

EVH

**UDSKRIFT**  
**AF**  
**SØ- & HANDELSRETTENS RETSBOG**

---

Den 5. november 2010 kl. 10.00 blev retten sat af retspræsident Henrik Rothe, vicepræsident Michael B. Elmer og dommer Claus Forum Petersen.

Retskriver var dommerfuldmægtig Dennis Schnell-Lauritzen.

Der foretoges:

**U-1-08**

DONG Energy A/S

mod

1) Konkurrencerådet

biint. 1) Energi Danmark A/S

2) Scanenergi A/S

3) OK a.m.b.a.

Ingen var mødt eller tilsagt.

Sagens akter var til stede.

Retsformanden bemærkede, at parterne er enige om, at retten i forbindelse med sin afgørelse af spørgsmålet om, hvorvidt DONG Energy A/S' (herefter: Elsam) begæring om syn og skøn

- 2 -

kan tages til følge, ikke træffer afgørelse om, i hvilket omfang skønstemaet, som det foreligger i det seneste udkast, (bilag 33) kan godkendes.

Retsformanden bemærkede endvidere, at det bl.a. er Elsams opfattelse, at misbrugstest A er behæftet med væsentlige fejl, og at testen har været uegnet til at indgå i grundlaget for konkurrencemyndighedernes afgørelse. Elsams spørgsmål i skønstemaet, bilag 33, angår alle sagens faktum, og Elsam bør derfor kunne få udmeldt syn og skøn, jf. retsplejelovens § 341.

Retsformanden bemærkede endelig, at Konkurrencerådet er enig med Elsam i, at Elsam, i det omfang der er tale om spørgsmål i relation til sagens faktiske omstændigheder, som skal prøves under sagen, kan stille spørgsmål under et syn og skøn, men gør bl.a. gældende, at en besvarelse af Elsams spørgsmål, som de fremgår af udkastet til skønstema (bilag 33), vil indebære juridiske vurderinger, som ikke henhører under et syn og skøn, men som det er op til retten af foretage. Syn og skøn vil derfor være uden betydning for sagens afgørelse, hvorfor Elsams begæring herom må afvises, jf. retsplejelovens § 341.

Retten afsagde herefter sålydende

#### K E N D E L S E:

*To voterende (Henrik Rothe og Claus Forum Petersen) bemærker*

Af præmisserne i Konkurrenceankenævnets kendelse af 3. marts 2008 fremgår det bl.a.:

”Efter en samlet vurdering af Konkurrencerådets undersøgelser og analyser tiltræder Ankenævnet ... af de grunde, der er anført af Konkurrencerådet, at den samlede analyse omfattende misbrugstest A sammenholdt med misbrugstest B og de øvrige tests samt bilag A og F sammenholdt med bilag B, C, D og E og de i øvrigt foreliggende oplysninger har et grundlag og er gennemført på en måde, så det i hvert fald er så pålideligt påvist, at det kan anses for bevist i overensstemmelse med de beviskrav, der stil-

les efter konkurrenceretten i Danmark og EU, at Elsam i 2005 og 1. halvår 2006 havde mulighed for i ikke uvæsentligt omfang at styre prisdannelsen på et marked for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark og i ikke uvæsentligt omfang gjorde det i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1/EF-traktatens artikel 82, stk. 1, jf. stk. 2, litra a. Misbrugsbedømmelsen inddrager således alle tilgængelige oplysninger om markedet og dets funktion i perioden, om Elsams stilling i markedet, Elsams omkostninger, budkurver osv.; den er gennemført på en måde, som indebærer skønsmæssige valg, der imidlertid alle må anses for sagligt velbegrundede og overbevisende. Der er ingen oplysning afgivet om Elsams forhold, der ikke er indgået i afgørelsen. DONG's indsigelser vedrører i realiteten da også den skønsmæssige afvejning af, om priserne er urimelige – de er ikke baseret på en fremdragelse af objektive forhold, som begrunder priserne i de fremdragne timer i 2005 og 1. halvår 2006. Misbrugstest A har sine svagheder, men indgår imidlertid i en helhed, som må anses for at være en til sagens problemstilling på grundlag af hidtidig praksis rimeligt tilpasset og forsvarligt anvendt analyse.”

I grundlaget for Konkurrenceankenævnets afgørelse indgår, som det fremgår af ovennævnte uddrag af afgørelsens præmisser, i væsentlig grad misbrugstest A. Denne test kvalificerer et antal såkaldte ”kritiske timer”, hvor Elsam på markedet for engrossalg af fysisk elektricitet i Vestdanmark, opnår en pris, der er højere end en beregnet teststørrelse. Teststørrelsen udgøres af summen af en række omkostningselementer, et omkostningsbenchmark i bred forstand, (driftsomkostninger, faste omkostninger, CO2-kvotetillæg og egenkapitalforrentning), med tillæg af et såkaldt prisvariationstillæg.

De spørgsmålstejn, som Elsam har stillet ved rigtigheden af misbrugstest A, angår, jf. Elsams udkast til syns- og skønstema (2. udkast af 21. maj 2010 – bilag 33), opgørelsen af det nævnte omkostningsbenchmark, herunder navnlig den af Konkurrencerådet anvendte egenkapitalforrentning, de anvendte parametre for opgørelsen af Elsams egenkapital, beregningen af prisvariationstillægget og indregningsværdien af CO2-kvoter. Sådanne forhold, der muligt vil kunne indgå i grundlaget for rettens senere afgørelse, må anses for at være en del

af sagens faktum, også hvor besvarelsen af spørgsmål ønskes givet på grundlag af skønsmandens/skønsmændenes oplysninger om foreneligheden med økonomisk teori.

Da det herefter ikke på forhånd kan anses for udelukket, at en besvarelse under et syn og skøn af spørgsmål med det i det foreliggende udkast til syns- og skønstema angivne indhold vil kunne have betydning for sagens afgørelse, findes Elsam ikke at burde afskæres fra en sådan bevisførelse, jf. retsplejelovens § 341.

Under hensyn til det anførte finder vi, at Elsams subsidiære påstand skal tages til følge som nedenfor anført, idet vi bemærker, at der i overensstemmelse med parternes enighed herom ikke herved er taget endelig stilling til formuleringen af de enkelte skønsspørgsmål i det foreliggende udkast, og at spørgsmål, om hvis besvarelse parterne er enige, ikke vil kunne forelægges en skønsmand til besvarelse.

*En voterende (Michael B. Elmer) bemærker:*

Efter min opfattelse kan retten alene tage stilling til spørgsmål om gennemførelse af syn og skøn på grundlag af det udkast til syns- og skønstema, som Elsam har fremlagt, og som parterne har drøftet. Elsams udkast til syns- og skønstema indeholder 52 spørgsmål under overskrifterne *Konkurrencerådets misbrugstest A ("Test A")* (spørgsmål 1-6), *Den gennemsnitlige egenkapitalforrentning i dansk industri* (spørgsmål 7, 7a og 8), *Reberegning* (spørgsmål 9), *Driftstal, herunder værdien af forbrugte CO2-kvoter* (spørgsmål 11-15), *Den reelt tildelte egenkapitalforrentning* (spørgsmål 16-18), *Risikojustering* (spørgsmål 19-33), *Produktionsapparat* (spørgsmål 34-42), *De gennemsnitlige omkostninger og priser* (spørgsmål 43-48), *Holdbarheden af de opstillede forudsætninger A, B og C for skønsmændenes besvarelser og reberegning under andre forudsætninger end A, B og C* (spørgsmål 49-51).

Der har under parternes drøftelser vist sig enighed om besvarelsen af 25 af disse spørgsmål, herunder samtlige spørgsmål vedrørende *Konkurrencerådets misbrugstest A ("Test A")* (spørgsmål 1-6), *Reberegning* (spørgsmål 9-10) og *De gennemsnitlige omkostninger og priser* (spørgsmål 43-48). Der er endvidere enighed om besvarelsen af spørgsmål 7a, 13, 15, 20-23, 29, 30, 32-34 og 49, ligesom der er enighed mellem parterne om besvarelsen af anmodninger

om tilvejebringelse af oplysninger vedrørende faktiske forhold i yderligere 5 spørgsmål (7, 8, 12, 14, 17).

Der er således enighed om besvarelsen af samtlige spørgsmål om faktuelle forhold vedrørende *Den gennemsnitlige egenkapitalforrentning i dansk industri* (spørgsmål 7, 7a og 8), *Driftstal, herunder værdien af forbrugte CO2-kvoter* (spørgsmål 11-15) og *Den reelt tildelte egenkapitalforrentning* (spørgsmål 16-18), ligesom der er enighed om besvarelsen af spørgsmålene vedrørende *Holdbarheden af de opstillede forudsætninger A, B og C for skønsmåndernes besvarelser og reberregning under andre forudsætninger end A, B og C* (spørgsmål 49-51), i samme omfang som der er enighed om besvarelsen af de spørgsmål, hvortil der er henvist i disse spørgsmål.

Alle de spørgsmål, om hvis besvarelse der således er enighed mellem parterne, indeholder anmodninger om tilvejebringelse af oplysninger vedrørende nærmere angivne faktuelle forhold, f.eks. statistiske oplysninger. Idet parterne er enige om, hvordan disse spørgsmål skal besvares, er bevisførelse herom overflødig, jf. retsplejelovens § 341, og spørgsmålene kan ikke gøres til genstand for syn og skøn.

Der er uenighed mellem parterne om besvarelsen af de dele af de nævnte 5 spørgsmål (7, 8, 12, 14, 17), som ikke angår oplysning om faktuelle forhold, og om besvarelsen af 18 spørgsmål (11, 16, 18, 19, 24-28, 31 og 35-42), som heller ikke angår faktuelle forhold. Parterne er således uenige om besvarelsen af spørgsmål, som ikke angår faktuelle forhold, vedrørende *Den gennemsnitlige egenkapitalforrentning i dansk industri* (spørgsmål 7 og 8), *Driftstal, herunder værdien af forbrugte CO2-kvoter* (spørgsmål 11-14), *Den reelt tildelte egenkapitalforrentning* (spørgsmål 16-18), *Risikojustering* (spørgsmål 19, 24-28 og 31) og *Produktionsapparat* (spørgsmål 35-42).

Ingen af de spørgsmål, om hvis besvarelse der er uenighed, vedrører således faktuelle forhold, men sigter efter deres indhold navnlig mod at få at vide, om det ene eller andet forhold er (bedst) i overensstemmelse med økonomisk teori eller ifølge denne mest retvisende (spørgsmål 7, 11-12, 14, 18-19, 24-28 og 42) eller beder om at få foretaget forskellige reberregninger på grundlag af andre forudsætninger, end dem, som konkurrencemyndighederne har

lagt til grund i de afgørelser, der er indbragt for retten til prøvelse. De spørgsmål, om hvis besvarelse der ikke er enighed, kan som påpeget af bülntervenienternes advokat inddeles i 4 kategorier, nemlig:

- (1) Skal normalfortjenesten opgøres som 10 % af egenkapitalen, eller er der forhold, der fører til, at normalfortjenesten skulle have været højere (spørgsmål 7-8, 18- 19, 24-28 og 31).
- (2) Skal der anvendes driftstal eller regnskabstal ved beregning af prisvariationstillægget (spørgsmål 11-12 og 14).
- (3) Skal der indregnes en alternativomkostning i form af salgsværdien af CO2- kvoter, uanset at de er blevet tildelt gratis (spørgsmål 11).
- (4) Skal egenkapitalen opgøres som den regnskabsførte værdi eller på anden måde ved beregning af normalfortjenesten (spørgsmål 16-17 og 36-42).

Alle disse spørgsmål angår efter deres indhold og udformning vurderingsprægede forhold af retlig karakter, som ikke kan gøres til genstand for syn og skøn. Såfremt disse spørgsmål blev tilladt stillet til de ønskede to syns- og skøns mænd, en økonom og en revisor, ville prøvelsen af konkurrencemyndighedernes afgørelser i denne sag fuldstændig skifte karakter fra at være en sag om prøvelse af retlige forhold til at være en sag om, hvilke økonomiske beregningsmetoder og vurderinger som efter herskende økonomisk teori må anses for de rette. Konsekvensen ville være, at vurderingen af, om der er sket overtrædelse af konkurrencelovens og Traktatens forbud mod misbrug af dominerende stilling, ville blive lagt i hænderne på enkelte økonomiske eksperter i stedet for på de myndigheder og domstole, som i Danmark er udpeget hertil, og som er sammensat med mange typer af sagkundskab, herunder også den økonomiske.

Efter min opfattelse kan og bør denne sag om prøvelse af konkurrencemyndighedernes afgørelser, som allerede nu har verseret i flere år, afgøres på det foreliggende grundlag. Som led i prøvelsen af konkurrencemyndighedernes afgørelser må retten på grundlag af parternes anbringender og sædvanlig bevisførelse, navnlig dokumentbevis, i givet fald tage stilling til, om der er undersøgelser eller beregninger, som konkurrencemyndighederne burde have foretaget eller inddraget i sagen eller gennemført på anden måde end sket.



- 7 -

En prøvelse på det foreliggende grundlag stemmer også bedst med, at domstolene skal foretage en sædvanlig forvaltningsretlig prøvelse af en foreliggende forvaltningsakt. Begæringen om syn og skøn til besvarelse af de spørgsmål, som Elsam ønsker at stille, og om hvis besvarelse der ikke er enighed mellem parterne, synes at have til formål eller vil kunne have den virkning, at der tilvejebringes et helt nyt grundlag for afgørelsen, som vil gøre det nødvendigt eller naturligt at sende sagen tilbage til konkurrencemyndighederne til vurdering på grundlag af de nye oplysninger, alt med den følge, at sagen, der allerede har været under behandling i flere år, trækkes yderligere i langdrag til skade for biintervenienterne, hvis sagen er udsat på prøvelsen af konkurrencemyndighedernes afgørelser i denne sag.

Herefter, og idet der allerede er foretaget omfattende undersøgelser af økonomisk karakter af konkurrencemyndighederne, og idet sagen uanset disse beror på en samlet retlig vurdering, navnlig af, om Elsams såkaldte nabolandsstrategi har indebåret et misbrug af dominerende stilling, finder jeg, at begæringen om syn og skøn til besvarelse af de spørgsmål, der er nævnt i bilag 33, ikke kan tages til følge.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, således at Elsams subsidiære påstand tages til følge som neden for bestemt.

#### **T h i b e s t e m m e s:**

Elsams begæring om syn og skøn tages til følge, således at rettens endelige godkendelse af syns- og skønstema udsættes.

Sagen udsat.

Retten hævet.

Michael B. Elmer

Henrik Rothe

Claus Forum Petersen

- 8 -

(Sigu.)

— — —  
Udskriftens rigtighed bekræftes

**P.j.v. Sø- og Handelsretten, den 5. november 2010**

