

DOM

(ikke-fortrolig)

afsagt den 24. maj 2018 af Vestre Landsrets 15. afdeling (dommerne Olav D. Larsen, Peter Buhl og Anne Hedegaard Toft (kst.)) i ankesag

V.L. B-1828-16

Ørsted A/S (tidligere DONG Energy A/S)
(advokat Christian Karhula Lauridsen, København)

mod

Konkurrencerådet
(advokat Jacob Pinborg, København)

Biintervenienter til støtte for Konkurrencerådet:

Energi Danmark A/S

Scanenergi A/S

OK a.m.b.a.

(advokat Henrik Holtse og advokat Henrik Peytz, København)

Indledning

Sø- og Handelsretten har den 30. august 2016 afsagt dom i 1. instans (U-1-08).

Appellanten, Ørsted A/S (tidligere DONG Energy A/S), benævnes også i landsrettens dom som Elsam.

Elsam ankede i første omgang dommen til Højesteret under henvisning til reglen i retsplejelovens § 368, stk. 4, 2. punktum, om anke til Højesteret af visse domme afsagt af Sø- og Handelsretten.

Indstævnte, Konkurrencerådet, støttede synspunktet om, at anke kunne ske til Højesteret.

Højesteret afviste ved kendelse af 6. december 2016 anken fra Højesteret, idet betingelserne for anke til Højesteret ikke kunne anses for opfyldt.

Elsam indgav herefter ankestævning til landsretten.

Denne landsretsdom indeholder oplysninger om Elsams forhold, som efter konkurrencelovens § 13, stk. 4, ikke offentliggøres.

Påstande

Elsam har for landsretten gentaget sine to påstande for Sø- og Handelsretten.

Elsam har mere subsidiært nedlagt påstand om, at punkt 26, 1. led, i Konkurrencerådets afgørelse af 20. juni 2007 som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 3. marts 2008 ændres således, at konstateringen af, at Elsam har påtvunget urimeligt høje priser, begrænses til en eller flere af retten fastsatte timer i, eller andre nærmere afgrænsede dele af, perioden 1. januar 2005 til 30. juni 2006.

Konkurrencerådet har påstået dommen stadfæstet.

Energi Danmark A/S, Scanenergi A/S og OK a.m.b.a. er også for landsretten indtrådt som biintervenienter til støtte for Konkurrencerådet.

Supplerende sagsfremstilling

Under behandlingen for Konkurrenceankenævnet blev som bilag J fremlagt et notat af 21. september 2007 fra Konkurrencestyrelsen med en uddybende forklaring for opgørelsen af kompensationen ved prisvariationstillægget. Notatet, der er baseret på en egenkapitalfor-

rentning på 14 %, henviser til rådsafgørelsens pkt. 477-489 og nævner, at prisvariationstillægget gives for at kompensere Elsam, fordi Elsam i perioder er nødsaget til at producere, selvom salgsprisen er lavere end omkostningerne tillagt en normalforrentning. Notatet beskriver opgørelsen af Elsams tab samt den dertilhørende kompensation, som modtages gennem prisvariationstillægget. I konklusionen er det anført, at det samlede tab, som Elsam realiserer, kan opgøres til 826.379.941 kr. over den undersøgte periode. Konkurrencestyrelsens prisvariationstillæg – der har til formål at kompensere Elsam for ovenstående tab – kompenserer Elsam med 999.038.793 kr. Dette svarer til en overkompensation på 21 %.

Der er for landsretten fremlagt yderligere bilag, herunder bilag som bl.a. belyser udviklingen i efterspørgslen i Vestdanmark i perioden januar 2005 - juni 2006 (bilag 70), udviklingen i faktisk importkapacitet fra Norge og Sverige samt Tyskland til Vestdanmark (bilag 71-72), udviklingen i priserne i Vestdanmark, Norge, Sverige og Tyskland i perioden 2003-2013 (bilag 79) og udviklingen i priserne i Vestdanmark i perioden 2005-2008 (bilag 82).

Elsam har afgivet en erklæring af 20. september 2017 om brændselsforbrug til elproduktion på kraftværker. Det er heri bl.a. anført, idet der er henvist til tre ajourførte dåbsattester, at Enstedværket, blok 3, havde en ”min. last” på ■ MW og en ”max. last” på ■ MW, og at de tilsvarende tal for Studstrupværket, blok 4, var ■ MW henholdsvis ■ MW og for Esbjergværket, blok 3, var ■ MW henholdsvis ■ MW.

Elsam har for landsretten foretaget en række yderligere beregninger, herunder beregninger i tilknytning til bilag B-E. Elsams beregninger er ikke talmæssigt bestridt.

Figur 21, som er et søjlediagram, illustrerer (svarende til Elsams figur 1 på side 198 i Sø- og Handelsrettens dom), at Elsams omsætning i perioden fra 1. januar 2005 til 30. juni 2006 var mindre end Elsams omkostninger på baggrund af data fra test A.

Elsam har i tilknytning til sit anbringende om, at nødvendige og korrekt opgjorte omkostninger fjerner alle timer i bilag B-E, udarbejdet følgende tabel.

Tabel 2: Antal timer i Perioden med en mark-up på over henholdsvis 25%, 50%, 100% og 200% ved anvendelse af en række forskellige benchmarks

| | Elementer i det anvendte benchmark | | | | | Antal timer med en mark-up | | | |
|---|------------------------------------|------|--------|---|--|----------------------------|------------------|-------------------|-------------------|
| | AVC | CO2 | EKF% | Værdiansættelse af produktionsapparatet | Metode for fordeling af AFC og EKF | > 25% (~bilag B) | > 50% (~bilag C) | > 100% (~bilag D) | > 200% (~bilag E) |
| Benchmark-1 (bilag B-E) | Drift | 0% | 0% | Regnskab | Ligeligt fordelt ud på alle timer | 5.078 | 2.920 | 427 | 25 |
| Benchmark-2 (Test A) | Drift | 100% | 10% | Regnskab | Ligeligt fordelt ud på alle timer | 187 | 75 | 18 | 0 |
| Benchmark-3 (Korrigeret Test A: værdiansættelse) | Drift | 100% | 10% | Nedskrevne genanskaffelsesværdier | Ligeligt fordelt ud på alle timer | 66 | 26 | 2 | 0 |
| Benchmark-4 (Korrigeret Test A: værdiansættelse+ EKF) | Drift | 100% | 13,95% | Nedskrevne genanskaffelsesværdier | Ligeligt fordelt ud på alle timer | 39 | 17 | 0 | 0 |
| Benchmark-5 (Korrigeret Test A: alternativ rigid fordeling af FC) | Drift | 100% | 10% | Regnskab | AFC og EKF stadig fordelt ligeligt, men kun til timer med et positivt dækningsbidrag | 29 | 2 | 0 | 0 |
| Benchmark-6 (Korrigeret Test A: alternativ rigid fordeling af FC+ værdiansættelse) | Drift | 100% | 10% | Nedskrevne genanskaffelsesværdier | AFC og EKF stadig fordelt ligeligt, men kun til timer med et positivt dækningsbidrag | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Benchmark-7 (Korrigeret Test A: fordeling af FC efter dækningsbidrag) | Drift | 100% | 10% | Regnskab | AFC og EKF fordelt efter dækningsbidrag | 0 | 0 | 0 | 0 |

Det er under hovedforhandlingen oplyst, at parterne er enige om, at Nord Pool i perioden fra 5. oktober 2005 til 30. juni 2006 fik overdraget kapacitet på kablet fra Kontek-området i Tyskland til Vestdanmark. Der blev overdraget kapacitet i 5.540 timer ud af periodens samlede timetal på 6.455 svarende til 86 %. Der var tale om gennemsnitligt 610,2 MWh i de 5.540 timer og 523,7 MWh i de 6.455 timer.

Procedure

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for SØ- og Handelsretten. De har endvidere gjort anbringender gældende med tilknytning til SØ- og Handelsrettens dom.

Elsam har supplerende navnlig anført, at Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets

misbrugskonklusion alene er baseret på test A-G. Bilag A-E, som ligger til grund for misbrugskonklusionen i SØ- og Handelsrettens dom, udgjorde således ikke et egentligt grundlag, herunder slet ikke et selvstændigt grundlag for konkurrencemyndighedernes misbrugskonklusion.

Da SØ- og Handelsretten fandt, at den ikke kunne basere sin misbrugsvurdering på test A-G, burde retten have ophævet afgørelsen eller i det mindste hjemvist sagen. SØ- og Handelsretten valgte imidlertid at introducere en ny og væsentlig anderledes misbrugstest, som retten selv havde udviklet.

Ifølge SØ- og Handelsretten kan der kun foreligge misbrug i form af urimeligt høje priser, hvis Elsam har opnået priser i enkelttimer, der (i) er uden sammenhæng med summen af Elsams omkostninger – uanset hvorledes disse afgrænses – og markedsprisen på CO₂-kvoter tillagt en passende egenkapitalforrentning, og (ii) i øvrigt i væsentligt omfang overstiger prisen på et marked med effektiv konkurrence; og (iii) det er sket i et ikke-uvæsentligt omfang.

SØ- og Handelsrettens misbrugstest indeholder således tre kumulative betingelser; to benchmarks, der begge skal være væsentligt oversteget (betingelse (i) og (ii)), samt en betingelse om, at dette skal være tilfældet i et ikke-uvæsentligt antal enkelttimer (betingelse (iii)).

SØ- og Handelsrettens misbrugstest er en enkelttimetest, hvor vurderingen foretages time for time på baggrund af oplysninger om priser og omkostninger i de pågældende enkelttimer. Dette er ikke alene et opgør med den helt grundlæggende forudsætning i Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets afgørelser om, at Elsam har ret til over tid at få dækket sine samlede omkostninger, men er også uforeneligt med retsgrundlaget.

I relation til det første benchmark i SØ- og Handelsrettens misbrugstest foreligger der ikke det fornødne grundlag for at fastslå, at Elsam i et ikke-uvæsentligt omfang i enkelttimer har påtvunget priser, der er uden sammenhæng med Elsams omkostninger. Dermed er betingelse (i) og (iii) ikke opfyldt.

Sø- og Handelsrettens konklusion om, at Elsam skulle have påtvunget urimeligt høje priser, er udtrykkeligt alene baseret på bilag A-E.

Bilagene mangler dog en række centrale omkostningselementer, som rettelig indgår i Elsams omkostninger, og som også er medtaget i test A. Endvidere er ét af de omkostningselementer, der indgår i bilagene, opgjort og fordelt forkert.

Bilag A-E indeholder således ikke oplysninger om EKF, og bilag B-E indeholder heller ikke omkostningerne til CO₂-kvoter. Både styrelsen, rådet og ankenævnet anså EKF og CO₂ som poster, der skulle tillades dækket. Tilsvarende angav Sø- og Handelsretten, at der skulle medregnes "en passende egenkapitalforrentning" og "markedsprisen på CO₂-kvoter".

I bilag A-E er AFCregn endvidere fejlagtigt opgjort for lavt. Ligesom i test A er AFCregn således væsentligt lavere end Elsams reelle faste omkostninger. Det skyldes for det første, at de faste omkostninger skal opgøres til alternativomkostningsværdi baseret på nedskrevne genanskaffelsesværdier, og for det andet at AFCregn specifikt i 1. halvår 2006 er opgjort for lavt.

Sø- og Handelsretten anvender desuden de af styrelsen rigtigt fordelte faste omkostninger i bilag A – E uden at inkludere et over tid element, såsom et prisvariationstilæg. Det medfører, at de faste omkostninger ender med at skabe et kunstigt billede af gevinster i enkelttimer.

De faste omkostninger skal rettelig fordeles efter dækningsbidrag, således at de kun fordeles til de timer – og kun i det omfang – hvor prisen overstiger de variable omkostninger. Hvis retten – i strid med markedsforholdene – måtte finde, at de faste omkostninger skal fordeles rigtigt ud, gøres det alternativt gældende, at de faste omkostninger i hvert fald kun skal fordeles ud over de timer, hvor prisen dog overstiger de variable omkostninger.

Når der mangler omkostninger, og omkostningerne er fordelt forkert, er beregning af en mark-up intetsigende. En positiv mark-up skyldes således, at prisen kun sammenlignes med en (mindre) andel af omkostningerne.

Hvis det oprindelige benchmark anvendt i bilag B-E (benævnt "Benchmark-1" i Tabel 2) korrigeres for blot enkelte fejl, vil dette fuldstændigt eliminere antallet af timer i bilag D-E (mere end 100 % markup) og helt eller stort set eliminere antallet af timer i bilag B-C (mere end 25 % markup). Dermed er der allerede af den grund ikke basis for at fastslå, at prisen oversteg omkostningerne i et ikke-uvæsentligt antal enkelttimer.

Tabel 2 viser antallet af timer med en mark-up på over henholdsvis 25 % (kriteriet anvendt i bilag B), 50 % (kriteriet anvendt i bilag C), 100 % (kriteriet anvendt i bilag D) og 200 % (kriteriet anvendt i bilag E) ved anvendelse af en række forskellige benchmarks, hvor nogle af ovennævnte fejl rettes på skift og i kombination med hinanden. Parterne er enige om samtlige bagvedliggende beregninger til Tabel 2. Uanset hvilket af ovennævnte benchmark 2 til 7, der anvendes, er der ikke grundlag for at fastslå, at prisen har oversteget omkostningerne i et ikke-uvæsentligt antal enkelttimer.

I perioden var der i alt 13.103 timer. Som det fremgår af Tabel 2, var der 5.078 af disse timer, hvor prisen oversteg Benchmark-1 med 25 %, hvoraf der var 2.920 timer, hvor prisen oversteg benchmarket med 50 %. Ud af disse timer var der 427 timer, hvor prisen oversteg benchmarket med 100 %, mens prisen i 25 af disse timer oversteg benchmarket med 200 %.

Det betyder, at der var hele 8.025 timer i perioden, hvor prisen ikke oversteg Benchmark-1 med mere end 25 %. I størstedelen af disse – i alt 6.113 timer – var prisen endda lavere end benchmarket.

Blot ved at inkludere CO₂ og en EKF på 10 % – så det svarer til omkostningsbenchmarket fra test A (i Tabel 2 benævnt "Benchmark-2") – falder antallet af timer med en mark-up på over 25 % dramatisk fra 5.078 til blot 187. Der er altså kun 187 timer i hele perioden, hvor prisen på det volatile elmarked oversteg omkostningsbenchmarket fra test A med mere end 25 %. Ud af disse var der kun 18 timer, hvor prisen oversteg benchmarket med 100 %, og ingen timer, hvor prisen oversteg benchmarket med mere end 200 %. Benchmark-2 tager dog langt fra hensyn til alle Elsams reelle omkostninger.

Benchmark-3 i Tabel 2 svarer til omkostningsbenchmarket fra test A med den eneste ændring, at værdiansættelsesfejlen rettes således, at produktionsapparatet opgøres til dets nedskrevne genanskaffelsesværdi. Selvom der i øvrigt anvendes samme omkostninger som i test A, herunder en tilladt EKF på kun 10 %, medfører denne opgørelse af Elsams produktionsapparat således, at der kun identificeres 66 timer ud af de i alt 13.103 timer i perioden, hvor prisen oversteg omkostningerne med mindst 25 %. Ud af disse var der kun 2 timer, hvor prisen oversteg omkostningerne med 100 %.

Hvis den tilladte EKF for eksempel sættes til 13,95 % – som er den sats, som opnås efter en korrekt foretaget risikojustering af den gennemsnitlige egenkapitalforrentning i dansk industri – opnås en yderligere væsentlig reduktion af antallet af timer, hvor prisen overstiger omkostningerne. Et omkostningsbenchmark svarende til Benchmark-3, med tillæg af tilladt EKF på 13,95 % i stedet for 10 %, omtales i Tabel 2 som "Benchmark-4". Som det fremgår af Tabel 2, er der ikke én eneste time i hele perioden, hvor prisen oversteg Benchmark-4 med mere end 100 %. Endvidere er der kun 39 timer ud af de i alt 13.103 timer i perioden, hvor prisen oversteg benchmarket med 25 %. Ovenstående væsentlige reduktioner af antallet af timer sker, selvom de faste omkostninger (inkl. EKF) fortsat fordeles rigtigt ud over alle producerede mængder.

Benchmark-5 i Tabel 2 svarer til omkostningsbenchmarket i test A med den eneste ændring, at de faste omkostninger (inkl. EKF) kun fordeles ligeligt til timer, hvor prisen overstiger de variable omkostninger. Som det fremgår af Tabel 2, er der derefter kun 29 timer i perioden, hvor prisen oversteg Benchmark-5 med mere end 25 %. Ud af disse var der kun 2 timer, hvor prisen oversteg omkostningerne med 50 %.

Et omkostningsbenchmark svarende til Benchmark-5, hvor værdiansættelsesfejlen dog også rettes på samme måde som i Benchmark-3, omtales i Tabel 2 som "Benchmark-6". Som det fremgår af Tabel 2, er der ikke én eneste time i hele perioden, hvor prisen oversteg Benchmark-6 med mere end 25 %. Dette gælder selvsagt også, hvis der anvendes en tilladt EKF på 13,95 % i stedet for 10 %. Som nævnt svarer Benchmark-5 til Benchmark-2 (test A) med den eneste undtagelse, at de faste omkostninger (inkl. EKF) ikke fordeles ligeligt ud på alle timer, men kun ligeligt ud på de timer, hvor prisen dog overstiger de variable omkostninger. Selvom Benchmark-5 således i højere grad tager hensyn til markedets volatile natur end styrelsens Benchmark-2, tager det dog ikke fuldt ud hensyn til markedsforholdene.

Tages der fuldt ud hensyn til markedsforholdene således, at de faste omkostninger kun fordeles til de timer – og kun i det omfang – hvor prisen overstiger de variable omkostninger ("Benchmark-7" i Tabel 2), er der ikke én eneste time i hele perioden, hvor prisen oversteg dette Benchmark-7 med mere end 25 %.

Sø- og Handelsretten formulering "uanset hvorledes disse afgrænses" må forstås således, at betingelsen om, at Elsam i et ikke-uvæsentligt omfang har opnået priser i enkelttimer, som er uden sammenhæng med Elsams omkostninger, kun kan anses for at være opfyldt, hvis Elsams priser (væsentligt) overstiger de relevante omkostninger på baggrund af enhver rimelig metode til opgørelse af omkostningerne. Såfremt der findes én eller flere rimelige metoder til opgørelse af Elsams omkostninger, på baggrund af hvilke(n) priserne ikke overstiger de relevante omkostninger (væsentligt), vil betingelsen således ikke være opfyldt. Denne forståelse er i overensstemmelse med det i praksis fastslåede grundlæggende princip, at enhver usikkerhed skal komme Elsam til gode. På denne baggrund giver bilag A-E ikke grundlag for Sø- og Handelsrettens konklusion om, at Elsam i "et ikke-uvæsentligt omfang" skulle have påtvunget priser, der (væsentligt) oversteg Elsams omkostninger.

Udover de omkostningselementer, som er inddraget i Tabel 2, skal der tages hensyn til en række yderligere omkostningselementer, som også enten helt mangler i bilag A-E eller er fordelt forkert.

Elsam har ikke beregnet størrelsen af de yderligere omkostningselementer. Det har indtil nu ikke været relevant, da test A er en over tid-test, hvor de allerede medtagne omkostninger oversteg indtægterne. Tabel 2 viser derudover, at der ikke er noget grundlag for en misbrugskonklusion allerede baseret på de i tabellen opgjorte omkostninger. Der er imidlertid tale om omkostningselementer af en betydelig størrelse, som skal opgøres, hvis landsretten måtte anvende Sø- og Handelsrettens timetest. Styrelsen har imidlertid ikke taget initiativ til at få dem opgjort for på denne måde at forsøge at løfte sin bevisbyrde. Også af denne grund kan landsretten ikke opretholde misbrugskonklusionen baseret på Sø- og Handelsrettens test.

Bilag A-E indeholder således ikke de fulde omkostninger forbundet med værkernes egetforbrug af el ved elproduktion, hverken i AVCdrift eller i øvrigt. Det betyder, at værkernes brændselsforbrug underestimeres i bilag A-E. Desuden er AVCdrift baseret på marginalforbruget ved max. last. Idet AVCdrift i bilag A-E er baseret på brænd-

selsomkostningerne ved max. last, tages der ikke hensyn til merbrændselsforbruget i de timer, hvor ét eller flere værker har kørt i overlast.

De af styrelsen beregnede værdier for AFCregn indeholder derudover visse omkostninger, som rettelig er variable omkostninger og ikke faste omkostninger. Således er Elsams startomkostninger, dvs. de omkostninger, der er forbundet med at sætte et kraftværk i drift, indregnet i AFCregn og fordelt rigtigt ud på enkelttimer, selvom de rettelig vedrører de specifikke timer, som begrundes, at værket startes op. Den rigide fordeling af startomkostningerne er fejlagtig, når der ses på priser i enkelttimer. Her skal startomkostningerne fordeles til de timer, som de rent faktisk vedrører. Startomkostningerne er meget betydelige.

Der foreligger heller ikke i SØ- og Handelsrettens enkelttimetest det fornødne grundlag for at fastslå, at Elsam i et ikke-uvæsentligt omfang i enkelttimer har påtvunget priser, der oversteg de priser, der ville være dannet på et hypotetisk vstdansk elmarked med effektiv konkurrence. Dermed er betingelse (ii) i SØ- og Handelsrettens misbrugstest heller ikke opfyldt, og også af den grund er betingelse (iii) ikke opfyldt.

Det andet benchmark i SØ- og Handelsrettens enkelttimetest svarer til udgangspunktet for vurderingen af urimeligt høje priser, som fremgår af den ledende dom på området, EU-Domstolens afgørelse i *United Brands*, præmis 249. Det fremgår heraf, at der ikke kan foreligge misbrug i form af urimeligt høje priser, hvis de påtvungne priser ligger på et niveau, som kunne være opnået under "en normal og tilstrækkelig effektiv konkurrence" – det vil sige en grad af konkurrence svarende til den, som ses på mange forskellige markeder. Dette betegnes i det følgende blot som "effektiv konkurrence".

Rådsafgårelsen og test A forsøger at fastlægge den gennemsnitlige pris over tid på et hypotetisk vstdansk elmarked med effektiv konkurrence. Her vil en virksomhed ifølge rådsafgårelsen og økonomisk teori opnå dækning for samtlige omkostninger og herudover opnå en rimelig forrentning. Prisen time for time på et hypotetisk vstdansk elmarked med effektiv konkurrence er derimod ikke på noget tidspunkt blevet fastlagt i sagen, heller ikke af SØ- og Handelsretten. En sådan øvelse ville også have forudsat en lang række oplysninger, som slet ikke indgår i sagen.

Selvom Sø- og Handelsretten ikke har fastlagt den hypotetiske pris time for time, anfører retten ikke desto mindre uden videre, at prisen "i et ikke-ubetydeligt antal timer i den relevante periode anses for klart at have oversteget den pris, som Elsam efter rettens vurdering kunne have opnået på et marked med effektiv konkurrence".

Ud over ovenstående postulat indeholder Sø- og Handelsrettens præmisser alene den generelle udtalelse, at prisen i Vestdanmark er "uden sammenhæng med [...] prisen på el fra Norge og Sverige, hvorimod der i mange af disse timer er en meget klar sammenhæng med prisen på det tyske marked, som er et højpris-marked". Som det fremgår af bilag A, var de vstdanske priser i visse timer højere end de norske og svenske priser og på niveau med de tyske priser. Dette underbygger dog ikke på nogen måde rettens konklusion om, at priserne i de pågældende timer skulle overstige den pris, som ville blive dannet på et hypotetisk vstdansk elmarked med effektiv konkurrence. Hvis det var tilfældet, ville det logisk set forudsætte, at priserne på et vstdansk elmarked med effektiv konkurrence time for time ville være (i) på niveau med priserne i Norge og Sverige og (ii) væsentlig lavere end priserne i Tyskland. Der er imidlertid ingen oplysninger i sagen, som understøtter, at dette skulle være tilfældet. Allerede som følge af forskellene i produktionsteknologierne var det forventeligt, at priserne i Vestdanmark i mange timer lå væsentligt højere end priserne i Norge og Sverige og i mange timer lå på niveau med eller endda over priserne i Tyskland. Det støttes også af rådsafgørelsen.

Konkurrencerådet gør gældende, at prisen på et hypotetisk vstdansk elmarked med effektiv konkurrence vil tendere mod den laveste nabolandspris, fordi der ikke ville være nogen begrænsninger på transmissionskablerne til Sverige og Norge. Selvom fastsættelsen af prisen på et marked med effektiv konkurrence er udtryk for en hypotetisk præget vurdering, hvor markedsprisen fastlægges i et kontrafaktisk scenarie, skal der imidlertid tages udgangspunkt i de faktiske markedsforhold, som gælder på det marked, som den undersøgte virksomhed agerer på. Det fremgår direkte af forarbejderne til konkurrencelovens § 11. Hvis der skal foretages en korrektion i de faktiske markedsforhold, er den eneste korrektion, som grundlæggende skal gennemføres ved den hypotetisk prægede analyse, således en opløsning af den undersøgte virksomheds dominerende position ved i analysen at fordele noget af den undersøgte virksomheds produktionskapacitet ud på en eller flere konkurrerende virksomheder. Alle de øvrige markedsforhold, som den undersøgte virksomhed er underkastet, skal

forblive uændret. Det er således ikke retvisende pludseligt at antage, at en dyrere produktion, som hidtil har været nødvendig, erstattes med ikke-eksisterende billigere produktion, eller at transmissionskabernes kapacitet pludselig udvides voldsomt, således at der ikke skulle være tekniske begrænsninger på importen fra nabolandene.

Konkurrencerådet gav for SØ- og Handelsretten udtryk for at have foretaget en enkelt-timetest baseret på Elsams marginale produktionsomkostninger i 2005 og 2006 for det dyreste værk i hver time. Beregningen omfattede imidlertid kun AVCdrift og CO₂ for de relevante værker. Dermed medregnede den ikke de øvrige kortsigtede marginalomkostninger, herunder værkernes egetforbrug af el, overlastproduktion, havaririsiko samt opstart af og slid på værker. Imidlertid oversteg selv disse alt for lavt opgjorte produktionsomkostninger både de svenske og norske priser i hele 97 % af alle timerne i perioden. Parterne er enige om beregningen af de 97 %. Selv hvis priserne på et hypotetisk vstdansk elmarked med effektiv konkurrence ville svare til de kortsigtede marginalomkostninger, ville priserne således ikke generelt være mindre end eller på niveau med de laveste nabolandspriser.

Det forhold, at de vstdanske priser i en række enkelttimer er højere end priserne i Norge og Sverige og på niveau med priserne i Tyskland, kan således ikke understøtte en misbrugskonklusion.

Det er endvidere værd at bemærke, at styrelsen end ikke har forsøgt at fremlægge ny dokumentation eller nogen form for beregninger til støtte for SØ- og Handelsrettens postulat om, at der i henhold til rettens nye test skulle foreligge misbrug. Det er tilfældet, selvom styrelsen fortsat bærer bevisbyrden, og selvom Elsam er fremkommet med en række relevante faktuelle oplysninger og har foretaget en lang række beregninger, hvor SØ- og Handelsrettens enkelttimetest anvendes. Beregningerne – som parterne er enige om – dokumenterer alle, at også rettens test fører til, at der ikke foreligger misbrug, når blot mere fuldstændige oplysninger anvendes.

SØ- og Handelsrettens misbrugstest indebærer desuden reelt et forvaltningsretligt skøn, som retteligt skulle være foretaget af konkurrencemyndighederne. Elsam er ikke bekendt med nogen fortilfælde inden for konkurrenceretten – eller andre retsområder – hvor en domstol på tilsvarende måde ved prøvelsen af en forvaltningsafgørelse har tilsidesat myndighedernes vurdering og derefter foretaget en selvstændig skøns-

mæssig vurdering baseret på en – af retten selv udviklet – ny og væsentlig anderledes misbrugstest.

Elsam gav ikke noget samtykke til dette, hverken skriftligt, mundtligt eller stiltiende. Elsam blev slet ikke spurgt af retten, og retten gjorde ikke Elsam opmærksom på den betydning, som retten tilsyneladende tillagde styrelsens anmodning. Bemærkningen i den indankede dom, side 500, om, at "Elsam har ikke udtalt sig herimod", blev først introduceret i dommen. Retsbogen fra den pågældende retsdag angav da også alene, at styrelsen "opfordrede retten til frem for at hjemvise sagen, såfremt dette kunne være en mulighed, i stedet at tage stilling til hele sagens substans". Styrelsens énsidige opfordring til SØ- og Handelsretten kan naturligvis ikke udvide rettens kompetence til skade for Elsam. Under alle omstændigheder var SØ- og Handelsretten ikke berettiget til at anvende sin selvstændige misbrugstest, uden at der var tilvejebragt det fornødne bevismæssige grundlag.

Det var også i strid med kontradiktionsprincippet, at Elsam ikke fik lejlighed til at forholde sig til udformningen af SØ- og Handelsrettens nye og væsentligt anderledes misbrugstest med tilhørende faktum. Det var således først ved modtagelsen af dommen, at Elsam blev opmærksom på det forhold, at SØ- og Handelsretten havde anvendt en ny og væsentligt anderledes misbrugstest, den nærmere udformning af testen og det anvendte faktum. SØ- og Handelsretten kunne på et hvilket som helst tidspunkt have indhentet Elsams kommentarer, herunder i medfør af retsplejelovens § 339, stk. 2, men valgte altså ikke at gøre dette.

SØ- og Handelsretten var heller ikke berettiget til at opretholde Konkurrenceankenævnets afgørelse uden i det mindste at angive, i hvilke timer Elsams priser i hvert fald ansås for at være urimeligt høje. Det er et grundlæggende retssikkerhedsmæssigt princip – både i henhold til dansk ret og EU-retten – at en afgørelse om overtrædelse af konkurrencereglerne skal indeholde en klar og præcis begrundelse for den konstaterede overtrædelse, som skal identificeres. Den indankede dom giver ingen reel angivelse af eller vejledning om, hvilke timer i bilag A-E der ligger til grund for misbrugskonklusionen. Der henvises blot til "et ikke-ubetydeligt antal enkelt timer", "mange af disse timer" og "et ikke-ubetydeligt omfang", uden at angive nogen grænseværdi eller i det mindste identificere blot nogle af timerne.

Konkurrencerådet har supplerende navnlig anført, at der ikke – således som det er anført af SØ- og Handelsretten – med henvisning til skønsmændenes erklæringer er grundlag for at se bort fra misbrugstest A-G i den samlede vurdering af, om Elsam har misbrugt sin dominerende stilling. Konkurrencerådet fastholder således, at misbrugstest A-G er relevante og kan inddrages i den samlede misbrugsvurdering, men naturligvis med de forbehold, som fremgår af ankenævnets kendelse.

Konkurrencerådet kan i øvrigt tiltræde SØ- og Handelsrettens vurdering af, at der også – selv om der bortses fra misbrugstest A-G – er tilstrækkeligt grundlag i sagens øvrige oplysninger til at statuere misbrug som sket.

SØ- og Handelsretten har lagt vægt på, at misbrugsvurderingen skal tage udgangspunkt i prissætningen i de enkelte timer, og at Elsams hovedanbringende om, at misbruget skal ses samlet over hele perioden, ikke er holdbart (over tid-betragtningen).

Dernæst anfører SØ- og Handelsretten, at det relevante for at bedømme, om der foreligger misbrug, er, om det kan dokumenteres, at (i) Elsam i et ikke uvæsentligt omfang (ii) som følge af sin prisindmeldingsstrategi og den måde, man kunne forudse, hvordan markedet ville fungere på, har opnået priser i enkelttimer, som er uden sammenhæng med Elsams omkostninger – uanset hvorledes disse afgrænses – og markedsprisen på CO₂-kvoter tillagt en passende egenkapitalforrentning, og (iii) som i øvrigt i væsentligt omfang overstiger prisen på et marked med effektiv konkurrence.

Hvad angår spørgsmål (i) ”i et ikke uvæsentligt omfang”, så må omtalen heraf i dommen antages at referere både til antallet af enkelttimer, hvor der ikke er sammenhæng mellem pris og omkostninger, og til forskellen mellem prisen og omkostningerne i de enkelte timer. Det er således ikke rigtigt, når Elsam anfører, at det kun er et spørgsmål om antallet af enkelttimer.

I forhold til (ii) og (iii) har SØ- og Handelsretten lagt vægt på, at retten – på grundlag af Elsams ledelses skriftlige instruks til medarbejderne – har fundet det bevist, at Elsam i hele den relevante periode har baseret sine prisindmeldinger på en naboprisstrategi. Allerede af denne grund konstaterer SØ- og Handelsretten, at Elsam derfor ikke ved prisindmeldingerne har taget udgangspunkt i omkostninger – uanset hvorledes disse afgrænses – alternativværdien af CO₂-kvoter eller egenkapitalforrentning.

Sø- og Handelsretten henviser i forlængelse heraf til den måde, som man kunne forudse, at markedet ville fungere på, hvis der havde været effektiv konkurrence. Denne henvisning må forstås i lyset af, at naboprissstrategien var udtryk for en misbrugsstrategi, der skulle sikre, at Elsam kunne udnytte sin særlige markedsposition til at tjene mest muligt på be-
kostning af kunderne.

Både Elsams prisindmeldingsstrategi og den måde, det kunne forudses, hvordan markedet ville fungere på, underbygger dermed, at Elsam har opnået priser i enkelttimer, der er uden sammenhæng med Elsams omkostninger – uanset hvorledes disse afgrænses – alternativværdien af CO2-kvoter eller egenkapitalforrentning.

Det er værd at bemærke, at Sø- og Handelsretten herved ikke henviser til det såkaldte prisvariationstillæg, der er indeholdt i teststørrelsen i misbrugstest A.

Samlet er der ikke tvivl om, at Sø- og Handelsretten med rette har fundet, at Elsam har opnået priser i enkelttimer, der er uden sammenhæng med Elsams omkostninger – uanset hvorledes disse afgrænses – alternativværdien af CO2-kvoter eller egenkapitalforrentning, og som har oversteget den pris, som Elsam kunne have opnået på et marked med effektiv konkurrence. Elsam har ikke kunnet give en objektiv forklaring på sine prisindmeldinger i de enkelte timer baseret på konkret dokumentation for de faktiske forhold i de enkelte fremdragne timer i bilagene.

Det kan ikke, som angivet af Elsam, udledes af dommen, at der gælder et særskilt krav om, at en pris kun kan være urimeligt høj, hvis ”Elsams priser væsentligt overstiger de relevante omkostninger på baggrund af enhver rimelig metode til opgørelse af omkostningerne”, og at ”betingelsen” ikke vil være opfyldt, såfremt der blot findes én rimelig metode til opgørelse af Elsams omkostninger, på baggrund af hvilken priserne ikke overstiger omkostningerne væsentligt.

Det er således ikke afgørende, om Elsam evt. måtte kunne påvise, at virksomhedens omkostninger efter en metode (der ikke er afspejlet i regnskaberne eller i øvrigt på anden vis dokumenteret at være udtryk for Elsams reelle (alternativ-)omkostninger) teoretisk set måtte kunne opgøres på en sådan måde, at den dominerende virksomheds priser ikke oversti-

ger de på denne måde opgjorte ”omkostninger” set over tid, navnlig ikke når misbruget skal vurderes i enkelttimer og ikke ud fra Elsams over tid-betragtning.

Elsam gør gældende, at ankenævnets misbrugskonklusion ikke er baseret på en selvstændig inddragelse af bilag A-F, og at bilagene i øvrigt ikke udgør det fornødne faktuelle grundlag for en misbrugskonklusion. Elsams bemærkninger beror på en misforståelse af ankenævnets kendelse samt af bilag A-F’s formål og indhold. Konkurrenceankenævnets afgørelse bygger således på en samlet vurdering af en lang række forhold, herunder den omfattende selvstændige analyse af Elsams konkrete adfærd i hver enkelt af de ved misbrugstesten udpegede kritiske timer, herunder svingningerne i priserne fra time til time, forholdet til priserne i nabolandene og forholdet mellem Elsams produktionsomkostninger og de indmeldte priser, som er indeholdt i bilag A-F.

Bilag A og F giver en meget udførlig redegørelse for Elsams faktiske adfærd i hver af de kritiske timer. Bilagene viser mange eksempler på, at Elsam sætter en pris i Vestdanmark, som er urimeligt høj – i visse timer endog højere end højeste nabolandspris – og helt uden sammenhæng med Elsams omkostninger i de pågældende timer. Eksemplerne viser, at Elsam ved sin adfærd kan sætte de normale mekanismer for prisdannelsen på markedet ud af kraft, således at prissætningen udviser nogle helt urimeligt store og uforudsigelige svingninger i opadgående retning. Bilag B-E viser også, at Elsam har haft en betydelig profitmargin i mange timer i den undersøgte periode.

Bilag A-F indeholder således en klar og utvetydig dokumentation for, at Elsam i en lang række timer har opnået priser, der er uden sammenhæng med omkostningerne og ligger endog meget højt – i mange tilfælde over 100 % og i nogle tilfælde over 200 % – over de i forvejen i forhold til Elsams regnskabsførte omkostninger meget konservativt opgjorte omkostninger.

Elsam angiver, at bilag A-F mangler EKF, selv om skønsmændene og rådet er af den opfattelse, at egenkapitalforrentningen udgør en del af Elsams samlede omkostninger. Elsams bemærkninger fordrejer indholdet af bilagene, og hvad bilagene er brugt til at vise. Bilag A-F viser således et andet og selvstændigt aspekt af den manglende sammenhæng mellem Elsams omkostninger og de indmeldte priser, der går ud over analysen i misbrugstest A og B. Hertil kommer, at størrelsen af EKF fremgår af sagens øvrige oplysninger og uden vanskeligheder kan inddrages i vurderingen af forholdet mellem priserne og ATC i bilag A-F.

Elsams indsigelser om, at bilag B-E ikke indeholder CO₂-tillægget fordrejer også på dette punkt indholdet af bilagene, og hvad bilagene er brugt til at vise. Bilag B-E viser således som nævnt et andet og selvstændigt aspekt af den manglende sammenhæng mellem Elsams omkostninger og de indmeldte priser, der går ud over analysen i misbrugstest A (og B). Hertil kommer, at størrelsen af CO₂-tillægget (som ikke nødvendigvis udgør en reel alternativomkostning og desuden fremgår af bilag A) fremgår af sagens øvrige oplysninger og uden vanskeligheder kan inddrages i vurderingen af forholdet mellem priserne og ATC i bilag B-E.

Elsam har for landsretten gjort gældende, at bilag A-F ikke indeholder omkostninger forbundet med værkeres egetforbrug af el. Oplysningerne er udokumenterede og angår ikke alle de relevante værker, ligesom den angivelige størrelse af de pågældende omkostninger ikke er angivet eller søgt beregnet af Elsam. Under alle omstændigheder er forholdet det, at de pågældende omkostninger indgår i ATC i bilag A-F, i det omfang de er regnskabsført.

Elsam har for landsretten gjort gældende, at bilag A-F ikke indeholder omkostninger forbundet med merbrændselsforbrug ved overlastproduktion. Oplysningerne om merbrændselsforbruget ved overlast er også udokumenterede, ligesom den angivelige størrelse af de pågældende omkostninger ikke er angivet eller beregnet. Under alle omstændigheder er forholdet også i forhold til disse omkostninger, at de indgår i ATC i bilag A-F, i det omfang de er regnskabsført. AVCdrift er i den forbindelse opgjort ved maksimal last, hvilket overvurderer de reelle omkostninger, idet værkerne netop ikke har kørt på maksimal last i alle timerne.

Elsams anbringender om opgørelsen af AFC er sammenfaldende med bemærkningerne om værdiansættelse af produktionsapparatet og den såkaldte forudsætning B, der er uholdbare.

Elsam gør også gældende, at bilag A-F ikke tager højde for en korrekt fordeling af opstartsomkostningerne. Opstartsomkostninger og alle øvrige faste regnskabsførte omkostninger er indeholdt i AFC. Elsam har selv tilkendegivet, at opstartsomkostningerne ikke kan fordeles på en tilfredsstillende måde på enkelttimer.

Elsams bemærkninger om, at omkostningerne i bilag A-F ikke er korrekt fordelt, er identisk med den tilsvarende indsigelse mod teststørrelsen i misbrugstest A. Synspunkterne bygger dermed på en række af Elsams uholdbare over tid-betragtninger.

Elsams bemærkninger om bilag B-E er således udtryk for, at Elsam fordrejer indholdet af bilagene, og hvad bilagene er brugt til at vise. Bilag B-E belyser Elsams priser i forhold til ATC i de enkelte timer, dvs. en profitmargin-test, der måler indtjeningen i hver time.

Elsams ændringer af omkostningsgrundlaget i bilagene med tilhørende reberegninger kan ikke ændre på de konklusioner, der kan drages på baggrund af bilagene. Det skal fremhæves, at omkostningerne (ATC) i bilag B-E i forvejen er konservativt opgjort, og at Elsams ændringer ikke, som anført af Elsam, blot er udtryk for "enkelte justeringer af benchmarket" anvendt i bilag A-E. Elsams "enkelte justeringer" er udtryk for, at Elsam forhøjer omkostningerne i betydeligt omfang, herunder med omkostninger som ikke nødvendigvis er udtryk for Elsams reelle alternativomkostninger.

I realiteten er reberegningerne udtryk for, at Elsam gør de samme indsigelser gældende, som Elsam tidligere har fremført i relation til fastlæggelsen af de tilsvarende elementer i teststørrelsen i misbrugstest A. Her skal det fremhæves, at teststørrelsen i misbrugstest A skal være betydeligt mere end dobbelt så høj, som den af rådet anvendte teststørrelse (og som i forvejen langt overstiger Elsams regnskabsførte omkostninger), hvis der ikke skal identificeres kritiske timer i misbrugstest A. Teststørrelsen i misbrugstest A skal forhøjes, til den er ca. 6 gange så høj som Elsams regnskabsførte omkostninger og ca. 4 gange så høj som den gennemsnitlige markedspris på det relevante marked i den undersøgte periode, hvis der ikke skal identificeres kritiske timer. Dette gælder tilsvarende for størrelsen af Elsams alternative benchmark anvendt i de nye beregninger på baggrund af bilag B-E.

Den matematiske rigtighed af Elsams beregninger bestrides ikke, men beregningerne er misvisende og underbygger ikke, at de af Elsam indmeldte priser kan anses for objektivt begrundet i Elsams omkostninger.

Til det af Elsam om benchmark 1 anførte skal det fremhæves, at ATC i bilag B-E i forvejen er konservativt opgjort og i betydelig grad overstiger Elsams regnskabsførte omkostninger. Bilagene undervurderer dermed antallet af timer, hvor Elsam opnår en høj indtjening. Anvendes AVCregn i stedet for AVCdrift i ATC i bilag B-E, så er priserne i perio-

den 2005 – 1. halvår 2006 i mere end 68 % af timerne højere end benchmark 1. Dertil kommer, at det forhold, at Elsam i visse timer ikke opnår priser over benchmark 1, er uden betydning for misbrugsvurderingen.

I benchmark 2 forhøjer Elsam omkostningerne i bilag B-E med EKF og CO2-tillægget, så det svarer til teststørrelsen i misbrugstest A eksklusiv PVT. Benchmark 2 overstiger dermed i betydelig grad Elsams reelle omkostninger. Det er klart, at antallet af timer, hvor priserne overstiger dette – i forhold til de i forvejen konservativt opgjorte omkostninger i bilag B-E – væsentligt forhøjede benchmark 2 med henholdsvis 25 %, 50 %, 100 % og 200 %, vil falde betydeligt.

Det fremhæves herved, at tillægget på henholdsvis 25 %, 50 %, 100 % og 200 % beregnes af den fulde teststørrelse i misbrugstest A eksklusiv PVT. Benchmark 2 med tillæg af de 25 % osv. er dermed højere end teststørrelsen i misbrugstest A, idet PVT i misbrugstest A beregnes af AVCregn og ikke AVCdrift og CO2-tillægget.

Når Elsam anfører, at der kun er 18 timer, hvor prisen oversteg benchmark 2 med 100 %, så er dette derfor ikke et udtryk for, at misbruget kun har fundet sted i få timer. Tværtimod viser det, at selv ved en betydelig forhøjelse af det oprindeligt i bilag B-E anvendte omkostningsgrundlag er der en række timer, hvor Elsams priser har været uforklarligt høje og overstiger det væsentligt forhøjede benchmark 2 med over 100 %.

Elsams benchmark 3 indeholder i forhold til benchmark 2 yderligere en væsentlig forøgelse af de faste omkostninger i form af forhøjede afskrivninger og forhøjelse af egenkapitalen som følge af en uberettiget forhøjelse af produktionsapparatets værdi. Der er af en række grunde ikke belæg for at anvende de af Elsam opgjorte genanskaffelsesværdier i en misbrugstest. De af Elsam angivne genanskaffelsesværdier svarer ikke til alternativomkostningsværdien af værkerne. Udgangspunkt må i stedet tages i de regnskabsførte værdier, der efter årsregnskabsloven skal være retvisende i forhold til værdiansættelsen.

Det kan endvidere ikke lægges til grund, at det vil være muligt på et marked med effektiv konkurrence at opnå priser, som sikrer dækning til omkostninger beregnet med udgangspunkt i en sådan genanskaffelsesværdi.

På trods heraf har Elsam i en række timer opnået priser, der overstiger dette alt for høje benchmark, herunder i enkelte tilfælde med mere end 100 %.

Elsams benchmark 4 indeholder i forhold til benchmark 3 også en forhøjelse af EKF til 13,95 %. Der er ikke belæg for at anvende en så høj EKF. I benchmark 4 beregnes EKF endvidere af en egenkapital, der også er forhøjet på grund af den uberettigede forhøjelse af produktionsapparatets værdi.

På trods heraf har Elsam i en række timer opnået priser, der overstiger dette alt for høje benchmark med mere end 50 %.

Elsam anvender i benchmark 5 omkostningerne i misbrugstest A (eksklusiv PVT), men fordeler herudover de faste omkostninger, AFC, anderledes end i misbrugstest A, idet Elsam ved beregningen af benchmarket fordeler de faste omkostninger, AFC, ligeligt udover de producerede mængder, men kun i de timer, hvor prisen overstiger AVCdrift med tillæg af CO₂-tillægget. Det fører til en forhøjelse af AFC og EKF i benchmarket forhold til teststørrelsen i misbrugstest A, idet AFC og EKF fordeles på færre timer. Fordelingen er udtryk for en delvis anvendelse af bl.a. Elsams uholdbare over tid-betragtning.

Elsam beregner ”dækningsbidrag” til de faste omkostninger ved formlen Dækningsbidrag = Pris - AVCdrift - CO₂. Denne metode undervurderer de timespecifikke dækningsbidrag og giver ikke et retvisende billede af det egentlige regnskabsmæssige dækningsbidrag, idet anvendelsen af AVCdrift og inkluderingen af CO₂-tillægget ikke afspejler Elsams reelle omkostninger.

I stedet henvises til Konkurrencerådets beregninger, hvoraf fremgår, at der efter en mere retvisende beregning har været betydelige positive dækningsbidrag i perioden, også selv om der ikke korrigeres for, at EKF er beregnet af hele egenkapitalen i Elsam og ikke kun af den del af egenkapitalen, der bør fordeles til de centrale værker.

På trods heraf har Elsam i en række timer opnået priser, der overstiger dette alt for høje benchmark med mere end 25 % og i enkelte tilfælde med mere end 50 %. Det kan tilføjes, at prisen i 230 timer er mellem 0-25 % højere end benchmark 5.

I benchmark 6 kombinerer Elsam metoden i benchmark 5 med en forhøjelse af værdiansættelsen af produktionsapparatet, hvorfor det vedrørende benchmark 5 anførte gælder tilsvarende. Om Elsams uholdbare forhøjelse af værdiansættelsen af produktionsapparatet henvises til bemærkningerne om benchmark 3. Det kan tilføjes, at prisen i 6 timer er mellem 0-25 % højere end benchmark 6.

Elsam anvender i benchmark 7 omkostningsgrundlaget i misbrugstest A (eksklusiv PVT), men fordeler kun de faste omkostninger, AFC, og EKF på de enkelte timer, i det omfang prisen i de pågældende timer kan dække dem (dvs. prisen efter Elsams model tillader et positivt ”dækningsbidrag”).

I benchmark 7 udregnes således en totalsum af faste omkostninger, AFC, og EKF, der fordeles i timer, hvor dækningsbidraget (beregnet som Dækningsbidrag = Pris - AVCdrift - CO₂-tillæg) er positivt. Denne metode til beregning af dækningsbidrag er imidlertid misvisende.

Som det fremgår af bemærkningerne vedrørende de enkelte benchmarks, kan Elsams ændringer af omkostningsgrundlaget i bilagene med tilhørende reberegninger ikke ændre på de konklusioner, der på baggrund af bilagene kan drages om Elsams adfærd i de enkelte timer. Tværtimod understøtter beregningerne, at den misbrugskonklusion, som Konkurrenceankenævnet og Sø- og Handelsretten har draget på grundlag af bilagene, er særdeles robust.

Landsretten skal endvidere udelukkende tage stilling til, om der er grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets samlede konklusion om, at Elsam i et ikke uvæsentligt omfang har misbrugt sin dominerende stilling i den undersøgte periode. Landsretten skal derimod ikke fastlægge det præcise omfang af misbruget (den præcise grænse for hvornår en pris er for høj i forhold til priserne på et marked med effektiv konkurrence og de konkrete timer, hvori dette måtte være tilfældet), da det er uden betydning for, om ankenævnets konklusion kan opretholdes. Den præcise afgrænsning af misbrugets omfang henhører i stedet rettelig under den ved Sø- og Handelsretten mod Elsam anlagte erstatningssag, hvor biintervenienterne og de øvrige erstatningsøgende endvidere har mulighed for at varetage deres rettigheder som egentlige parter.

Landsrettens begrundelse og resultat

Af de grunde, som Sø- og Handelsretten har anført, tiltrædes det også efter bevisførelsen for landsretten, at det marked, der skal vurderes, er markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark, og at Elsam på dette marked indtog en dominerende stilling.

Det forhold, at Elsams prisindmeldinger i perioden ikke har været i strid med tilsagnsaftalen af 14. marts 2003, kan endvidere som anført af Sø- og Handelsretten ikke fritage Elsam for at overholde forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF.

Det skal herefter vurderes, om Elsam har misbrugt en dominerende stilling til direkte eller indirekte at påtvinge urimelige priser, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1, og artikel 102 TEUF.

Det fremgår af forarbejderne til konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1, Folketingstidende tillæg A 1996-97 side 3668, med henvisning til praksis fra EU-Domstolen, at der kræves detaljeret bevis for, at der kan statuere urimeligt høje priser. Dette kan ske gennem en analyse af omkostningsstrukturen ved at sammenligne den pågældende vares salgspris med varens produktionspris og dermed fastlægge fortjenstmargenen. På dette grundlag kan det vurderes, om der består et urimeligt forhold mellem de faktisk afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris. I bekræftende fald må det undersøges, om der er tale om påtvingelse af en pris, som enten i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer er urimelig. Andre metoder kan dog også bringes i anvendelse med henblik på at opstille kriterier for, hvornår prisen for en vare er urimelig. Det fremgår endvidere, at det skal afgøres, om prisen klart overstiger, hvad der såvel med hensyn til størrelse som varighed vil kunne opnås på et marked med virksom konkurrence. Den nærmere fastlæggelse af prisen må ske gennem en hypotetisk præget bedømmelse af forholdene, som de ville være i et konkurrencepræget marked.

Konkurrencerådet har på baggrund af en række tests udarbejdet af Konkurrencestyrelsen vurderet, at Elsam i perioden fra 1. januar 2005 til 31. december 2006 har opnået urimeligt høje priser og således misbrugt sin dominerende stilling. Rådets afgørelse er efter en samlet bedømmelse af de foreliggende tests, sagens bilag A-F og de i øvrigt foreliggende op-

lysninger stadfæstet af Konkurrenceankenævnet for så vidt angår perioden fra 1. januar 2005 til 30. juni 2006.

De udførte tests angiver at være foretaget med udgangspunkt i United Brands-testen, hvorefter det i første led vurderes, om der er et urimeligt forhold mellem de faktisk afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris, og i bekræftende fald i andet led vurderes, om prisen i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer er urimelig. Test A er den test, der i første række har identificeret timer med urimelige priser ("kritiske timer"). Test C-G udgør en prøvelse af, om test A-B giver et retvisende resultat.

Test A er generelt beskrevet i Konkurrencerådets afgørelse punkt 393-410 med tabel 20. Det fremgår, at testen har til formål at fastslå, om prisen på el i en given time har været for høj. Der opstilles til brug herfor en teststørrelse, der indeholder fem elementer. De første tre elementer (omkostninger fra regnskabet, omkostninger fordelt time for time samt normalfortjeneste) angives at afspejle United Brands-testens første led, mens de sidste to elementer (prisvariationstillæg og CO₂-tillæg) afspejler testens andet led. Hvis en gennemsnitlig timepris i 3 eller 10 timer overstiger teststørrelsen, identificerer testen disse timer som "kritiske". Det anføres, at misbrugstesten i gennemsnit tillader priser, der overstiger omkostningerne i 2005 med ca. 132 % og i 2006 med 135 %. Test A identificerede 1.484 kritiske timer i 2005 og 2006, heraf 969 i 2005 og 1. halvår 2006, og det anføres af Konkurrencerådet, at Elsam i disse timer har opnået en fortjeneste, der er væsentligt højere, end hvad der kan opnås på et marked med virksom konkurrence.

Twisten under sagen angår navnlig, om test A sammen med sagens øvrige oplysninger er egnet til at identificere priser som urimelige. Konkurrenceankenævnet har anført, at testen har sine svagheder, men at den indgår i en helhed, som må anses for at være en til sagens problemstilling på grundlag af hidtidig praksis rimeligt tilpasset og forsvarligt anvendt analyse. Sø- og Handelsretten har henvist til Konkurrenceankenævnets bemærkninger samt anført, at det yderligere ved syn og skøn er illustreret, at de metoder og data, der indgår i test A, på en række punkter er inkonsistente med økonomisk teori, og at der ikke er foretaget justering som følge af, at Konkurrenceankenævnet begrænsede perioden til 2005 og 1. halvdel af 2006. Retten fandt derfor ikke at kunne basere sin misbrugsvurdering på test A med tilhørende test B-G, men konkluderede i stedet på grundlag af bilag A-E, at Elsam i et ikke-ubetydeligt antal timer i den relevante periode havde oppebåret priser, der klart over-

steg den pris, som Elsam efter rettens vurdering kunne have opnået på et marked med effektiv konkurrence.

Som anført af Konkurrenceankenævnet har Konkurrencerådet ved bedømmelsen af, om Elsam ved indmeldelser på Nord Pool har udvist misbrug, ikke kunnet gøre anvendelse af en alment anerkendt, veletableret metode, idet der var tale om en ny, særegen og kompleks problemstilling.

Konkurrencemyndighederne har valgt at foretage misbrugsvurderingen på basis af en test, der i overensstemmelse med EU-domstolens dom i United Brands-sagen sammenligner priser og omkostninger, hvorefter det vurderes, om prisen i enkelttimer er urimelig. Som sagen således foreligger til prøvelse, skal det vurderes, om de foretagne tests sammenholdt med sagens øvrige oplysninger giver et tilstrækkeligt sikkert grundlag for at fastslå, at Elsam har misbrugt sin dominerende stilling. Landsretten kan i den forbindelse tiltræde det, som Sø- og Handelsretten har anført om en fuldstændig prøvelse af sagens faktiske omstændigheder og om tilbageholdenhed i prøvelsen af konkurrencemyndighedernes faglige skøn.

Et af elementerne i teststørrelsen i test A er prisvariationstillægget. Om baggrunden for at medtage tillægget i teststørrelsen anføres det i Konkurrencerådets afgørelse punkt 477-480, at Elsam i 40 % af timerne er nødsaget til at producere el, selv om prisen er lavere end Elsams gennemsnitlige totale omkostning tillagt en normalfortjeneste. Den mistede indtjening opgøres som den realiserede markedspris i forhold til den pris, der præcis ville give Elsam en fortjeneste svarende til normalfortjenesten, og det anføres, at Elsam skulle have mulighed for at indhente den mistede indtjening ved i andre timer at opnå en højere fortjeneste.

Tillægget er illustreret grafisk i figur 5, og det er i tilknytning hertil oplyst, at der ved beregningen af tillægget er foretaget en konservativ vurdering ud fra forsigtighedshensyn, således at Elsam overkompenseres med 71 %. Det anføres videre, at der ikke er belæg for at påstå, at tillægget ikke tillader Elsam en compensation for tab i timer med lave priser.

I forbindelse med behandlingen af sagen for Konkurrenceankenævnet blev der stillet spørgsmål til det element i teststørrelsen, der vedrører normalfortjeneste, og Konkurrencestyrelsen udarbejdede notatet af 21. september 2007 om opgørelsen af compensationen ved

prisvariationstillægget baseret på en normalforrentning på 14 % i stedet for på 10 % som forudsat i Konkurrencerådets afgørelse. Af notatet fremgår, at der efter en sådan forhøjelse af forrentningen ville være tale om en overkompensation på 21 %, idet Elsam blev kompenseret med 999.038.793 kr. mod et tab på 826.379.941 kr. I proceduren for nævnet gentog rådet, at der ikke var belæg for, at Elsam i testen ikke kompenseres for tab i perioder med lav indtjening. Tværtimod viste rådets beregninger, at Elsam blev overkompenseret ved det anvendte tillæg.

Landsretten lægger til grund, at Konkurrencerådets afgørelse, som stadfæstet af Konkurrenceankenævnet, bygger på en forudsætning om, at prisvariationstillægget havde en sådan størrelse, at det dækkede Elsams samlede mistede indtjening i timer med lave priser (under sagen benævnt Krone-For-Krone-Metoden, jf. også forudsætning A i skønstemaet).

Elsam har i relation til prisvariationstillægget navnlig gjort gældende, at det er en fejl, at tillægget i 10 sammenhængende timer ikke dækker den mistede fortjeneste, og at opgørelsen af de omkostninger, som tillægget skal dække, er forkert. Disse indsigelser blev ikke prøvet af Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet, da Elsam efter det oplyste først er blevet opmærksom herpå i forbindelse med retssagen.

Det fremgår af Konkurrencerådets afgørelse punkt 483, at tillægget ved 10 sammenhængende timer er mindre end tillægget ved 3 sammenhængende timer. Der er enighed om, at oplysningen om, at prisvariationstillægget overkompenserede Elsam, er korrekt i relation til beregningen af tillægget ved 3 sammenhængende timer, jf. punkt 482, men at tillægget ved 10 sammenhængende timer gav en underkompensation på 49 %. Det var således en forkert oplysning, at prisvariationstillægget overkompenserede Elsam med 71 % eller 21 %, idet tillægget i praksis end ikke kompenserede det fulde tab. Ankenævnets afgørelse er således på dette punkt truffet på et forkert grundlag.

Om størrelsen af det tab/den manglende indtjening, som tillægget skulle kompensere, er der enighed om, at tillægget i praksis er beregnet på grundlag af regnskabsmæssige faste omkostninger (AFCregn) samt de regnskabsmæssige variable omkostninger (AVCregn) med tillæg af en egenkapitalforrentning på 10 %.

Af Konkurrencerådets afgørelse fremgår det af bl.a. punkt 405 og 481, at Elsam skulle kompenseres for alle priser under Elsams ”gennemsnitlige totale omkostninger” tillagt en

normalfortjeneste. De gennemsnitlige totale omkostninger omtales i punkt 403 med henvisning til punkt 444-463, og det fremgår, at de gennemsnitlige totale omkostninger omfatter de regnskabsmæssige faste omkostninger (AFCregn) samt de variable omkostninger baseret på bl.a. Elsams oplysninger om værkernes marginalomkostninger (AVCdrift). Disse omkostninger svarer i tabel 20 til de under 1 og 2 anførte omkostninger, der indgår i United Brands-testens første led. I den grafiske fremstilling i figur 5 anvendes betegnelsen ATC om de omkostninger, der sammen med normalfortjenesten skulle dækkes. Parterne er enige om, at ATC i bilag A-F dækker over summen af AFCregn og AVCdrift.

Der er ikke i rådets afgørelse redegjort for, at de totale gennemsnitlige omkostninger/ATC indgik i beregningen af kompensationen i prisvariationstillægget med et lavere beløb end i teststørrelsen i øvrigt, og der er således heller ikke redegjort for baggrunden herfor. Afgørelsen efterlader det indtryk, at disse omkostninger indgik i prisvariationstillægget og teststørrelsen med det samme beløb. Det ændrer ikke herpå, at man ved at sammenholde beløbet på 236 kr. i punkt 481 med tal hentet fra tabel 23 og tabel 24 måske kunne udlede, at de gennemsnitlige totale omkostninger i denne sammenhæng betød et andet beløb end i de øvrige sammenhænge, betegnelsen blev anvendt. Det er således en nærliggende mulighed, at Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet ikke var klar over, at kun en del af de totale gennemsnitlige omkostninger i praksis indgik i beregningen af prisvariationstillægget.

Parterne er enige om, at såfremt prisvariationstillægget skulle kompensere de totale gennemsnitlige omkostninger/ATC i den forstand, disse i øvrigt indgik i testen, ville testen alene vise et væsentligt mindre antal kritiske timer. Det var derfor et væsentligt spørgsmål, hvordan disse omkostninger skulle opgøres, og det er landsrettens opfattelse, at afgørelsen også på dette punkt er truffet på et forkert eller ufuldstændigt grundlag.

Afgørelsens formulering tyder ikke på, at også værdien af CO₂-kvoter skulle have været en del af beregningen af tillægget.

Det skal herefter vurderes, hvilken betydning det har for gyldigheden af Konkurrenceankenævnets afgørelse, at den til dels er truffet på et forkert og ufuldstændigt grundlag.

Indledningsvis bemærkes, at Konkurrencerådets kendelse er ophævet af Konkurrenceankenævnet for så vidt angår 2. halvår 2006. Test A baseres på gennemsnitsomkostninger i

henholdsvis 2005 og 2006, og det må være en følge af hjemvisningen af sagen for så vidt angår 2. halvår 2006, at omkostninger og indtægter fra denne periode ikke indgår i vurderingen. Landsretten finder således, at der i misbrugsvurderingen skal foretages en reberegning i overensstemmelse med forudsætning B i skønstemaet.

Landsretten finder endvidere, at der som følge af de særlige forhold på markedet for handel med el i en misbrugsvurdering som den foretagne, der er baseret på prisen i enkelttimer, skal tages hensyn til, at Elsam i andre timer har måttet producere og sælge el til priser, der var lavere end omkostningerne tillagt en fortjeneste. Landsretten kan således tiltræde intentionen med prisvariationstillægget, herunder at det samlede tab/den samlede mistede indtjening i timer med lave priser som udgangspunkt må dækkes i timer med høje priser, før der kan dokumenteres et misbrug.

Det er derfor en fejl ved test A, at tillægget i 10 sammenhængende timer ikke dækkede dette beløb.

Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har som nævnt ikke udtrykkeligt forholdt sig til, hvilke omkostninger der skulle indgå ved beregning af prisvariationstillægget. Efter formuleringen af afgørelserne kan det ikke fastslås, at rådet og nævnet har været bekendt med og dermed tiltrådt, at de totale gennemsnitlige omkostninger/ATC indgik i beregningen af kompensationen i prisvariationstillægget med et lavere beløb end i teststørrelsen i øvrigt. Det kan af formuleringen af rådets afgørelse derimod udledes, at den manglende fortjeneste ved CO₂-kvoter i timer med lave priser ikke indgik i beregningen af kompensationen i prisvariationstillægget.

Højesteret har i dom af 13. maj 2015 i sag 298/2013 fastslået, at det nye CO₂-kvotesystem indgik i en el-producents direkte omkostninger, og at el-producenten, der over for en kunde havde værdiansat de forbrugte kvoter til markedsværdien på produktionstidspunktet, var berettiget til at se bort fra, at kvoterne var tildelt vederlagsfrit.

Efter skønsmændenes erklæringer og forklaring indgår alternativomkostningsbetragtninger og ikke historiske anskaffelsespriser i en virksomheds vurdering af, om det kan betale sig at producere en vare.

Landsretten finder på den baggrund, at en misbrugstest baseret på en sammenligning mellem priser og omkostninger skal inddrage alternativomkostningsbetragtninger i opgørelsen af virksomhedens omkostninger.

Det beror på et konkurrenceretligt skøn, om Elsam i et marked med effektiv konkurrence over tid ville have fået dækket alle sine omkostninger, herunder alle sine alternativomkostninger, samt opnå en rimelig fortjeneste. I test A indgår AVCdrift og værdien af CO₂-kvoter fuldt ud i teststørrelsen, men ikke i prisvariationstillægget. Der er ingen begrundelse for, at ingen del af alternativomkostningerne medregnes i prisvariationstillægget, og det kan som anført ovenfor ikke fastslås, at rådet og nævnet har været bekendt med, at AVCdrift ikke indgik i beregningen af prisvariationstillægget. Hertil kommer, at det var oplyst for rådet og nævnet, at prisvariationstillægget i relation til de totale gennemsnitlige omkostninger overkompenserede Elsams tab med 71 %, hvilket som anført ovenfor var en forkert oplysning. Da prisvariationstillægget har til formål at kompensere Elsam for, at selskabet i timer, hvor priserne som følge af konkurrenceforholdene er lave, ikke blot kunne undlade at producere og sælge el, finder landsretten efter en samlet bedømmelse, at det er en fejl, at ingen del af alternativomkostningerne indgik i beregningen af prisvariationstillægget.

Der er enighed om, at hvis enten AVCdrift eller værdien af CO₂-kvoter var indgået i beregningen af prisvariationstillægget, ville testen efter en reberegning med hensyn til perioden, jf. forudsætning B, ikke identificere kritiske timer. Fejlen må derfor i sig selv, men i højere grad i forbindelse med fejlen vedrørende tillægget ved 10 sammenhængende timer, anses for væsentlig.

Parterne har gjort gældende, at test A på en række andre områder over- eller underestimerer antallet af kritiske timer og dermed Elsams misbrug. Landsretten finder efter en samlet bedømmelse af det, som parterne har anført om test A, ikke grundlag for at fastslå, at testen på andre punkter har overkompenseret Elsam således, at testen selv efter en reberegning med hensyn til perioden og en korrektion af de nævnte fejl i prisvariationstillægget vil påvise, at Elsam har udvist et misbrug.

Det forhold, at Elsams omsætning i perioden har været væsentligt lavere end de omkostninger, der indgik i teststørrelsen i test A, jf. figur 21, og endog lavere end de gennemsnit-

lige totale omkostninger (ATC) tillagt en egenkapitalforrentning på 10 %, jf. Elsams støt-tebilag 15, støtter, at Elsam ikke har misbrugt sin dominerende stilling.

Der er heller ikke tilvejebragt et andet sikkert grundlag for at fastslå, at de høje priser i enkelttimer ikke også kunne være forekommet i et marked med effektiv konkurrence.

Landsretten finder derfor, at konkurrencemyndighederne ikke med den fornødne sikkerhed har påvist, at Elsam har misbrugt sin dominerende stilling til at opnå urimeligt høje priser i perioden fra 1. januar 2005 til 30. juni 2006. Landsretten tager herefter Elsams principale påstand til følge, således at punkt 26, 1. led, i Konkurrencerådets afgørelse af 20. juni 2007 som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 3. marts 2008 ophæves.

Efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande skal Konkurrencerådet betale sagsomkostninger for begge retter til Ørsted A/S med i alt 6.717.776,60 kr. Beløbet omfatter 9.000 kr. til retsafgift, 708.776,60 kr. vedrørende syn og skøn (ekskl. moms) samt 6.000.000 kr. til advokatudgifter (ekskl. moms). Konkurrencerådet skal endeligt afholde den halvdel af udgifterne til afhjemlingen af skønsmændene, som rådet har betalt.

Landsretten har ved fastsættelsen af beløbet til advokatudgifter lagt vægt på sagens karakter, økonomiske værdi og meget betydelige omfang for begge retter, herunder det omfattende syn og skøn for Sø- og Handelsretten.

Der foreligger ikke særlige grunde, som taler for at pålægge biintervenienterne at betale sagsomkostninger. En sådan omkostningsafgørelse træffes derfor ikke.

T h i k e n d e s f o r r e t:

Punkt 26, 1. led, i Konkurrencerådets afgørelse af 20. juni 2007 som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 3. marts 2008 ophæves.

Konkurrencerådet skal betale sagsomkostninger for begge retter til Ørsted A/S (tidligere DONG Energy A/S) med 6.717.776,60 kr.

De idømte sagsomkostninger skal betales inden 14 dage og forrentes efter rentelovens § 8 a.

Olav D. Larsen

Peter Buhl

Anne Hedegaard Toft
(kst.)

Udskriften udstedes uden betaling.

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Vestre Landsret,

Viborg den 24. maj 2018

Julia Varga

retssekretær