

SVARSKRIFT

SAG SØ- & Handelsretten
Sag U-0010-07

31. august 2009
J.nr. 181421

1.110 sagsøgere, jf. Liste A

(v/ advokat Lars Svenning Andersen
og advokat Henrik Holtse)

MOD DONG Energy Power A/S
(tidligere DONG Energy Generation A/S)

og

DONG Energy Power Holding A/S
(tidligere DONG Energy Power A/S)

(v/ advokat Erik Bertelsen)

INDHOLDSFORTEGNELSE

I	PÅSTANDE.....	1
II	INDLEDENDE BEMÆRKNINGER	2
III	SAMMENDRAG AF ELSAMS HOVEDARGUMENTER.....	3
IV	SUPPLERENDE SAGSFREMSTILLING.....	7
1.	Indledning.....	7
2.	Misbrug i form af urimeligt høje priser.....	7
3.	Konkurrencemyndighedernes afgørelser.....	7
V	OVERORDNEDE BETRAGTNINGER.....	14
VI	FORHOLD AD FORMALITETEN.....	16
4.	Manglende søgsmålskompetence	16
VII	ANSVARSGRUNDLAG	18
5.	Elsam har ikke handlet ansvarspådragende	18
6.	Konkurrencemyndighedernes afgørelser udgør ikke et relevant ansvarsgrundlag for sagsøgernes krav.....	23
VIII	ÅRSAGSSAMMENHÆNG.....	29
7.	Indledning.....	29
8.	Der er ikke årsagssammenhæng i kritiske timer, hvor Elsam ikke var prisbestemmende	30
9.	Der er ikke årsagssammenhæng i kritiske timer, hvor priserne var nabolandbestemte	32
10.	Der er ikke årsagssammenhæng for krav baseret på systemprisen.....	34
11.	der er ikke årsagssammenhæng for Krav relateret til finansielle kontrakter	35
IX	INDIREKTE SKADELIDTE	41
12.	Indledning.....	41
13.	Indirekte skadelidte kan ikke kræve erstatning efter dansk ret.....	41
X	ADÆKVANS	44
14.	Indledning.....	44
15.	Krav relateret til finansielle kontrakter er inadækvate	45
XI	TABSOPGØRELSE.....	47
16.	Indledning.....	47
17.	Grundlæggende fejl i sagsøgernes tabsopgørelse.....	49
18.	Kun direkte sagsøgere kan gøre eventuelle krav gældende	56
19.	Indirekte sagsøgere	58
20.	Konkurrencerådets beregning af det maksimale tab	63

XII	ØVRIGE FORHOLD.....	65
21.	Renter	65
22.	Passivitet/forældelse	67
XIII	PROVOKATIONER.....	68
23.	Indledning.....	68
24.	Provokationer ad realiteten.....	68
25.	Provokationer ad formaliteten	72
26.	Sagsøgernes provokation til fremlæggelse af omkostningsdata.....	73
XIV	DOKUMENTATION	74
27.	Bilag	74

I PÅSTANDE

På vegne DONG Energy Power A/S og DONG Energy Power Holding A/S (samlet benævnt "Elsam") nedlægges overfor:

AKE Forsyning A/S,
BOE Forsyning A/S,
Eigas Amba,
Energi Nord A/S
Forsyning A/S,
Frederikshavn Forsyningspligt A/S
HHE Energi A/S,
Ideelle,
Scanenergi Elsalg A/S,
Sydfyns Elforsyning/SEF Forsyning A/S,
Sæby Elforsyning,
Thy-Mors Energi A/S,
TRE-FOR EL-HANDEL A/S,
Vestforsyning A/S
Ærø Elforsyning Elsalg A/S,

følgende påstande:

Principalt: Afvisning
Subsidiært: Frifindelse

Overfor de øvrige sagsøgere på Liste A nedlægges følgende påstand:

Principalt: Frifindelse

II INDLEDENDE BEMÆRKNINGER

Det er Elsams opfattelse, at sagsøgernes stævning inklusive tillæg 1 og 2 alene giver et ufuldstændigt oplysningsgrundlag og ikke dokumenterer sagsøgernes krav. Det er således eksempelvis ikke muligt at se, hvorledes de enkelte påstandsbetøb konkret er beregnet, idet sagsøgerne kun har redegjort meget overordnet og ufuldstændigt for principperne for deres tabsopgørelse.

Elsam afgiver derfor dette svarskrift uden at vide, hvorledes sagsøgerne gør deres tab op.

Hertil kommer, at svarskriftet afgives på et tidspunkt, hvor der ikke er truffet afgørelse i Sø- & Handelsrettens sag U-01-07 og U-01-08 vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt Elsam har overtrådt konkurrenceloven eller ej. Udfaldet af disse sager har stor betydning for Elsams tilrettelæggelse af det videre forløb i nærværende sag, herunder for den endelige udformning af påstande og anbringender samt ikke mindst for bevisførelsens genstand og omfang.

Af samme grund skal Elsam anmode om, at skriftvekslingen i nærværende sag ikke afsluttes, førend der er truffet afgørelse i sag U-01-07 og U-01-08.

Endvidere er Elsam nødsaget til at afgive sit svarskrift på et tidspunkt, hvor det ikke er afklaret, om bilag 9 til stævningen er en del af sagen eller ej.

Elsam har angivet sine synspunkter så udtømmende som muligt, men på det foreliggende søgsmålsgrundlag er det ikke muligt at give et udtømmende svarskrift. Det betyder også, at Elsam er nødt til at få afklaret sagsøgernes stilling til og eventuelle dokumentation af en række faktuelle punkter. Elsam har derfor rejst en række provokationer til sagsøgerne, som er nødvendige at få besvaret for, at denne sag kan oplyses, og at der kan udvælges repræsentative prøvesager. Elsam forbeholder sig at fremsætte yderligere opfordringer i forbindelse med sages skrftveksling.

Svarskriftet er så vidt muligt disponeret i overensstemmelse med sagsøgernes stævning. Elsam har dog fundet anledning til indledningsvis at redegøre mere overordnet for Elsams hovedanbringender i sagen.

III SAMMENDRAG AF ELSAMS HOVEDARGUMENTER

Ansvarsgrundlag

Det gøres **for det første** gældende, at der ikke foreligger ansvarsgrundlag for sagsøgernes krav, allerede fordi Elsam ikke har overtrådt konkurrencelovens § 11 eller EF-traktatens artikel 82. Af samme grund har Elsam indbragt Konkurrencerådets og -ankenævnets afgørelser for Sø- og Handelsretten (sag U-01-07 og U-01-08).

Det gøres **for det andet** gældende, at der uanset udfaldet af disse sager ikke er ansvarsgrundlag, fordi Elsam har handlet i overensstemmelse med en tilsagnsaftale med Konkurrencerådet.

Tilsagnsaftalen blev indgået med det udtrykkelige formål at give Elsam klare og præcise retningslinjer for, hvorledes Elsam kunne byde udbudspriser ind på Nord Pool Spot, uden at det ville resultere i misbrug af dominerende stilling. Elsam har derfor ikke handlet culpøst, når Elsam i tillid til rigtigheden af tilsagnsaftalen overholdte denne.

Det gøres i den sammenhæng gældende, at der ikke er nogen automatisk sammenhæng mellem en eventuel forskriftsovertrædelse, der er baseret på en mekanisk misbrugsvurdering, og culpavurderingen, hvor også subjektive forhold har afgørende betydning.

Hvis Sø- & Handelsretten mod forventning ikke når frem til, at tilsagnsaftalen er til hinder for, at der kan foreligge ansvarsgrundlag i hele eller dele af den periode, som sagsøgers krav vedrører, gøres det **for det tredje** gældende, at der maksimalt kan være ansvarsgrundlag i det omfang, hvor konkurrencemyndighederne har statueret misbrug i form af urimeligt høje priser.

Det gøres derfor gældende, at der maksimalt kan være ansvarsgrundlag i de 1.402 såkaldte kritiske timer, som Konkurrencerådet har identificeret.

Da sagsøgerne gør gældende, at konkurrencemyndighedernes afgørelser udgør det erstatningsretlige ansvarsgrundlag, er disse 1.402 kritiske timer, svarende til 5 % af timerne, også det absolutte maksimum for sagsøgernes ansvarsgrundlag og tabsberegning. Sagsøgernes tabssøgelse, der er baseret på en helt anden misbrugsvurdering, hvorefter sagsøgerne påstår at have lidt et tab – og dermed forudsætningsvis også, at Elsam har handlet ansvarspådragende – i 26.094 timer, svarende til 85 % af timerne, kan derfor ikke lægges til grund.

Den markante forskel på konkurrencemyndighedernes og sagsøgernes benchmark for, hvad der udgør en rimelig pris, udgør langt hovedparten af forklaringen på, hvorfor sagsøgerne har anlagt et erstatningskrav på 4,4 mia., mens konkurrencemyndighederne har beregnet det maksimale forbrugertab for samtlige kunder – og således ikke kun sagsøgerne omfattet af dette sagskompleks – til 240 mio. kr.

Det gøres **for det fjerde** gældende, at der efter Konkurrenceankenævnets kendelser må lægges til grund, at antallet af relevante kritiske timer er mindre end de 1.402 kritiske timer, som Konkurrencerådet identificerede, idet ankenævnet alene anførte, at der var misbrug i "et vist omfang" henholdsvis i et "ikke uvæsentligt omfang" samtidig med, at ankenævnet udtalte, at "misbrugstest A har sine svagheder".

I forlængelse heraf gøres det **for det femte** gældende, at der ikke er handlet ansvarspådragende i de kritiske timer, hvor Elsams indmeldinger har været marginalomkostningsbestemte.

Endeligt gøres det **for det sjette** gældende, at Elsam heller ikke har handlet ansvarspådragende i de kritiske timer, hvor Elsam har budt ekstra kapacitet ind til markedet og dermed reduceret markedsprisen.

Årsagssammenhæng

Det gøres **for det første** gældende, at der ikke foreligger årsagssammenhæng i de kritiske timer, hvor Elsam ikke har været prisbestemmende og således ikke har fastsat prisen på Nord Pool Spot. I disse timer er der ikke årsagssammenhæng mellem Elsams adfærd og prisen på Nord Pool Spot, da prisen i disse timer er fastsat og bestemt af en anden aktør. Et eventuelt tab i disse kritiske timer er ikke forårsaget af Elsam.

For det andet gøres det gældende, at der ikke er årsagssammenhæng for sagsøgernes krav i de kritiske timer, hvor markedsprisen på Nord Pool Spot har været bestemt af prisen på el i Norge og/eller Sverige, og således heller ikke forårsaget af Elsam.

For det tredje gøres gældende, at der ikke er årsagsforbindelse mellem Elsams adfærd på Nord Pool Spot og de krav, der er relateret til finansielle kontrakter. Disse krav er baseret på bilateralt forhandlede kontrakter, hvor det er den fremtidige prisforventning og ikke de historiske spotpriser, der er afgørende for prissætningen.

Det af sagsøgerne ensidigt indhentede bilag 9 udgør ikke bevis for årsagsforbindelse, herunder bl.a. fordi bilag 9 er tilvejebragt på et mangelfuldt og forkert faktisk grundlag.

Indirekte skadelidte

Det gøres principalt gældende, at de indirekte skadelidte ifølge dansk rets almindelige regler ikke kan rejse krav mod Elsam, subsidiært at en indirekt skadelidt maksimalt kan rejse krav for tab, som elhandelselskabet beviseligt har lidt ved køb af fysisk engros elektricitet på Nord Pool Spot og overvæltet på den pågældende.

Adækvans

Det gøres **for det første** gældende, at de påståede tab efter deres art og størrelse er inadækvate, hvilket også understøttes afgørende af, at konkurrencemyndighederne har beregnet det maksimale forbrugertab til 240 mio. kr.

For det andet gøres det gældende, at der ikke er den fornødne adækvans mellem Elsams indmeldinger på Nord Pool Spot og de påståede tab på de finansielle kontrakter. Der er tale om tab, som ikke har nogen direkte sammenhæng med den påståede ansvarspådragende adfærd, og som alene opstår som led i elhandelssekskabernes ageren på detailmarkedet.

Tabsopgørelse

Det gøres **for det første** gældende, at Elsam skal frifindes for de rejste krav, allerede fordi sagsøgerne ikke har dokumenteret noget tab.

For det andet gøres det gældende, at sagsøgernes tabsberegning metode er forkert, da den baserer sig på forskellen mellem den af sagsøgerne betalte pris og et af sagsøgerne fastsat benchmark og ikke den hypotetiske markedspris, som ville have været gældende, hvis det ikke var for det påståede misbrug i de relevante kritiske timer.

Eftersom konkurrencemyndighedernes afgørelser vedrører Elsams *udbudspriser* til Nord Pool Spot, skal en tabsberegning tage udgangspunkt i, hvilken markedspris der ville have været gældende, såfremt Elsam i de relevante kritiske timer havde indmeldt en pris svarende til konkurrencemyndighedernes benchmark, og dette sammenholdes med de øvrige aktørers faktiske indmeldinger i de samme timer.

Tabsberegningsmetoden skal derfor tage højde for, at sagsøgerne ikke har købt el direkte fra Elsam, men derimod på en børs, hvor markedspriserne fastsættes på baggrund af det samlede udbud og den samlede efterspørgsel, og hvor Elsams prisindmelding blot er én af mange prisindmeldinger.

For det tredje gøres det gældende, at tabet maksimalt kan beregnes på basis af konkurrencemyndighedernes og ikke sagsøgernes benchmark.

Sagsøgernes benchmark er under halvdelen af det niveau, som Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har accepteret og lagt til grund for deres afgørelser. Sagsøgernes benchmark giver ikke engang dækning for Elsams omkostninger og indebærer således, at Elsam skulle have solgt elektricitet med betydelige økonomiske tab. Hertil kommer, at sagsøgernes benchmark er opgjort metodisk forkert selv efter de forudsætninger, som sagsøgerne lægger til grund for opgørelsen.

Det gøres **for det fjerde** gældende, at Elsam skal frifindes for den del af tabet, som baseres på finansielle kontrakter, idet sagsøgerne ikke har påvist noget relevant tab på de pågældende finansielle kontrakter.

Det bemærkes, at bilag 9 på ingen måde påviser den postulerede sammenhæng, og at formelen for tabsberegning, som udledes af bilaget, derfor ikke kan lægges til grund.

Det gøres **for det femte** gældende, at der skal ske fradrag i tabsopgørelsen for besparelse af PSO- tariffen.

For det sjette gøres det gældende, at de påståede tab er videreovervæltet.

Endelig gøres det **for det syvende** gældende, at der tidligst kan kræves renter fra sagens anlæg.

IV SUPPLERENDE SAGSFREMSTILLING

1. INDLEDNING

Sagsøgerne kommer i stævningen med en kortfattet gengivelse af konkurrencemyndighedernes afgørelser. Sagsfremstillingen er imidlertid ikke egnet til at give et retvisende overblik over de faktiske forhold omkring afgørelserne og indholdet af disse.

Elsam finder derfor anledning til at redegøre mere uddybende for afgørelserne såvel som det retlige grundlag for at statuere misbrug i form af urimeligt høje priser.

2. MISBRUG I FORM AF URIMELIGT HØJE PRISER

Efter konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82 kan "anvendelsen af urimelige salgspriser" udgøre misbrug af dominerende stilling. Urimelige salgspriser omfatter såvel urimeligt lave som urimeligt høje priser.

Det følger af forarbejderne til konkurrencelovens § 11, at det ved vurderingen af, om der foreligger urimeligt høje priser, overordnet skal undersøges, om prisen eller avancen klart overstiger, hvad der såvel med hensyn til størrelse som varighed vil kunne opnås på et marked med virksom konkurrence.

EF-Domstolen har i praksis slået fast, at en pris først er urimelig høj, hvis den ikke står i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede vare eller ydelse.

Det angives ikke præcist i praksis eller i konkurrencelovens forarbejder, hvordan varens økonomiske værdi skal fastsættes ved vurderingen af, om en pris er urimelig høj.

Som det fremgår nedenfor, har Konkurrencerådet undersøgt Elsams priser på baggrund af den såkaldte test A og B, som Konkurrencerådet gør gældende tilsammen fastlægger den økonomiske værdi af elektricitet.

3. KONKURRENCEMYNDIGHEDERNES AFGØRELSE

Indledningsvis skal det om Konkurrencerådets afgørelser bemærkes, at afgørelserne er afgrænset til 1.402 såkaldte kritiske timer i perioden fra 1. juli 2003 til 30. juni 2006.

Det er således alene i disse 1.402 kritiske timer, svarende til kun 5 % af periodens timer, at Konkurrencerådet har fundet grundlag for at statuere misbrug i form af urimeligt høje priser.

I de øvrige 24.902 såkaldte ikke-kritiske timer i perioden, svarende til godt 95 % af timerne, fandt Konkurrencerådet ikke grundlag for at statuere misbrug i form af urimeligt høje priser, fordi priserne i disse timer efter Konkurrencerådets analyser og vurderinger lå indenfor grænserne af det rimelige.

Denne afgrænsning af kritiske henholdsvis ikke-kritiske timer er væsentligt at holde for øje, fordi sagsøgerne i stævningen forsøger at få det til at fremstå, som om der har været et kontinuerligt og vedvarende misbrug i hele perioden, selvom der ikke er faktisk belæg derfor.

Samtidig skal det bemærkes, at det efter Konkurrenceankenævnets kendelser må lægges til grund, at antallet af kritiske timer er mindre end de 1.402 kritiske timer, som rådet havde identificeret.

Konkurrenceankenævnet anførte således alene, at der forelå misbrug "*i et vist omfang*" henholdsvis "*i et ikke uvæsentligt omfang*" – og dermed ikke i det fulde omfang, som Konkurrencerådet havde fastlagt – idet ankenævnet samtidig anførte, at Konkurrencerådets misbrugsvurdering havde sine svagheder.

Det skal samtidig understreges, at Elsam bestrider at have misbrugt en dominerende stilling, herunder særligt fordi Elsam i sine indmeldinger til enhver tid har overholdt de prisbestemmelser, som Konkurrencerådet på forhånd havde godkendt.

3.1 **Elsam I-sagen**

På baggrund af en klage fra virksomheden NOE Energi indledte Konkurrencestyrelsen i 2002 en undersøgelse af, om Elsam havde misbrugt en dominerende stilling i perioden 2000-2001 ved at have anvendt urimeligt høje udbudspriser for salg af fysisk el på Nord Pool Spot.

Konkurrencerådet fandt dog ikke grundlag for at fastslå et misbrug af dominerende stilling i form af urimeligt høje priser. Da Elsam samtidig afgav en række tilsagn om ændret fremtidige prisindmeldinger, besluttede Konkurrencerådet at afvise klagen.

Den 26. marts 2003 traf Konkurrencerådet derfor afgørelse om at lukke sagen i medfør af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. punktum og under forudsætning af, at Elsam opfyldte de afgivne tilsagn, jf. bilag 5.

Tilsagnsaftalen havde til formål at sikre mod høje priser på markedet og skabe en "sikker havn" for Elsam ved at definere klare retningslinjer for en lovlig indmeldingsadfærd fremadrettet. Dette fremgår også af tilsagnsaftalen, hvor det anføres, at "*formålet er, at der defineres et sæt klare retningslinier for adfærd (...)*".

Efter tilsagnsaftalen måtte Elsam ikke – i timer med flaskehalse på transmissionskablerne til Vestdanmark, hvor Vestdanmark ikke pr. automatik er bundet op på en svensk, norsk eller tysk pris – byde udbudspriser ind til Nord Pool Spot, der oversteg den forventede højeste pris i Norge, Sverige eller Tyskland.

Tilsagnsaftalen simulerede således den prisdannelse, der ville have været gældende i timer uden flaskehalse, hvor Elsam ifølge Konkurrencerådets analyser ikke var dominerende, og hvor ingen enkeltaktør kan fastsætte priserne uafhængigt af de andre producenter og kunderne.

Elsam havde derfor føje til at tro, at tilsagnsaftalen var et godt og sikkert værn mod, at der kunne opstå for høje priser på markedet.

Tilsagnsaftalen indeholdt en undtagelse, hvorefter Elsam til enhver tid måtte melde marginalomkostningsbestemte udbudspriser ind til Nord Pool Spot. Samtidig definerede tilsagnsaftalen nærmere, hvad der skulle forstås ved en marginal produktionsomkostning.

Tilsvarende definerede tilsagnsaftalen, hvorledes startomkostninger ved opstart af et kraftværk skulle indkalkuleres i udbudspriserne.

Herudover fastsatte tilsagnsaftalen en forpligtelse for Elsam til at agere som såkaldt "market maker" på det finansielle marked for differencekontrakter (CfD-kontrakter).

En CfD-kontrakt er et finansielt instrument, hvor køberen prissikrer sig mod forskellen mellem Nord Pool Spot-systemprisen og områdeprisen. CfD-kontrakter går alene ud på risikoafdækning og vedrører således ikke levering af fysisk elektricitet.

Dette indebar, at Elsam skulle påtage sig forpligtelsen til løbende at stille *bid*- og *ask*-priser – udbuds- og efterspørgselspriser – med faste *spreads* for CfD-kontrakter. En *market maker* aftale, hvor market makeren forpligtes til at stille to-vejspriser indenfor et bestemt *spread* sikrer mere likviditet i markedet og en mere jævn prisdannelse, fordi de angivne *spreads* – defineret som den maksimale forskel mellem *bid*- og *ask*-priserne – forhindrer større udsving i prisdannelsen.

Ud over forpligtelserne i tilsagnsaftalen blev Elsam samtidig underlagt Nord Pools regler for market makere.

Tilsagnsaftalen var baseret på Konkurrencerådets analyser af Elsams prisindmeldinger samt rådets analyser af elmarkedet, herunder rådets afgrænsning af det relevante marked, som var i overensstemmelse med dagældende praksis.

Tilsagnsaftalen, der vedlægges som bilag H, blev indgået med bindende virkning for Elsam.

Elsam implementerede tilsagnsaftalen i sin forretningsmanual for produktionsplanlægning og indmeldinger til Nord Pool Spot, således at alle prisindmeldinger herefter skete under iagttagelse af prisbestemmelserne i tilsagnsaftalen.

Dette skete som et naturligt led i, at Elsam var forpligtet til at overholde tilsagnsaftalen, men også fordi Elsam på ingen måde ønskede at overtræde konkurrencereglerne, hvilket også var baggrunden for, at Elsam i første omgang valgte at indgå tilsagnsaftalen med Konkurrencerådet. Elsam gjorde det derfor klart for alle medarbejdere, at tilsagnsaftalen skulle overholdes, fordi tilsagnsaftalen efter Elsams opfattelse klart definerede grænsen for lovlig adfærd indenfor rammerne af konkurrencelovens § 11.

Elsam rapporterede kvartalsvis priserne til Konkurrencestyrelsen som dokumentation for tilsagnsaftalens løbende overholdelse. Disse løbende indrapporteringer gav ikke anledning til bemærkninger fra Konkurrencestyrelsens side.

Den 23. juni 2005 ophævede Konkurrencestyrelsen pludseligt og uden forudgående varsel og uden partshøring tilsagnsaftalen med øjeblikkelig virkning.

Det var bl.a. styrelsens umiddelbare opfattelse, at tilsagnsaftalen var overtrådt i 3. kvartal 2003 som følge af meget høje priser den 2. september 2003. Som det fremgår af sag U-01-07 og U-01-08 bestrider Elsam at have overtrådt tilsagnsaftalen. Det er ubestridt fra Konkurrencerådets side, at Elsam herudover har overholdt tilsagnsaftalen.

3.2 **Elsam II-sagen (Sø- & Handelsrettens sag U-01-07)**

I forlængelse af tilsagnsaftalens ophævelse den 23. juni 2005 indledte Konkurrencestyrelsen en undersøgelse af Elsams prissætning i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2004, hvor tilsagnsaftalen havde været gældende.

Konkurrencerådet traf den 30. november 2005 afgørelse om, at Elsam havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark ved at anvende en strategi for indmeldelse på Nord Pool Spot, der resulterer i urimelige priser i strid med EF-traktatens artikel 82 og konkurrencelovens § 11, jf. pkt. 18 i Konkurrencerådets afgørelse (bilag 6).

Misbruget er i afgørelsen nærmere kvantificeret til 900 såkaldte kritiske timer.

Dette fremgår bl.a. af afgørelsens pkt. 313 og 467:

"Konkurrencestyrelsen har ved hjælp af en test udpeget en række timer, hvor Elsams strategi ved indmeldelse på Nord Pool resulterer i priser, som er væsentlig højere end priser, der ville have ført til en rimelig indtjening. Disse timer, hvor Elsams pris efter Konkurrencestyrelsens opfattelse er urimelig, karakteriseres som kritiske timer".

"De gennemførte test a og b identificerer 900 timer, hvor Elsam opnår en pris på det vstdanske marked, der er væsentlig højere end en pris, der havde ført til en rimelig for-tjeneste. Testene identificerer således 900 timer, hvor de priser, som Elsam har opnået på det vstdanske marked, kan karakteriseres som urimelige".

Det er således alene i de 900 kritiske timer, at Konkurrencerådet fandt grundlag for at statuere misbrug. I de øvrige 12.301 ikke-kritiske timer fandt Konkurrencerådet derimod ikke grundlag for at statuere misbrug.

Konkurrencerådet opgjorde forbrugertabet i forhold til de kritiske timer til 187 mio. kr.

Konkurrencerådets misbrugsvurdering udgøres af den såkaldte test A og B, som Konkurrencerådet gør gældende tilsammen fastlægger den økonomiske værdi af elektricitet.

Test A og B har ikke støtte i nogen på forhånd kendt praksis, idet de var udarbejdet af Konkurrencerådet til brug for sagen.

Test A og B indebærer samtidig en væsentligt anderledes misbrugsvurdering end den misbrugsvurdering, som Konkurrencerådet havde lagt til grund for tilsagnsaftalen. Test A og B er således udelukkende en omkostningsbaseret misbrugsvurdering, mens tilsagnsaftalen var baseret på en prissammenligning med elpriserne i de omkringliggende lande.

En time defineres som kritisk i test A, såfremt den laveste af den realiserede Nord Pool Spot områdepris for Vestdanmark eller Elsams højeste udbudspris overstiger det i test A fastsatte benchmark i et 3- eller 10- timers gennemsnit.

Benchmarket er summen af en række delelementer; Elsams gennemsnitlige variable omkostninger (brændsel m.m.) samt de gennemsnitlige faste omkostninger (afskrivninger m.m.), som nærmere opgjort af Konkurrencerådet, et tillæg til tilladt egenkapitalforrentning, et prisvariationsstillæg og et CO₂-tillæg.

En time bekræftes som kritisk i test B, såfremt gennemsnittet af priserne i de kritiske timer overstiger gennemsnittet af priserne i de ikke-kritiske timer.

Konkurrencerådet pålagde endvidere Elsam et prispåbud for fremtidige indmeldinger til Nord Pool Spot, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, nr. 2.

Elsam indbragte den 20. december 2005 afgørelsen for Konkurrenceankenævnet, idet Elsam bestred – og fortsat bestrider – at have misbrugt en dominerende stilling på markedet.

Ved delafgørelse af 27. januar 2006 tillagde Konkurrenceankenævnet klagen opsættende virkning, jf. konkurrencelovens § 19.

Ankenævnet afsagde kendelse i sagen den 14. november 2006 (bilag 7).

Ved denne kendelse ophævede Konkurrenceankenævnet Konkurrencerådets afgørelse i sin helhed, herunder både den del af rådets afgørelse, der vedrørte det fremadrettede prispåbud, samt den del af afgørelsen, der vedrørte den bagudrettede misbrugsvurdering.

I kendelsens præmisser udtalte Konkurrenceankenævnet dog, at Elsam i perioden havde mulighed for "*i et vist omfang*" at styre prisdannelsen på elmarkedet og "*i et vist omfang*" gjorde det i strid med konkurrenceloven.

Det påståede misbrug i perioden fra 1. juli 2003 til 31. december 2004 baserer sig således på en præmisudtalelse, der ikke understøttes af den dispositive del af ankenævnskendelsen, der som nævnt ophævede Konkurrencerådets afgørelse i sin helhed.

3.3 **Elsam III-sagen (Sø- & Handelsrettens sag U-01-08)**

Konkurrencerådet traf den 20. juni 2007 afgørelse om, at Elsam i perioden fra den 1. januar 2005 til 31. december 2006 havde misbrugt en dominerende stilling på markedet for engros-salg af fysisk el i Vestdanmark ved at anvende en strategi for indmeldelse på Nord Pool Spot, der resulterer i urimelige salgspriser i strid med EF-traktatens artikel 82 og konkurrencelovens § 11, jf. pkt. 26 i Konkurrencerådets afgørelse (bilag 8).

Misbruget er i afgørelsen nærmere kvantificeret til 1.484 kritiske timer, hvor Konkurrencerådet på baggrund af test A og B fandt, at Elsam udbudspriser var for høje, jf. afgørelsens pkt. 425.

Efter Konkurrencerådets analyser og vurderinger var der derimod ikke grundlag for at statuere misbrug i de øvrige 16.036 ikke-kritiske timer, der konkret blev frasorteret i test A og B.

Konkurrencerådet beregnede det tilknyttede forbrugertab til 111 mio. kr.

Elsam indbragte Konkurrencerådets afgørelse for Konkurrenceankenævnet, idet Elsam også bestred – og fortsat bestrider – at have misbrugt en dominerende stilling i denne periode.

Konkurrencerådet besluttede i forbindelse med skriftvekslingen ved ankenævnet at foretage en ny beregning af de kritiske timer på baggrund af et opdateret datasæt for beregningen af den tilladte egenkapitalforrentning, der indgår som et led i test A.

Som det fremgår af Konkurrencerådets processkrifter i sagen, fandt Konkurrencerådet *"det mere retvisende at anvende den opdaterede gennemsnitlige egenkapitalforrentning for 2003-2005 i det talmateriale, der vurderes ved testen"*.

Konkurrencerådet fandt således ikke grundlag for at anvende de forældede og misvisende tal for 2001-2003, som blev anvendt i rådets afgørelse. Det var helt åbenbart, at Elsams indmeldinger i perioden 2005-2006 ikke skulle benchmarkes mod den generelle indtjening i dansk industri helt tilbage i 2001-2003.

Som det også fremgår, havde Konkurrencerådet imidlertid ikke kunnet gøre brug af det opdaterede datasæt på afgørelsestidspunktet, da *"oplysninger for 2005-niveauet ikke forelå i fornødent omfang på tidspunktet for afgørelsen. Da de relevante tal nu foreligger, har rådet besluttet at foretage en ny beregning af kritiske timer (...)"*.

Herefter blev antallet af kritiske timer reduceret til 784 kritiske timer, hvoraf de 502 kritiske lå i perioden fra 1. januar 2005 til 30. juni 2006.

Forbrugertabet blev tilsvarende reberegnet til 57 mio. kr., hvoraf de 53 mio. kr. relaterede sig til perioden fra 1. januar 2005 til 30. juni 2006.

Rådets ikke-fortrolige processkrifter fremlægges som bilag I og J.

Ved kendelse af 3. marts 2008 stadfæstede ankenævnet den del af Konkurrencerådets afgørelse, der vedrørte perioden fra den 1. januar 2005 til 30. juni 2006.

I forhold til misbrugsvurderingen bemærkede Konkurrenceankenævnet dog, at Elsam alene "i et ikke uvæsentligt omfang" havde haft mulighed for at påvirke prisdannelsen på markedet og alene "i et ikke uvæsentligt omfang" havde gjort det i strid med konkurrenceloven.

Herudover ophævede Konkurrenceankenævnet den del af Konkurrencerådets afgørelse, der vedrørte 2. halvår 2006, hvor Elsams udbudspriser var marginalomkostningsbestemte, og hjemviste denne del af afgørelse til fornyet behandling i Konkurrencestyrelsen.

Konkurrenceankenævnet fandt, at der var væsentlige mangler ved denne del af afgørelsen, fordi Konkurrencerådet ikke havde tilvejebragt det fornødne retlige og faktuelle grundlag for, at marginalomkostningsbestemte priser skulle kunne udgøre et misbrug af dominerende stilling i form af urimeligt høje priser.

Konkurrenceankenævnets kendelse fremlægges som bilag K.

Konkurrencerådet har ikke efterfølgende truffet ny afgørelse om, at der skulle være sket en overtrædelse af konkurrencereglerne i perioden 1. juli 2006 til 31. december 2006.

3.4 **Det påståede misbrug er ikke strafferetligt sanktioneret**

Konkurrencerådet har – i modsætning til hvad der fremgår af sagsøgernes stævning – truffet beslutning om ikke at oversende sagerne til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet (SØK), jf. konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 4 og 13, hvorefter forsætlige eller groft uagtsomme overtrædelser af konkurrenceloven er bødesanktioneret.

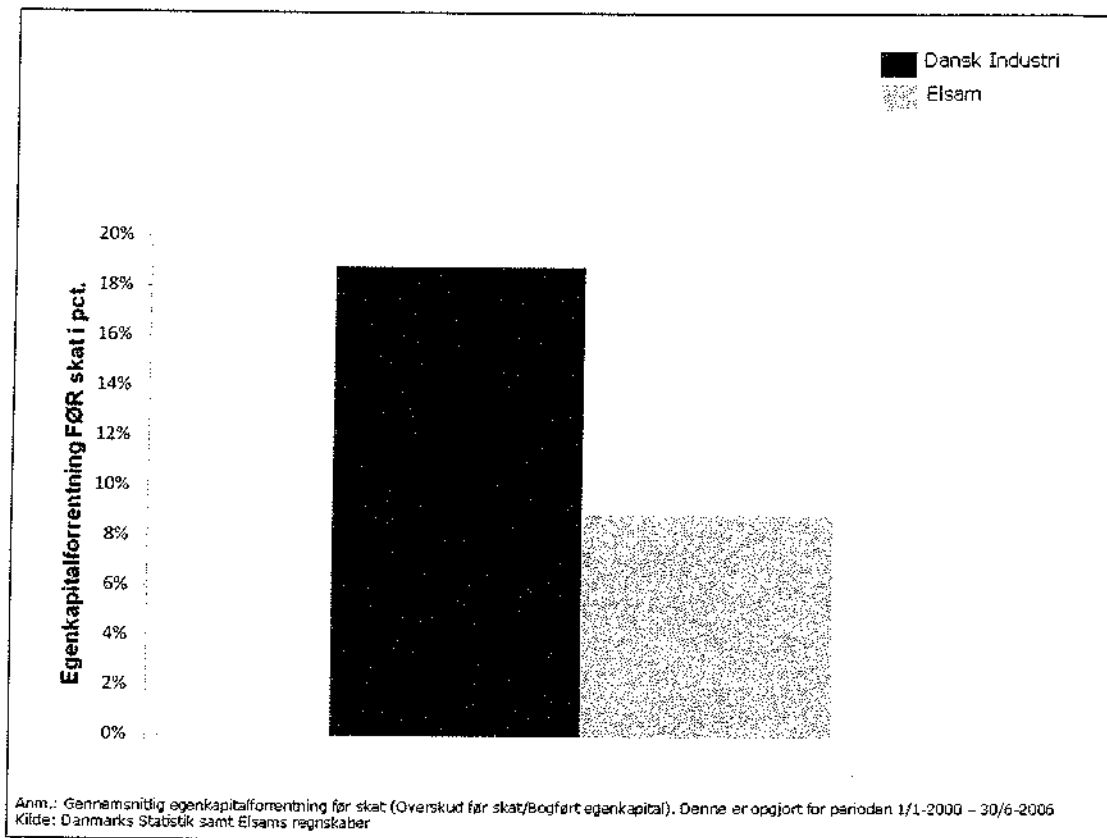
Konkurrencerådet har således vurderet, at der ikke forelå sådanne oplysninger, som gjorde, at sagerne skulle oversendes til SØK, herunder at der ikke var tale om en forsætlig eller groft uagtsom overtrædelse af konkurrencelovens § 11.

Konkurrencerådets vurdering af, at der ikke foreligger strafferetlig tilregnelser, må antages at være baseret på, at Elsam har handlet i overensstemmelse med tilsagnsaftalen med rådet.

V OVERORDNEDE BETRAGTNINGER

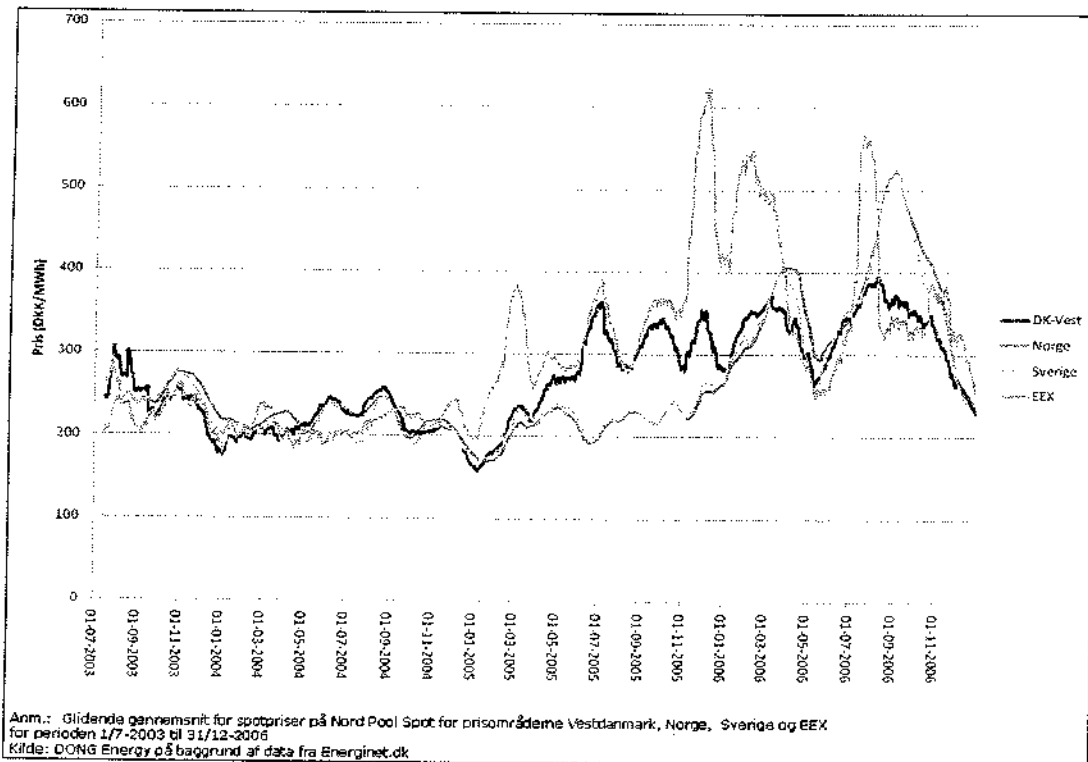
Som det fremgår ovenfor ligger det i selve misbrugsformen urimeligt høje priser, at den dominerende aktørs økonomiske situation vil være afgørende for, om der har været et misbrug eller ej. Hvis der har været for høje priser, har det formodningen for sig, at den dominerende aktør har opnået en overnormal forrentning eller indtjening.

En virksomheds indtjening kan måles på en lang række måder. Konkurrencemyndighederne har valgt at se egenkapitalforrentningen. Det er ikke nødvendigvis det mest retvisende til at vurdere indtjeningen, men uanset dette, så kan man over perioden se, at Elsam haft en markant lavere egenkapitalforrentning i forhold til øvrige danske industrivirksomheder:



Figuren viser, at Elsams egenkapitalforrentning i perioden fra elmarkedets liberalisering og frem til 2006 har været under 10 % i gennemsnit, mens dansk industri i øvrigt har haft en markant højere gennemsnitlig egenkapitalforrentning på næsten 20 %.

Konkurrencemyndighedernes afgørelser skal også ses i kontekst af, at de vstdanske engros elpriser i perioden lå på et niveau mellem nabolandepriserne:



Priserne afviger til tider fra de norske og svenske priser. Det er dog helt naturligt, fordi strømmen i Norge og Sverige primært er vandkraftbaseret og således ikke afhængig af dyre brændsler som olie, gas og kul, som er tilfældet med de danske kraftværker.

Derimod ligger de vstdanske priser i altovervejende grad under de tyske elpriser, hvor produktionen er baseret på tilsvarende teknologi som i Vestdanmark – altså termiske olie- og kul-fyrede kraftværker.

Det kan også ses af figuren, at elmarkedet er et meget volatilt marked, hvor forskellene i elpriserne er meget markante. Disse prisudsving er imidlertid helt naturlige for alle elmarkeder og opstår, fordi elektricitet ikke kan lagres, og fordi prisdannelsen er et resultat af et kompleks sammenspil mellem en række faktorer, herunder forskellige produktionsteknologier og vejret.

Prisudsvingene betyder, at priserne i nogle timer kan være meget lave, mens priserne i andre timer er højere end elproducenternes produktionsomkostninger. Således realiseres der meget varierende mark-ups i enkelttimer, der både være ensbetydende med tab og i andre enkelttimer kan være høje.

Det er imidlertid nødvendigt med timer med højere priser til at modsvare de tab, som elproducenterne lider i de mange timer med lave priser, hvor elproducenterne sælger elektricitet med store tab.

VI FORHOLD AD FORMALITETEN

4. **MANGLENDE SØGSMÅLSKOMPETENCE**

Til støtte for den nedlagte afvisningspåstand gør Elsam gældende, at forsyningspligtselskaberne ikke har søgsmålskompetence til at indtale tredjemands eventuelle krav.

Forsyningspligtselskaberne har indtalt deres kunders eventuelle krav, men anerkender ikke at have lidt noget tab selv. Forsyningspligtselskaberne gør således krav gældende, som ikke angår dem selv, men en videre ubestemt kreds.

Forsyningspligtselskaberne støtter dette på, at de "må anses som repræsenterende" deres kunder.

Det gøres gældende, at forsyningspligtselskabernes ikke har søgsmålskompetence til at indtale tredjemands eventuelle krav, og at forsyningspligtselskaberne ikke har godtgjort en sådan søgsmålskompetence.

Hvorvidt der består en reguleringsmæssig forpligtelse for forsyningspligtselskaberne til at indregne en eventuel erstatning i deres videresalgspriserne er uden betydning for Sø- & Handelsrettens stillingtagen til forsyningspligtselskabernes søgsmålskompetence.

Selv hvis der bortses herfra, så er forsyningspligtselskaberne efter den nugældende regulering ikke underlagt et hvile-i-sig-selv princip. Efter elforsyningslovens § 72 skal forsyningspligtselskabernes priser "modsvare markedets prisniveau for tilsvarende forbrugssegmenter og leveringsvilkår". Bestemmelsen pålægger således ikke forsyningspligtselskaberne at indregne en eventuel erstatning i deres videresalgspriser, som det påstås.

Under alle omstændigheder vil en sådan prisregulering – uanset om den lovgivningsmæssigt påhviler forsyningspligtselskaberne, eller om de frivilligt måtte forpligte sig til en sådan – dog have utilsigtede konsekvenser.

Resultatet af, at forsyningspligtselskaberne måtte få medhold, ville være, at erstatningen udbetales gennem reduktion af den *fremtidige* elpris. En eventuel erstatning vil således komme forsyningspligtselskabernes fremtidige kunder til gode og ikke de kunder, som forsyningspligtselskabet havde i den for sagen relevante periode. Hertil kommer, at det vil indebære en uretmæssig konkurrencefordel for forsyningspligtselskaberne i forhold til øvrige markedsaktører.

Det bemærkes, at sagsøgerne ikke har angivet, hvem af de 1.110 sagsøgere der er forsyningspligtselskaber. Elsam har identificeret og nedlagt påstand overfor de sagsøgere, som Elsam umiddelbart kan identificere som forsyningspligtselskaber. I det omfang, at der blandt sagsøgerkredsen er yderligere forsyningspligtselskaber, der uden fornøden søgsmålskompetence har indtalt krav på vegne tredjemand, forbeholder Elsam sig tillige at påstå afvisning overfor disse forsyningspligtselskaber.

Sagsøgerne **opfordres** til at oplyse, hvorvidt der blandt sagsøgerne er yderligere forsyningspligtselskaber, der gør krav gældende på vegne deres kunder, der ikke er repræsenteret i sagen.

Elsam forbeholder sig endvidere at nedlægge afvisningspåstand overfor andre sagsøgere, der har indtalt krav på vegne andre, der ikke er repræsenteret i sagen.

Sagsøgerne **opfordres** til at oplyse, hvorvidt og i givet fald i hvilket omfang der måtte være andre sagsøgere, der gør krav gældende på vegne andre, der er ikke er repræsenteret i sagen.

VII ANSVARSRUNDLAG

5. **ELSAM HAR IKKE HANDELT ANSVARSPÅDRAGENDE**

Sagsøgerne gør gældende, at Elsam har handlet ansvarspådragende, og at konkurrencemyndighedernes afgørelser uden videre skal lægges til grund for vurderingen af sagsøgernes krav.

Det bestrides først og fremmest, at Elsam har handlet ansvarspådragende.

5.1 **Elsam har ikke misbrugt en dominerende stilling**

Elsam bestrider således at have misbrugt en dominerende stilling i form af urimeligt høje priser.

Dette støttes for det første på, at konkurrencemyndighederne ikke har undersøgt konsekvenserne af, at ankenævnet delvist ophævede Konkurrencerådets afgørelse i Elsam III-sagen. Den delvise ophævelse har væsentlige implikationer for misbrugsvurderingen i den del af afgørelsen, der blev opretholdt, idet misbrugsvurderingen er baseret på et datasæt for hele afgørelsesperioden. Konkurrencemyndighederne burde have reberegnet test A på baggrund af et datasæt alene for denne del af afgørelsen.

I det der i det hele henvises til sag U-01-08 skal det dog her bemærkes, at test A ikke identificerer kritiske timer i perioden fra 1. januar 2005 til 30. juni 2006, når den reberegnes på baggrund af det datasæt, der er relevant for denne periode. Allerede af den grund er der ikke noget grundlag for afgørelsen.

For det andet er test A behæftet med en række væsentlige fejl. Hvis fejlene korrigeres, forsvinder de kritiske timer. Da test A reelt er afgørelsens eneste grundlag, fører dette også til, at grundlaget for afgørelserne falder bort.

For det tredje har Konkurrencerådet slet ikke kunnet træffe afgørelse om misbrug i form af urimeligt høje priser. Tilsagnsaftalen definerede med bindende virkning for Elsam såvel som Konkurrencerådet grænsen for lovlig adfærd indenfor rammerne af konkurrencelovens § 11. Dermed er tilsagnsaftalen til hinder for, at der statueres misbrug i form af urimeligt høje priser i det omfang, at Elsam har overholdt tilsagnsaftalen.

For det fjerde opfylder konkurrencemyndighedernes afgørelser ikke de juridiske betingelser for at statuere misbrug i form af urimeligt høje priser, der stilles efter EF-traktatens artikel 82 og konkurrencelovens § 11.

5.2 **Elsam har ikke handlet culpøst**

Selv hvis Sø- & Handelsretten mod forventning måtte nå frem til, at Elsam har misbrugt en dominerende stilling på markedet, gøres det gældende, at Elsam ikke har handlet culpøst, idet Elsam har handlet i overensstemmelse med tilsagnsaftalen med Konkurrencerådet og utvivl-

somt været i god tro om, at tilsagnsaftalen fastlagde de retlige rammer for korrekt og lovlig adfærd.

Det bestrides i den sammenhæng, at en overtrædelse af en forskrift automatisk og i enhver henseende udgør en ansvarspådragende handling, som sagsøgerne anfører i stævningen.

Erstatningsansvar efter konkurrencereglerne skal vurderes efter dansk rets almindelige regler for erstatning, dvs. på baggrund af culpareglen.

I denne sammenhæng er en forskriftsovertrædelse alene ét blandt flere momenter, der indgår i culpavurderingen.

Dette gælder i særdeleshed, såfremt der – som i nærværende sag – er tale om en vag og elastisk lovregel, der ikke giver nogen vejledning, og hvor det nærmere indhold af lovreglen således er vanskelig at fastlægge og forudsige.

Hertil kommer, at Konkurrencerådets misbrugsvurdering er en fuldstændig mekanisk vurdering, som ikke tager hensyn til de konkrete forhold, der måtte foreligge på handlingstidspunktet, eller de markedsmæssige forhold, der i øvrigt måtte gøre sig gældende.

Selv hvis der således endeligt måtte blive konstateret en forskriftsovertrædelse, er denne ikke automatisk bindende for culpavurderingen.

Dette fremgår også af Østre Landsrets dom af 20. maj 2009 i sag B-3355.

Derfor skal culpabedømmelsen foretages konkret på baggrund af en helhedsvurdering af såvel retsreglens karakter som Elsams adfærd på handlingstidspunktet.

5.2.1 Tilsagnsaftalen udgør en kvalificeret grund til at Elsam har handlet i god tro

Afgørende i denne henseende er, at Elsam på handlingstidspunktet utvivlsomt har handlet i god tro ud fra en berettiget forventning om, at tilsagnsaftalen fastlagde rammerne for en korrekt adfærd.

For det første var det hele formålet med tilsagnsaftalen at sikre mod urimeligt høje priser og skabe en "sikker havn" for Elsam ved at definere klare og præcise retningslinjer for Elsams prisindmeldinger til Nord Pool Spot.

Dette fremgår af tilsagnsaftalen efter dens ordlyd såvel som Konkurrencerådets afgørelse i Elsam I-sagen.

Konkurrencerådet har også efterfølgende bekræftet denne forståelse af tilsagnsaftalen i forbindelse med den efterfølgende domstolsbehandling, hvor NOE Energi havde stævnet Konkurrencerådet ved Vestre Landsret. NOE Energi påstod, at rådet ikke havde hjemmel til at afslutte Elsam I-sagen uden at træffe en positiv afgørelse om misbrug og ved at indgå tilsagnsaftalen med Elsam.

Konkurrencerådet gjorde til støtte for tilsagnsaftalens lovlighed bl.a. gældende, at *"de tilsagn, som Elsam gav, medførte, at uhensigtsmæssigheder på markedet blev fjernet og hindrede misbrug"*.

Vestre Landsret frifandt Konkurrencerådet, idet landsretten bl.a. udtalte, at Konkurrencerådet havde været berettiget til at lægge vægt på, at der var *"opnået tilsagn, der sikrede markedets funktion for fremtiden (...)"*.

Det var således hele baggrunden for tilsagnsaftalens indgåelse og rådets afgørelse i Elsam I-sagen, at der med tilsagnsaftalen blev etableret et værn mod urimelige priser på markedet og også baggrunden for, at Elsam frivilligt afgav tilsagnene og forpligtede sig til at overholde dem fremover. Elsam var ligeså interesseret som Konkurrencerådet i at finde en hensigtsmæssig løsning og ønskede ikke at blive stemplet som misbruger af en dominerende stilling.

For det andet var tilsagnsaftalen en fornuftig og rigtig aftale, der simulerede den prisdannelse, der ville have været på markedet, hvis Elsam ikke havde været dominerende.

Tilsagnsaftalen efterlignede således en situation, hvor der *ikke* var begrænsninger på udlandsforbindelserne fra Vestdanmark, og hvor Vestdanmark automatisk ville få samme pris som et af nabolandene. Dette stemte overens med, at Elsam ikke blev anset for dominerende i de timer, hvor der ikke var flaskehalse i transmissionsforbindelserne. I disse situationer var Vestdanmark en del af et større marked, og i disse situationer har Elsam, som en lille spiller på det store marked, ikke mulighed for at påvirke prisen, og den pris kunne derfor ikke være urimelig høj som følge af Elsams adfærd.

Ved at lægge et loft over Elsams prisindmeldinger svarende til, hvad der ville gælde, hvis Vestdanmark var en del af et større marked, forhindrede tilsagnsaftalen Elsam i at få priserne i Vestdanmark højere op, end det der ville gælde i de timer, hvor Elsam ikke var dominerende. Tilsagnsaftalen sikrede dog samtidig, at Elsam kunne fastsætte sine udbudspriser, så Elsam også ville få mulighed for at opnå en indtjening i timer med høje priser, der modsvarede de tab, der blev lidt i de mange timer med lave priser.

Konsekvensen af tilsagnsaftalen var en begrænsning i Elsams indtjeningsmuligheder, fordi Elsam gik fra en prissætning med normal forrentning til en tilsagnsaftale, hvor forrentningen var begrænset i forhold til nabolandepriiserne. I tilsagnsaftalens løbetid har Elsams indtjening således været langt mindre, end hvad der er realiseret i gennemsnit i andre brancher samt dansk industri under ét.

Elsam har ud fra tilsagnsaftalens ordlyd og formål såvel som omstændighederne omkring tilsagnsaftalens indgåelse været berettiget til at gå ud fra, at tilsagnsaftalen fastlagde de retlige rammer for en korrekt adfærd på markedet.

At det skulle forholde sig anderledes, således at Elsam skulle have budt endnu lavere udbudspriser ind til Nord Pool Spot, end hvad Elsam var berettiget til efter tilsagnsaftalen, vil være i

strid med tilsagnsaftalens bindende karakter og formål. Tilsagnsaftalen ville i så fald ganske enkelt savne mening.

Konkurrencerådet har da heller ikke på noget tidspunkt bibragt Elsam en anden opfattelse, end at Elsam var berettiget til at byde udbudspriser ind i overensstemmelse med tilsagnsaftalens bestemmelser.

Det bemærkes i den sammenhæng, at Elsam kvartalsvis indrapporterede priserne til Konkurrencestyrelsen som dokumentation for tilsagnsaftalens løbende overholdelse, uden at dette gav anledning til bemærkninger fra styrelsens side.

Det skal også bemærkes, at Elsam ikke havde mulighed for at forudse, at Konkurrencerådet endda med tilbagevirkende kraft ville tilsidesætte tilsagnsaftalen og anlægge en anden vurdering af Elsams prisindmeldinger. Elsam havde heller ikke nogen muligheder for at forudse det nærmere indhold af denne misbrugsvurdering, idet test A og B blev udarbejdet til brug for sagen og således ikke havde støtte i nogen på forhånd kendt praksis.

Det er på denne baggrund, at det gøres gældende, at Elsam på handlingstidspunktet utvivlsomt har været i god tro og derfor ikke har handlet culpøst.

At Elsam med rimelighed betragtede sine indmeldinger som lovlige støttes også afgørende af, at Konkurrencerådet ikke har fundet anledning til at oversende sagerne til SØK.

Uanset om Sø- & Handelsretten måtte nå frem til, at Elsam har misbrugt en dominerende stilling i form af urimeligt høje priser, er der således ikke tale om en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse til, at der foreligger ansvarsgrundlag for sagsøgers krav.

Det gøres samtidig gældende, at Elsam også i perioden efter tilsagnsaftalens ophævelse den 23. juni 2005 har været i god tro i forhold til sine prisindmeldinger til Nord Pool Spot.

Tilsagnsaftalens ophævelse var begrundet i, at Elsam skulle have misligholdt tilsagnsaftalen, og ikke at det kunne udgøre misbrug at overholde tilsagnsaftalen. På dette tidspunkt havde Elsam således ikke nogen grund til at tro andet, end at tilsagnsaftalen i overensstemmelse med dens formål var retningsgivende for en korrekt og lovlig adfærd.

Konkurrencestyrelsen kunne ikke ophæve tilsagnsaftalen som sket, idet der i givet fald skulle være foretaget en opsigelse – efter partshøring – og med et passende varsel.

Tilsagnsaftalen indeholdte ingen opsigelsesadgang for Konkurrencestyrelsen. Tilsagnsaftalen, der var bindende for såvel Konkurrencestyrelsen som Elsam, indeholdte således alene en opsigelsesadgang for Elsam. Selv for Elsam var der dog tale om en indskrænket opsigelsesadgang, idet Elsam alene kunne opsiges tilsagnsaftalen med 4 måneders varsel, såfremt der forelå tungtvejende grunde, jf. tilsagnsaftalens pkt. 12.

Hertil kommer, at de af Konkurrencestyrelsen anførte grunde for ophævelsen ikke kunne bære denne.

Konkurrencestyrelsens ophævelse var som nævnt begrundet i, at Elsam skulle have overtrådt tilsagnsaftalen i 3. kvartal 2003 som følge af meget høje priser den 2. september 2003. Samtidig begrundede Konkurrencestyrelsen ophævelsen med, at styrelsen skulle have modtaget klager over prisniveauet, og at der ikke var indført markedskobling på grænsen mellem Vestdanmark og Tyskland.

Elsam har ikke overtrådt tilsagnsaftalen i 3. kvartal. Prisdannelsen den 2. september 2003 var meget ekstrem som følge af, at efterspørgslen relativt set var voldsom stor i forhold til udbuddet. Dette skyldes blandt andet, at transmissionskablet fra Sverige til Vestdanmark var nedlukket, at kapaciteten i transmissionskablet fra Norge til Vestdanmark var halveret, og at det var en varm og stille dag med ringe el-produktion fra såvel decentrale kraftvarmeværker som fra vindmøller.

Selv Elsams højest indmeldte udbudspris den pågældende dag på 29,5 øre/KWh lå langt under markedspriserne, som var på op til 443 øre/KWh. Elsam var således ikke prisbestemmende – og selv hvis Elsam havde meldt den pågældende produktion ind til nul kroner, ville det ikke på nogen måde have påvirket markedsprisen. Det er derfor oplagt, at tilsagnsaftalen ikke kunne ophæves på dette grundlag.

Herudover er det Elsams opfattelse, at Konkurrencestyrelsen ikke kunne ophæve tilsagnsaftalen på baggrund af en påstået overtrædelse, der skulle have fundet sted i 2003, og som Konkurrencestyrelsen qua de modtagne kvartalsrapporter havde haft kendskab til i en meget lang periode.

Tilsvarende kan de modtagne klager ikke udgøre et sagligt grundlag for ophævelse af tilsagnsaftalen i det omfang, Elsam faktisk overholder tilsagnsaftalen. Konkurrencestyrelsen kan heller ikke begrunde ophævelsen med påstanden om manglende konkurrencepres fra Tyskland, fordi det ikke var Elsam bekendt og heller ikke fremgår af hverken tilsagnsaftalen eller Konkurrencerådets afgørelse af 26. marts 2003, at dette skulle være en forudsætning for tilsagnsaftalen. Det er i øvrigt også kun systemoperatørerne, der kan sørge for, at der kommer markedskobling på grænsen.

Ikke før den 30. november 2005 fastslog Konkurrencerådet, at det kunne udgøre misbrug at overholde tilsagnsaftalen. Det var således først på dette tidspunkt, at det stod klart, at det var rådets opfattelse, at det kunne udgøre misbrug selv ved en prisindmelding i overensstemmelse med tilsagnsaftalen.

Elsam indbragte imidlertid Konkurrencerådets afgørelse for Konkurrenceankenævnet, der samtidig tillagde klagen opsættende virkning.

Ud fra en erstatningsretlig betragtning må det være således, at Elsam ikke har haft den fornødne tilregnelser, så længe ankenævns sagen verserede. Elsam har været berettiget til at støtte ret på, at anken blev tillagt opsættende virkning. I modsat fald vil formålet med at tillægge opsættende virkning være meningsløst, fordi det vil svare til, at Elsam skulle have indrettet sig på rådsafgørelsen, selvom der var givet opsættende virkning.

Derfor har Elsam stadig været i god tro, så længe sagen verserede for Konkurrenceankenævnet.

Det skal dog bemærkes, at Elsam i mellemtiden var blevet fusioneret ind i DONG Energy pr. 1. juli 2006. I den forbindelse tilpassede Elsam sin indmeldingspolitik, således at koncernen fik en fælles indmeldingspolitik.

6. **KONKURRENCEMYNDIGHEDERNES AFGØRELSER UDGØR IKKE ET RELEVANT ANSVARSGRUNDLAG FOR SAGSØGERNES KRAV**

Det bestrides samtidig, at konkurrencemyndighedernes afgørelser kan lægges til grund som ansvarsgrundlag for sagsøgernes erstatningskrav.

Sagsøgerne påberåber sig ganske vist konkurrencemyndighedernes afgørelser, men realiteten er, at sagsøgernes krav er uden enhver sammenhæng med konkurrencemyndighedernes analyser og konklusioner, fordi sagsøgernes krav forudsætter en helt anden og betydeligt mere vidtgående misbrugsvurdering end den, der ligger til grund for såvel Konkurrencerådets som Konkurrenceankenævnets afgørelser.

Konkurrencemyndighedernes afgørelser kan derfor ikke bruges som løftestang for sagsøgerens krav.

6.1 **Relevant skade og tab**

Som det fremgår af stævningen, gør sagsøgerne gældende, at tabet består i differencen mellem en beregnet rimelig pris og den faktisk opkrævede pris.

Sagsøgerne har herefter beregnet det påståede tab på baggrund af sagsøgernes **eget** benchmark for, hvad der skulle udgøre en "rimelig pris".

Sagsøgerne har således ikke lagt konkurrencemyndighedernes benchmark for, hvad der udgør en rimelig pris til grund for tabsberegningen, men derimod tilsidesat dette til fordel for sagsøgernes eget benchmark, der relativt set er 59 % lavere end Konkurrencerådets benchmark.

Som det fremgår af konkurrencemyndighedernes afgørelser, har Konkurrencerådet på baggrund af test A og B – som rådet gør gældende er udarbejdet i overensstemmelse med EF-Domstolens afgørelse i United Brands-sagen og som således tilsammen fastlægger den økonomiske værdi af elektricitet – beregnet den rimelige pris til 44,4 øre/kWh i gennemsnit for perioden 1. juli 2003 til 30. juni 2006.

Sagsøgerne derimod har opgjort deres principale påstand på baggrund af en "rimelige pris", der i stedet er 18,4 øre/kWh i gennemsnit for perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006. Denne "rimelige pris" er beregnet som de af sagsøgerne skønnede omkostninger til at producere elektricitet tillagt 10 %.

Denne markante forskel indebærer, at sagsøgerne påstår at have lidt tab i hele 26.094 timer i perioden, svarende til 85 %, mens konkurrencemyndighedernes afgørelser som nævnt er afgrænset til de 1.402 kritiske timer, som maksimalt udgør 5 % af timerne.

I sagsøgernes processkrift af 27. juni 2008 benævnt tillæg 1 begrundes dette med, at det ikke er konkurrencemyndighedernes opgave at kvalificere virkningerne af det påståede misbrug, og at dette derfor først skal ske under tabsudmålingen.

Hermed overser sagsøgerne imidlertid, at selve statueringen af misbrug i form af urimeligt høje priser – i modsætning til andre konkurrencelovsovertrædelser – indebærer en kvalifikation af misbrugets nøjagtige omfang og skadesvirkninger.

Dette skyldes, at misbrug i form af urimeligt høje priser helt grundlæggende forudsætter, at der fastsættes et benchmark for varens økonomiske værdi, som efter fast praksis er afgørende for, at der i det hele taget kan statueres misbrug.

Det er således selve kernen i misbrugsformen urimeligt høje priser, at der fastsættes en grænse for, hvilke priser en virksomhed lovligt må tage, idet en pris under varens økonomiske værdi ikke kan udgøre misbrug i form af urimeligt høje priser.

Dermed fastlægges også skadesvirkningerne af det påståede misbrug, idet der ikke kan være lidt større skade end forskellen mellem den faktisk opkrævede pris og varens økonomiske værdi som benchmark for varens rimelige og lovlige pris.

Analysen af, hvorvidt der foreligger misbrug i form af urimeligt høje priser, adskiller sig således fra den mere generelle konkurrenceretlige analyse, der i vid udstrækning er baseret på formodninger om, at visse former for adfærd er konkurrencebegrænsende, og hvor det således ikke er nødvendigt med nogen nærmere virkningsanalyse.

Dette gælder f.eks. for kartelsamarbejder, der er forbudt efter deres art, uden at det er nødvendigt at påvise prispåvirkningen i det konkrete tilfælde, og hvor dette således først bliver aktuelt i en eventuel erstatningssag.

Tilsvarende for eksklusivtetsaftaler, hvor de objektive omstændigheder tilsiger, at aftalen har en konkurrencebegrænsende effekt, fordi aftalens hensigter er åbenbare ud fra den kontekst, som aftalen fungerer i – aftalen skal sikre den dominerende virksomheds eksklusivitet og dermed afskære konkurrenterne fra markedet. Her bliver virkningsanalysen også først aktuel i forbindelse med en senere erstatningssag.

6.1.1 Sagsøgerne omkvalificerer misbrugets karakter og omfang

Når sagsøgerne derfor i denne sag, hvor virkningerne er fastlagt, beregner deres påståede tab på baggrund af deres eget benchmark for, hvad der skulle udgøre en "rimelig pris", er der således ikke tale om, at sagsøgerne blot kvalificerer virkningerne af misbruget, men derimod om, at sagsøgerne *omkvalificerer* misbrugets karakter og omfang.

Sagsøgerne fastlægger således et helt nyt misbrugsbegreb, men uden nærmere at dokumentere eller føre bevis for, at der er tale om noget, der kan betegnes som misbrug. Derfor kan konkurrencemyndighedernes afgørelser ikke udgøre et relevant ansvarsgrundlag for sagsøgeres krav, eftersom disse afgørelser er baseret på en væsentligt anderledes definition og kvantificering af misbruget.

Sagsøgerne overser også, at det er uden selvstændig betydning, om der skulle være foretaget en konservativ opgørelse af visse af de delelementer, der indgår i benchmarket i test A.

Afgørende er således, at Konkurrencerådets benchmark i test A sammenholdt med test B overordnet set fastlægger grænsen for, hvad der efter konkurrencerådets vurdering findes at udgøre en rimelig pris i forhold til den økonomiske værdi af elektricitet.

Konkurrencemyndighederne har i den forbindelse konkret vurderet, hvilke delelementer der nødvendigvis skulle indeholdes i test A, og med hvilke værdier disse delelementer skulle indgå i test A, for at test A sammenholdt med test B kunne danne grundlag for en afgørelse om misbrug i form af urimeligt høje priser.

Det fremgår således også af rådsafgørelserne, at de delelementer, der indgår i test A, er "*nødvendige for at kunne udpege de kritiske timer*", jf. pkt. 401 i Konkurrencerådets afgørelse af 20. juni 2006.

Det skal i den forbindelse også bemærkes, at det er svært at fastlægge præcist, hvad der udgør den rigtige pris. Derfor er det også afgørende nødvendigt, at det benchmark, der anvendes, giver fornøden sikkerhed for, at der er i det hele taget er en konkurrencelovsovertrædelse.

Det skal yderligere bemærkes, at det også er en vurdering af misbruget i de kritiske timer, der er identificeret på baggrund af test A, og som efter rådets opfattelse er bekræftet i test B, og som fremgår af bilag A-F til Konkurrencerådets afgørelse, som Konkurrenceankenævnet lægger til grund for sine afgørelser og ikke en vurdering af udfaldet af en misbrugsvurdering, der er foretaget på baggrund af det lavere benchmark og de helt andre forudsætninger, som sagsøgerne opstiller. Dette fremgår udtrykkeligt af Konkurrenceankenævnets kendelser.

I øvrigt bestrides, at benchmarket i test A skulle være en konservativ misbrugsvurdering. Test A er alene en ren omkostningsanalyse, som ikke engang tillader Elsam en indtjening svarende til normalforrentningen i dansk industri, som også nævnt indledningsvis, og som i mange timer end ikke tillader Elsam en pris svarende til de marginale produktionsomkostninger, jf. nærmere sag U-01-08.

Det gøres herefter gældende, at konkurrencemyndighedernes afgørelser ikke udgør et relevant ansvarsgrundlag for sagsøgeres krav, fordi sagsøgeres krav baserer sig på en helt anden kvalifikation af misbrugets karakter og omfang end det, der ligger til grund for såvel Konkurrencerådets som Konkurrenceankenævnets kendelser.

Sagsøgernes krav forudsætter derimod, at Sø- & Handelsretten tilsidesætter konkurrencemyndighedernes vurderinger og konklusioner og foretager en selvstændig vurdering af, hvornår der foreligger misbrug af dominerende stilling i form af urimeligt høje priser.

Det gøres i den forbindelse gældende, at sagsøgerne ikke har tilvejebragt noget, endsige noget kvalificeret bevis for, at det skulle udgøre misbrug af dominerende stilling, når priserne overstiger sagsøgernes benchmark.

Sagsøgerne har ikke redegjort for eller i øvrigt dokumenteret, at en pris over sagsøgernes benchmark klart overstiger, hvad der såvel med hensyn til størrelse som varighed vil kunne opnås på et marked med virksom konkurrence, herunder at sagsøgernes benchmark udgør den økonomiske værdi af elektricitet.

Tværtimod gælder der en formodning for, at dette ikke kan udgøre misbrug af dominerende stilling, eftersom Konkurrencerådet, med senere tiltrædelse fra Konkurrenceankenævnet, har fastlagt et højere benchmark og på baggrund af dette benchmark har konkluderet, at Elsams priser i de ikke-kritiske timer var fuldt ud i overensstemmelse med konkurrenceloven.

6.2 **Ansvarsgrundlag baseret på konkurrencemyndighedernes afgørelse**

Selv hvis Sø- & Handelsretten mod forventning skulle nå frem til, at der til trods for tilsagnsaf-talen foreligger et ansvarsgrundlag, gøres det gældende, at der maksimalt kan være ansvarsgrundlag i det omfang, hvor Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har statueret misbrug.

Det gøres derfor gældende, at der maksimalt kan være ansvarsgrundlag i de 1.402 kritiske timer, som Konkurrencerådet har identificeret i den relevante periode, fordelt med 900 kritiske timer i perioden fra 1. juli 2003 til 31. december 2004 (Elsam II-sagen) og 502 kritiske timer i perioden fra 1. januar 2005 til 30. juni 2006 (Elsam III-sagen).

Som en konsekvens heraf kan der ikke være ansvarsgrundlag i de 24.902 ikke-kritiske timer i perioden fra 1. juli 2003 til 30. juni 2006, allerede fordi der ikke er konstateret nogen konkurrencelovsovertrædelse i de ikke-kritiske timer.

Tilsvarende kan der heller ikke være noget ansvarsgrundlag for perioden før 1. juli 2003 eller perioden efter 30. juni 2006, allerede fordi disse perioder falder uden for konkurrencemyndighedernes afgørelser.

Det gøres samtidig gældende, at det efter Konkurrenceankenævnets kendelser må lægges til grund, at der alene kan være tale om et mindre antal kritiske timer end de 1.402 kritiske timer, som Konkurrencerådet har identificeret.

I Elsam II-sagen anførte Konkurrenceankenævnet således, at der var misbrug alene i "et vist omfang". Dette må naturligt forstås således, at ankenævnet alene fandt det godtgjort, at der var misbrug i et mindre omfang og ikke i et fuldt omfang. Efter ordlyden af Konkurrenceankenævnets kendelse sammenholdt med, at Konkurrenceankenævnet ophævede rådets afgørelse i

sin helhed, må det derfor lægges til grund, at der ikke var misbrug i alle de kritiske timer, som rådet havde identificeret.

Tilsvarende for så vidt angår Elsam III-sagen, hvor ankenævnet udtalte, at der var misbrug alene i "et ikke uvæsentligt omfang" samtidig med, at Konkurrenceankenævnet anførte, at "misbrugstest A har sine svagheder", og at Konkurrencerådet ikke havde tilvejebragt det fornødne retlige eller faktiske grundlag for, at marginalomkostningsindmeldinger kunne udgøre misbrug i form af urimeligt høje priser.

En gennemgang af Elsams adfærd i de kritiske timer viser også, at Elsam ikke kan have overtrådt konkurrenceovens § 11 endsige handlet culpøst i alle de af rådet identificerede kritiske timer.

6.2.1 Elsams udbudspriser har været marginalomkostningsbestemte

For det første kan Elsam ikke have misbrugt en dominerende stilling i form af urimeligt høje priser endsige handlet culpøst i de kritiske timer, hvor Elsams udbudspriser har været fastsat til de kortsigtede marginale omkostninger og dermed de kortsigtede variable omkostninger.

En pris svarende til de kortsigtede variable omkostninger giver ikke sikkerhed for, at virksomheden får dækket alle sine omkostninger, herunder de faste omkostninger. Dette kan derfor ikke udgøre misbrug af dominerende stilling i form af urimeligt høje priser.

At det ikke kan udgøre misbrug af dominerende stilling at indmelde marginalomkostningsbestemte udbudspriser fremgår som nævnt også af Konkurrenceankenævnets kendelse i Elsam III-sagen.

Det gøres herefter gældende, at Elsam ikke har handlet retsstridigt endsige culpøst i de kritiske timer i perioden fra 1. juli 2003 til 30. juni 2006, hvor Elsams udbudspriser til Nord Pool Spot har været marginalomkostningsbestemte.

6.2.2 Elsam har som et prisreducerende tiltag udbudt ekstra produktionskapacitet

For det andet kan Elsam ikke have misbrugt en dominerende stilling i form af urimeligt høje priser endsige handlet culpøst i de kritiske timer, hvor Elsam har udbudt ekstra kapacitet på markedet og dermed været med til at sikre, at markedsprisen blev holdt nede.

Prisdannelsen på Nord Pool Spot foregår ved at sammenholde den samlede udbudskurve med den samlede efterspørgselskurve. Markedsprisen eller ligevægtsprisen bestemmes som den pris, hvor de to kurver møder hinanden i et priskryds.

Den samlede udbudskurve er udformet således, at kurven i punktet, som viser markedets maksimale udbudsmængde, forlænges lodret op til den maksimale pris, som Nord Pool Spot tillader.

I nogle timer dannes der priskryds på denne lodrette del af udbudskurven.

Elsam har i en række af de timer, hvor Elsam forventede, at dette ville ske, eller hvor Elsam i øvrigt forventede, at der var risiko for en meget høj pris, valgt at byde ekstra produktionsmængder ind på markedet, selvom Elsam rent faktisk ikke selv havde kapacitet til at producere disse ekstra mængder. Hvor disse ekstra mængder blev aktiveret, måtte Elsam opkøbe mængderne i det tyske eftermarked og importere dem til Vestdanmark.

De ekstra mængder blev derfor indmeldt til den forventede importpris og således til Elsams marginale omkostninger forbundet med at levere disse mængder ekstra kapacitet.

De aktiverede ekstra mængder var med til at sikre en lavere markedspris, da den samlede udbudte mængde på markedet blev øget. Hvis disse mængder ikke var blevet udbudt, ville markedsprisen således være blevet højere.

Det er Elsams opfattelse, at denne adfærd ikke kan klassificeres som misbrug endsige culpøs adfærd, uanset at de ekstra mængder blev meldt ind til en pris højere end Konkurrencerådets benchmark, fordi udbudsprisen svarede til marginalomkostningen. I disse timer har Elsam været med til at understøtte markedet og sikre en lavere markedspris, end den der ville have været gældende, hvis Elsam havde undladt at byde de ekstra mængder ind på markedet.

Det gøres derfor gældende, at Elsam ikke har overtrådt konkurrencelovens § 11 endsige handlet culpøst i de kritiske timer i perioden fra 1. juli 2003 til 30. juni 2006, hvor Elsam har udbudt ekstra kapacitet til markedet som et prisreducerende tiltag.

VIII ÅRSAGSSAMMENHÆNG

7. INDLEDNING

7.1 **Beviskravet til årsagssammenhæng er ikke lempet**

Sagsøgerne har bevisbyrden for, at der er årsagssammenhæng mellem det påståede misbrug i de 1.402 kritiske timer i perioden fra 1. juli 2003 til 30. juni 2006 og sagsøgerens påståede tab i samme timer.

Det bestrides i den forbindelse, at Elsams påståede misbrug skulle være af en sådan grovhed, at der skulle være anledning til at lempe beviskravet til påvisning af årsagssammenhæng.

For det første har Elsam alene fulgt forskrifterne i den tilsagnsaftale, som Elsam indgik med Konkurrencerådet, og som klart og præcist fastsatte grænserne for lovlig og korrekt adfærd.

Elsam har således ikke bevidst forsøgt at opnå de højest mulige priser, som sagsøgerne anfører. Derimod er Elsams prisindmeldinger sket i god tro og i overensstemmelse med forskrifterne i den tilsagnsaftale, som den kompetente og relevante myndighed stod bag, og som netop var indgået som et forsvarsværk mod urimeligt høje priser.

At Elsam var i god tro i forhold til sin prissætning støttes også afgørende af, at Konkurrencerådet ikke har fundet anledning til at oversende sagerne til SØK.

For det andet kunne Elsam ikke på forhånd forudse, at Konkurrencerådet med tilbagevirkende kraft ville tilsidesætte tilsagnsaftalen, ligesom Elsam ikke kunne forudse, hvilken misbrugsvurdering Konkurrencerådet ville sætte i stedet for tilsagnsaftalen.

Det bemærkes i den forbindelse, at det påståede misbrug først blev konstateret på baggrund af test A og B, som Konkurrencerådet havde udviklet til brug for sagen og som således ikke har støtte i nogen på forhånd kendt praksis.

Dette bekræftede Konkurrenceankenævnet også i sin kendelse i Elsam III-sagen, hvor ankenævnet udtalte, at "*der er tale om en ny, særegen og kompleks problemstilling*", hvorfor Konkurrencerådet ikke havde "*kunnet gøre anvendelse af en alment anerkendt, veletableret metode*".

For det tredje valgte Konkurrencerådet i Elsam II- og III-sagerne at ændre definitionen af det relevante marked i forhold til Elsam I-sagen. Dermed foretog Konkurrencerådet med tilbagevirkende kraft en skærpet vurdering af Elsam i forhold til den vurdering, der lå til grund for den fremadrettede tilsagnsaftale.

Der er således klart, at der ikke er tale om nogen groft uagtsom eller anstødelig overtrædelse af konkurrencereglerne.

Derfor skal sagsøgerne fortsat bevise, at der er den fornødne årsagssammenhæng mellem det påståede misbrug i de kritiske timer og sagsøgernes påståede tab i samme timer.

Det bemærkes i denne forbindelse, at årsagssammenhæng skal være påvist time for time.

Som det fremgår af pkt. 93 i Konkurrencerådets afgørelse i Elsam III-sagen (bilag 8), er Nord Pool Spot "et timemarked, hvor der handles fysisk el til levering indenfor en given time. Aktørerne melder deres købs- og salgsbud ind som efterspørgsels- og udbudskurver for hver enkelt time, hvor buddene angiver aktørernes ønskede kombinationer af mængder og priser for hver enkelt time".

El handles således ved enkeltstående transaktioner time for time. Af samme grund er der ingen sammenhæng mellem prissætningen i de enkelte timer.

Det er derfor afgørende, at sagsøgerne time for time påviser, at der foreligger årsagssammenhæng mellem det påståede misbrug i en kritisk time og sagsøgernes påståede tab i samme time, idet Elsams prisindmelding i en kritisk time ikke påvirker prissætningen på Nord Pool Spot i andre timer og dermed heller ikke kan medføre et tab i andre timer.

Selv hvis sagsøgerne måtte dokumentere en årsagssammenhæng, gøres det gældende, at der ikke foreligger årsagssammenhæng mellem den påståede ansvarspådragende adfærd og sagsøgernes påståede tab i de kritiske timer, hvor Elsam ikke var prisbestemmende, og de kritiske timer, hvor priserne var nabolandbestemte.

8. **DER ER IKKE ÅRSAGSSAMMENHÆNG I KRITISKE TIMER, HVOR ELSAM IKKE VAR PRISBESTEMMENDE**

Sagsøgerne gør gældende, at det er åbenbart, at der er årsagssammenhæng mellem det påståede misbrug og sagsøgernes tab, og at sagsøgernes tab er en direkte følge af Elsams opkrævning af en urimelig høj pris.

Sagsøgernes anbringende bygger på en forudsætning om, at Elsam i alle timer har fastsat den markedspris, som sagsøgerne har betalt for elektriciteten.

Denne forudsætning er imidlertid ikke korrekt og er i øvrigt også udtryk for, at sagsøgerne ikke har sat sig ind i indholdet af konkurrencemyndighedernes afgørelser.

Som det fremgår af Konkurrencerådets afgørelser, var Elsam ikke prisbestemmende i alle kritiske timer. Der er således en række kritiske timer, hvor Elsam har udsolgt, og hvor markedsprisen i Vestdanmark blev højere end Elsams maksimale udbudspris, som følge af at en anden elproducent var prisbestemmende.

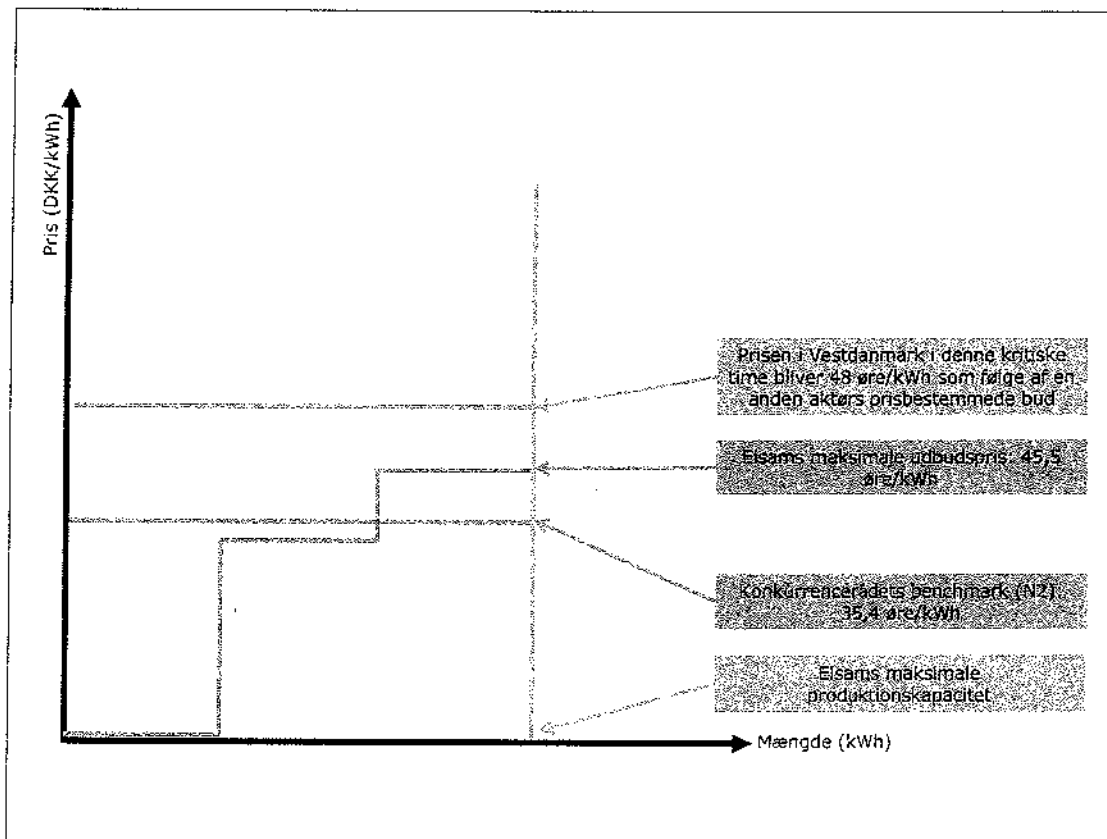
Efter Elsams opfattelse er Konkurrencerådets definition af prisbestemmende ikke helt korrekt. Selv efter Konkurrencerådets definition var Elsam dog ikke prisbestemmende i 174 af de kritiske timer i perioden fra 1. juli 2003 til 30. juni 2006¹.

I disse timer er det således ikke Elsam, men derimod en anden elproducent, der har fastsat den markedspris, som sagsøgerne har betalt for elektriciteten.

Det er helt i overensstemmelse med den måde, som Nord Pool Spot fungerer på, hvorefter det er den dyreste indmeldte enhed, der er nødvendig for at kunne dække efterspørgslen, der bliver prisbestemmende for al den producerede elektricitet, der sælges i den pågældende time, herunder også for den produktion, der konkret måtte være indmeldt til en lavere udbudspris.

Det betyder samtidig, at sagsøgernes tab ikke er en direkte følge af det påståede misbrug – som sagsøgerne gør gældende – da det ikke er Elsam, der har bestemt prisen.

Det kan også illustreres med udgangspunkt i en konkret time – her time 13 den 12. juni 2006, der er en kritisk time:



¹ Eller 214 af de kritiske timer i perioden fra 1. juli 2003 til 30. juni 2006, hvis misbrugstesten gennemføres med en 10 % egenkapitalforrentning i hele perioden.

Som det ses, har Elsam maksimale udbudspris været 45,5 øre/kWh. Dermed er timen en kritisk time, fordi Konkurrencerådets benchmark for samme time er 35,4 øre/kWh.

Markedsprisen i Vestdanmark blev derimod 48 øre/kWh, fordi en anden aktør afgav det pris-sættende bud.

Sagsøgerne har med andre ord købt elektriciteten i den pågældende time til 48 øre/kWh, men sagsøgerne har i denne time ikke lidt et tab, der kan tilregnes Elsam.

Det bemærkes i denne sammenhæng, at det er uden selvstændig betydning, om Elsam konkret havde meldt en udbudspris ind svarende til Konkurrencerådets benchmark. Markedsprisen vil under alle omstændigheder have været 48 øre/kWh, fordi det afgørende for prisdannelsen er prisen på den mængde elektricitet, der er nødvendig for at imødekomme efterspørgslen.

Selvom Elsam således havde meldt en lavere pris ind, ville udbuds- og efterspørgselskurven alligevel først have krydset hinanden ved en pris på 48 øre/kWh.

På denne baggrund gøres det gældende, at der ikke foreligger årsagssammenhæng mellem det påståede misbrug i de 174 kritiske timer i perioden fra 1. juli 2003 til 30. juni 2006, hvor Elsam ikke var prisbestemmende, og sagsøgernes påståede tab i disse timer.

For nærmere dokumentation af, at Elsam ikke var prisbestemmende i disse kritiske timer henvises til Konkurrencerådets afgørelse i Elsam II-sagen (bilag 6), pkt. 411, samt Konkurrencerådets afgørelse i Elsam III-sagen (bilag 8), pkt. 551.

9. **DER ER IKKE ÅRSAGSSAMMENHÆNG I KRITISKE TIMER, HVOR PRISERNE VAR NABOLANDEBESTEMTE**

Nord Pool Spot området er inddelt i en række prisområder. Prisområderne er via transmissionskabler forbundet med hinanden. Vestdanmark er således eksempelvis forbundet med Norge og Sverige.

Nord Pool Spot har rådighed over kapaciteten på kablerne og bruger den til at sende elektricitet fra et lavprisområde til et højprisområde for at sænke prisen i højprisområdet. Høj- og lavprisområdet får herefter automatisk samme pris. Man kan derfor sige, at prisen i en sådan situation er "nabolandebestemt".

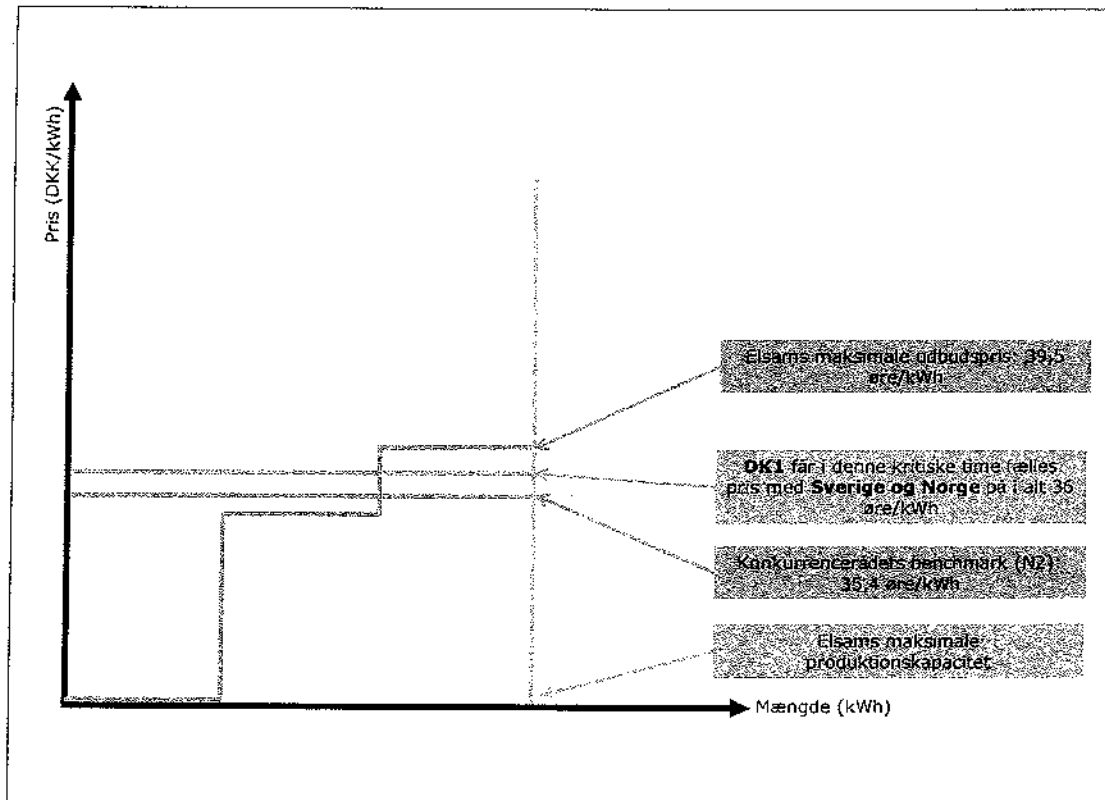
Denne metode til at styre brugen af transmissionskablerne mellem de enkelte prisområder kaldes *market splitting* og anvendes således til at udligne prisforskelle mellem to områder. Samtidig sikres, at produktionsteknologien og overførselskapaciteten udnyttes samfundsøkonomisk optimalt.

Det er kun, hvis der opstår "flaskehalse" på transmissionskablerne, at områdepriserne vil afvige fra hinanden, da der ikke kan transmitteres tilstrækkelig elektricitet fra lavprisområdet til højprisområdet til fuldt ud at udligne prisforskelle mellem de to områder.

9.1.1 Prisen i Vestdanmark var lig med den laveste pris i nabolandene

I et betydeligt antal af de kritiske timer i perioden blev prisen i Vestdanmark som en konsekvens af Nord Pool Spots mekanisme og funktionsmåde automatisk lig med den laveste nabolandepris.

Dette kan også illustreres med udgangspunkt i time 13 den 8. juni 2006, der er en kritisk time:



Som det ses, var Elsams maksimale udbudspris 39,5 øre/kWh. Dermed identificeres time som kritisk i test A, fordi Konkurrencerådets benchmark for samme time er 35,4 øre/kWh.

Selv hvis Elsam havde meldt en udbudspris ind til Nord Pool Spot svarende til Konkurrencerådets benchmark, ville prisen i Vestdanmark have været 36 øre/kWh, fordi den udbudte kapacitet i Vestdanmark ikke var tilstrækkelig til at fylde transmissionskablerne, således at Vestdanmark kunne blive et selvstændigt prisområde med en lavere pris.

Selvom der således er tale om en for Elsam kritisk time, gøres det gældende, at der ikke er nogen årsagssammenhæng for sagsøgernes påståede tab i disse timer, fordi markedspriserne ikke var forårsaget af den af Elsam indmeldte udbudspris.

9.1.2 Prisen i Vestdanmark var lig med den svenske og norske pris

Tilsvarende gøres det gældende, at der ikke er årsagssammenhæng for sagsøgernes påståede tab i de kritiske timer, hvor samme mekanisme som nævnt ovenfor gjorde sig gældende, og hvor prisen i Vestdanmark automatisk var lig med den højere svenske og norske pris.

I disse kritiske timer var summen af import fra Tyskland og udbudt kapacitet i Vestdanmark således ikke tilstrækkelig til at fylde transmissionskablerne mod Norge/Sverige.

I disse kritiske timer havde Elsam ingen indflydelse på prisen, hvorfor der ikke er årsagssammenhæng for sagsøgernes påståede tab i disse timer, da Vestdanmark under alle omstændigheder ville have fået samme pris som i Norge og Sverige.

10. **DER ER IKKE ÅRSAGSSAMMENHÆNG FOR KRAV BASERET PÅ SYSTEMPRISEN**

Herudover gøres det gældende, at der ikke er årsagssammenhæng for krav, der er baseret på Nord Pool Spot-systemprisen, som er den pris, der udtrykker den ens elpris for hele Nord Pool Spot-området.

Det bemærkes i den forbindelse, at et betydeligt antal af de fremlagte spotkontrakter tilsyneladende er baseret på systemprisen.

Efter ordlyden af kontrakterne er priserne således "*spot-afhængig med udgangspunkt i prisområde DK1, hvor det faktiske forbrug målt på timebasis afregnes i forhold til den noterede pris på Nord Pool Systempris time for time med et tillæg på 1,40 øre/kWh (vores understregning)*".

I andre kontrakter anføres, at "*leverancen afregnes i henhold til Nord Pools prisangivelse i DKK/MWh, og spotprisen defineres som System i Nord Pools Døgnmarked time for time*".

Der er ikke årsagssammenhæng for disse krav, fordi Elsams udbudspriser til Nord Pool Spot ikke kan påvirke systemprisen.

Systemprisen beregnes på baggrund af det samlede udbud og efterspørgsel i hele Nord Pool og uden hensyntagen til eksisterende begrænsninger på transmissionskablerne. I denne sammenhæng står Elsam for en så begrænset andel af det samlede udbud, at Elsams udbudspriser ikke har selvstændig betydning for systemprisen. De sagsøgere, der måtte være afregnet til systemprisen, vil således have betalt samme pris, uanset det påståede misbrug.

Sagsøgerne **opfordres** derfor til at oplyse, på hvilket grundlag disse krav er rejst, når sagsøgerne efter kontraktens ordlyd er afregnet til systemprisen.

11. DER ER IKKE ÅRSAGSSAMMENHÆNG FOR KRAV RELATERET TIL FINANSIELLE KONTRAKTER

Sagsøgerne har fremsat betydelige krav relateret til det finansielle marked. På trods af Elsams opfordring herom har det dog ikke været muligt at formå sagsøgerne til at oplyse, hvor stor en del af det samlede krav, der vedrører det finansielle marked.

Herudover skal det understreges, at der ikke er konstateret nogen selvstændig culpøs adfærd på det finansielle marked.

Konkurrencerådets afgørelser er således afgrænset til spotmarkedet. Konkurrencerådet fandt ikke, at der var en sådan sammenhæng mellem spotmarkedet og det finansielle marked, at det finansielle marked kunne anses som en del af det relevante marked. Konkurrencerådet har således ikke konstateret, at Elsam er dominerende på det finansielle marked, endsi­ge at Elsam har misbrugt en dominerende stilling på dette marked.

11.1 Der er ikke årsagssammenhæng med påståede tab på finansielle kontrakter

Det gøres gældende, at der ikke er nogen årsagssammenhæng mellem det påståede misbrug på spotmarkedet i det meget begrænsede antal kritiske timer, hvor Elsam har været prisbestemmende, og de bilateralt forhandlede priser på de finansielle kontrakter, som sagsøgerne har fremlagt.

De finansielle kontrakter, som sagsøgerne har fremlagt i sagen, er kendetegnet ved at være meget langvarige kontrakter, hvor elhandelsselskabet løbende skal levere el til kunden til en på forhånd aftalt fast pris, der er gældende for hele kontraktperioden.

Der er således fremlagt kontrakter med en varighed op til 4 år, ligesom der er fremlagt kontrakter, hvor der først skal ske levering ude i fremtiden og i nogle tilfælde først i 2012.

Da der er det helt særlige forhold ved elektricitet, at det – i modsætning til alle andre aktiver – ikke kan lagres, indebærer det, at elektriciteten skal produceres og leveres til kunden løbende i takt med kundens forbrug.

Da afviklingen af kontrakten først finder sted efter aftaletidspunktet, og da elhandelsselskabet således ikke på aftaletidspunktet kan indkøbe og lagre el med henblik på den løbende opfyldelse af kontrakten, betyder det, at prisen på den finansielle kontrakt ikke er afhængig af elprisen på aftaletidspunktet, men derimod afhængig af, hvordan elprisen forventes at blive ud i fremtiden.

Det er med andre ord lige meget, om elprisen i går var lav, hvis elprisen i morgen forventes at blive højere og omvendt.

Anderledes derimod hvis sælgeren solgte f.eks. fyringsolie. I en sådan situation vil det ikke være eneføgende for prissætningen, om sælgeren forventer, at oliepriserne på grund af

mangel på olie forventes at stige, fordi sælgeren på aftaletidspunktet kan indkøbe og lagerføre fyringsolien med henblik på at opfylde kontrakten senere. Derfor vil de historiske priser og dermed lagerpriserne have stor betydning for prissætningen.

Afgørende for prissætningen af de finansielle elkontrakter er derimod ikke de historiske priser i enkeltstående timer. Afgørende er derimod forventningerne til den fremtidige elpris, der afhænger af en lang række udefrakommende faktorer, der alle indgår med større eller mindre vægt alt efter bl.a. kontraktens løbetid.

Disse faktorer inkluderer vejret, da elproduktion i Norden fungerer som et samspil mellem forskellige produktionsformer – termisk produktion i Vestdanmark og vandkraftbaseret produktion i primært Norge og Sverige, der står for ca. halvdelen af Nordens energi.

Når vandmagasinerne i Norge og Sverige er fyldte – de såkaldte vådår – vil elpriserne falde betydeligt som følge af det øgede udbud af billigere vandkraftproduceret elektricitet. Omvendt vil elpriserne stige i de såkaldte tørår, hvor der ikke er så megen nedbør og vandreserverne opbruges, fordi udbuddet af vandkraftproduceret elektricitet reduceres og efterspørgslen i højere grad skal dækkes af den dyrere termisk producerede elektricitet.

Tilsvarende gælder i forhold til vindproduktionen. I perioder med meget vind vil produktionen af elektricitet fra vindmøller i Vestdanmark og Tyskland således stige med faldende priser til følge.

Produktionskapaciteten vil også have væsentlig betydning for prisdannelsen. Øget kapacitet kan reducere priserne, mens begrænset kapacitet f.eks. på grund af planlagte revisionsarbejder eller udfald på værkerne omvendt kan forhøje priserne.

Herudover har stigende eller faldende råvarepriser på olie, kul og gas væsentlig betydning for prisdannelsen, ligesom også CO₂-kvotepriserne har betydning. Hvis der er overskud af CO₂-kvoter, falder priserne, mens priserne omvendt stiger, hvis der er mangel på CO₂-kvoter.

Endelig er transmissionskapaciteten en væsentlig faktor i prisdannelsen.

På baggrund af det ovenfor anførte bestrides det, at der er en åbenbar sammenhæng mellem de historiske spotpriser og priserne på de finansielle kontrakter, der afhænger af forventningerne til den fremtidige pris, herunder forventningerne til en lang række eksterne forhold, som Elsam ikke kan påvirke.

11.2 **Bilag 9 udgør ikke bevis for årsagssammenhæng**

I forhold til det af sagsøgerne ensidigt indhentede bilag 9 skal det indledningsvis bemærkes, at Elsam forbeholder sig at fremkomme med en mere udførlig redegørelse, såfremt Sø- & Handelsretten mod forventning skulle tillade bilag 9 fremlagt i sagen mod Elsans protest og på trods af de faktiske omstændigheder omkring rapportens indhentelse, herunder at sagsøgerne har fremlagt en revideret udgave af bilaget efter sagens anlæg.

Det skal dog allerede på det foreliggende gøres gældende, at bilag 9 på ingen måde kan lægges til grund som bevis for, at der skulle være en matematisk klar og signifikant sammenhæng mellem det påståede misbrug på spotmarkedet og det finansielle marked, endsi­ge at der er en bestemt og individualiserbar sammenhæng mellem det påståede misbrug på spotmarkedet og de konkrete priser i de væsens forskellige og bilateralt forhandlede finansielle kontrakter, som sagsøgerne har fremlagt.

For det første er der en direkte modstrid mellem rapportens erklærede formål og sagsøgernes anvendelse af rapporten.

I processkrift af 20. maj 2009, s. 5, anfører sagsøgerne, at *"der er altså ikke tale om, at det gøres gældende, at Elsam har misbrugt en dominerende position på markedet for finansielle kontrakter. Markedsmisbruget har kun fundet sted på spotmarkedet, men dette markedsmisbrug har efter sagsøgerens opfattelse haft den effekt, at prisen for en fastpriskontrakt er steget"*.

Det fremgår imidlertid udtrykkeligt af bilag 9, at rapporten har til formål at undersøge en hypotese om, at Elsam skulle have udøvet misbrug på det finansielle marked.

Det fremgår således eksempelvis af rapporten, at:

*"Vi undersøger terminsmarkedet for elektricitet for indikationer på at den dominerende producent har misbrugt sin dominerende stilling"*².

*"(...) hvilket indikerer at misbrug af dominerende stilling i terminsmarkedet ledsagede det misbrug som fandt sted på spotmarkedet, i henhold til myndighedernes afgørelse. Dette er konsistent med den hypotese at Elsam benyttede terminsmarkedet til at skjule sin spotmarkedsmanipulation"*³.

*"Vi undersøger om datasættet afslører tegn på samtidigt misbrug af dominerende stilling i terminsmarkedet. Selvom et sådant misbrug i terminsmarkedet vil være ulovligt, lige som det er tilfældet i spotmarkedet, så har konkurrencestyrelsen ikke taget dette spørgsmål op"*⁴.

*"Ved at se på daglige data (formiddag, ca. kl. 10.00) på købs- og salgspris indikationer fra Elsam for over-the-counter (OTC) engros handler i både peak og base (løbende levering) terminskontrakter er vi i stand til ikke kun at undersøge om et misbrug af dominerende stilling i terminsmarkedet ledsagede det der eksisterede i spotmarkedet, men også til at adskille den del af et sådant misbrug som fandt sted i peak kontrakten (...)"*⁵.

² Rapportens abstract

³ Ibid.

⁴ Rapportens s. 3

⁵ Rapportens s. 4

Det må være klart, at bilag 9 ikke kan tillægges bevisvægt, når rapporten er baseret på en hypotese, som er i direkte modstrid med sagsøgernes anvendelse af rapporten.

For det andet baserer bilag 9 sig på et forkert faktisk grundlag.

Det fremgår således af rapporten, at den baserer sig på, at der skulle være 2.384 kritiske timer i perioden fra 1. juli 2003 til 31. december 2006, mens konkurrencemyndighedernes afgørelser som nævnt er afgrænset til 1.402 kritiske timer i perioden 1. juli 2003 til 30. juni 2006.

Rapporten tager således ikke højde for, at Konkurrenceankenævnet ophævede den del af rådets afgørelse, der vedrørte 2. halvår 2006, ligesom rapporten ikke tager højde for Konkurrencerådets konklusion om at ændre egenkapitalforrentningen til 14 %.

Hertil kommer, at rapporten ikke tager højde for, at Elsam ikke har været prisbestemmende i alle kritiske timer.

I forhold til en undersøgelse af, om Elsams påståede misbrug i de kritiske timer faktisk har haft en prispåvirkning på det finansielle marked, må det nødvendigvis være en forudsætning, at Elsam også har fastsat prisen i de kritiske timer, der danner grundlag for rapportens undersøgelser og konklusioner.

Som det udtrykkeligt fremgår af Konkurrencerådets afgørelser, er Elsam imidlertid ikke pris-sættende i alle de kritiske timer. I disse timer er det derimod en anden aktør, der har bestemt markedsprisen, hvorfor Elsam naturligvis ikke kan holdes ansvarlig for en eventuel prispåvirkning, der måtte være mellem disse priser og priserne på det finansielle marked.

For det tredje indeholder bilag 9 adskillige grundlæggende metodefejl, ligesom rapporten er tilvejebragt på et mangelfuldt grundlag.

For eksempel baserer rapporten sig på en meget forsimplet modellering af el-markedet, der betyder at de afledte konklusioner ikke er retvisende. Herunder indeholder rapporten en for simpel model for udviklingen i elprisen, som ikke gengiver virkeligheden på korrekt vis.

Yderligere indeholder rapporten matematiske formler, som ikke er anvendelige i forhold til el-markedet, idet de er udviklet til brug for finansielle markeder, hvor det underliggende aktiv – i modsætning til elektricitet – kan lagres med henblik på senere opfyldelse af den finansielle kontrakt.

Desuden er der ved anvendelsen af rapportens resultater ikke taget højde for det faktum, at alle statistiske modeller er behæftet med usikkerhed. Således er der til ethvert statistisk estimat tilknyttet et usikkerhedsmål, som helt naturligt skal tages i betragtning, når de statistiske resultater evalueres. Hvis en sådan helt rimelig usikkerhedsvurdering foretages, vil resultaterne, som kan udtrages fra rapporten, med stor sandsynlighed ændre sig.

Hertil kommer, at rapportens forfattere supplerer de matematiske formler med selvvalgte faktorer, som savner generel anerkendelse i forhold til økonomisk og økonometrisk teori, og hvor

forholdene omkring rapportens indhentelse naturligvis har været bestemmende for valget af disse faktorer.

Rapporten er med andre ord udarbejdet ud fra de forudsætninger og antagelser, som sagsøgerne ensidigt har opstillet.

Rapporten undlader derved at undersøge en lang række alternative faktorer, som for netop elmarkedet har langt større relevans for prisen på det finansielle markedet end det påståede misbrug på spotmarkedet i et meget begrænset antal kritiske timer.

Sådanne faktorer inkluderer forventningen til fremtidige forhold såsom vejr- og temperaturforhold, kabelsituationen, produktionskapacitet, herunder om der er revision af kraftværker, stigende eller faldende råvarepriser på olie, kul og gas, priserne på CO₂-kvoter.

Disse forhold har som nævnt ovenfor alle afgørende betydning for prisdannelsen.

Når de pågældende oplagt relevante faktorer ikke er medtaget i undersøgelsen, vil undersøgelsens konklusion også af den grund være uden bevismæssig værdi, fordi det ikke er undersøgt om den prispåvirkning, som rapporten i sin foreliggende form tilskriver det påståede misbrug på spotmarkedet, også rettelig har resulteret i højere priser på det finansielle marked, og at priserne ville have udviklet sig anderledes, hvis det ikke havde været for det påståede misbrug.

For det fjerde er rapporten baseret på en undersøgelse af Elsams såkaldte *bid-* og *ask*-priser på CfD-kontrakter.

Som nævnt i sagsfremstillingen var Elsam i tilsagnsaftalen ikke alene bundet af et prisloft på spotmarkedet, men også forpligtet til at fungere som *market maker* på det finansielle marked for CfD-kontrakter.

Elsam var dermed forpligtet til løbende at stille *bid-* og *ask*-priser på CfD-kontrakter til rådighed for markedet indenfor de af Konkurrencerådet fastsatte *spreads*.

Når der stilles to-vejspriser på et givent aktiv, sikrer det først og fremmest mere likviditet i markedet, fordi det bliver lettere at handle kontrakterne.

Det skal imidlertid understreges, at *bid-* og *ask*-priserne alene er udtryk for udbuds- og efterspørgselspriser og dermed ikke udtryk for de faktiske handelspriser, som CfD-kontrakterne blev handlet til. Dette fremgår også af ovennævnte citat fra rapporten, hvor det udtrykkeligt anføres, at *bid-* og *ask*-priserne er "*indikationer*".

I erstatningsretlig sammenhæng er det selvsagt alene den faktiske handelspris, som er relevant, idet der som hovedregel ikke sker en eneste handel til *bid-* eller *ask*-priserne, da de alene er et prisudspil, der skal danne udgangspunkt for en forhandling mellem køber og sælger.

Det er på baggrund af ovenstående, at det gøres gældende, at bilag 9 ikke kan lægges til grund som bevis for årsagssammenhæng mellem det påståede misbrug på spotmarkedet og sagsøgernes påståede tab på finansielle kontrakter.

Som nævnt ovenfor forbeholder Elsam at kommentere yderligere på bilag 9 i Elsams duplik og begære uddybende syn og skøn, såfremt Elsams protest mod sagsøgernes fremlæggelse af bilag 9 mod forventning ikke tages til følge.