVR-nr. tilhører Affaldsselskabet Vendsyssel Vest I/S.

Det kan oplyses, at efter en meget nøje undersøgelse kan det konstateres, at AVV er en forkortelse for Affaldsselskabet Vendsyssel Vest I/S, hvorfor der er tale om det samme selskab. Dette og de øvrige såkaldte fejl, som påpeget af Elsam, er rettet i en revideret liste A.

Endvidere er det nu snart 2 år siden, der blev indleveret stævning i sagen. Da sagen omfattede i alt 1.110 sagsøgere, er der naturligvis sket en række ændringer i kredsen af sagsøgere som følge af adresseændringer, fusioner, kommunesammenlægninger, ophør eller konkurs. Disse ændringer er løbende blevet registreret, men sagsøgerne har valgt ikke at underrette retten løbende, men i stedet samle alle ændringerne, så der ved afgivelse af denne replik vedlægges en opdateret liste over sagsøgerne.

For så vidt angår ophørte virksomheder, eksisterer kravet stadig, da dette krav relaterer sig til perioden, hvor virksomheden selvsagt ikke var ophørt. Hvis selskabet bag virksomheden er opløst, er kravet overtaget af selskabets ejere.

I tilfælde af fusion følger kravet den fusionerede virksomhed, og hvis de nye ejere har købt alle virksomhedens fordringer og eventuelle krav, har de nye ejere således overtaget virksomhedens erstatningskrav.

For så vidt angår konkursramte virksomheder, er kravet overtaget af konkursboet. Når kurator har givet oplysninger om en konkurs, har kurator fået en orientering om status i sagen med henblik på kurators stillingtagen til, om konkursboet ønsker at fortsætte som part i sagen. I intet tilfælde har et konkursbo besluttet at udtræde af sagen.

Fusioner blandt kredsen af sagsøgere har medført, at antallet af sagsøgere er reduceret til 1.104.

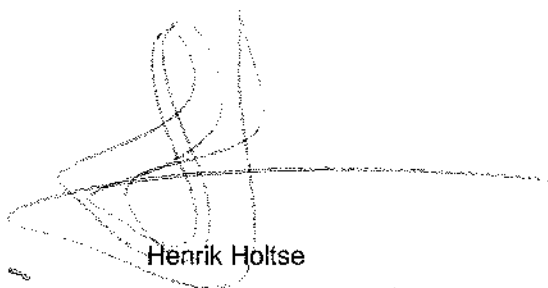
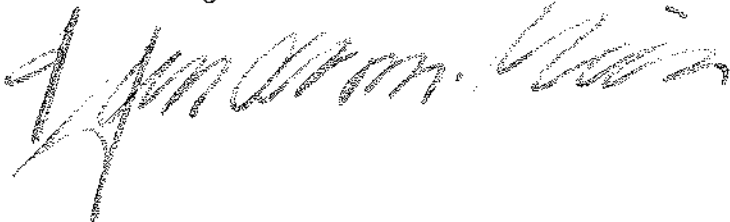
Der vedlægges en opdateret liste A, og dermed anses Elsams provokationer desangående for at være besvaret.

BILAGSOVERSIGT

Bilag 3.500	Faktura nr. 55801 vedr. levering af elspot 27.01.2005
Bilag 3.501	Kontrakt nr. 4463 af 12. august 2003 vedr. levering af spot-el (tidligere fremlagt som bilag 401)
Bilag 3.502	Kontrakt nr. 6428 af 20. november 2003 vedr. levering af spot-el (tidligere fremlagt som bilag 402)
Bilag 3.503	Kontrakt nr. 1781 af 20. august 2004 vedr. levering af spot-el (tidligere fremlagt som bilag 400)
Bilag 3.504	Kontrakt nr. 1780 af 8. december 2004 vedr. levering af spot-el (tidligere fremlagt som bilag 399)
Bilag 3.505	Aftale af 10. oktober 2003 vedr. fast el-leverance (tidligere fremlagt som bilag 857)
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
Bilag 3.642	Konkurrencestyrelsens udkast til afgørelse af 10. december 2002
Bilag 3.643	Elsams biinterventionsskrift af 30. september 2004
Bilag 3.644	Udskrift fra Energinet.dk's hjemmeside

Århus, den 2. november 2009

Lars Svenning Andersen



Henrik Holtse