

- EVH

UDSKRIFT
AF
SØ- & HANDELSRETTENS DOMBOG

KENDELSE

Afsagt den 24. april 2009 af Jens Feilberg, Michael B. Elmer og Claus Forum Petersen

U-1-08

DONG Energy A/S

(Advokat Erik Bertelsen)

mod

Konkurrencerådet

(Kammeradvokaten ved advokat Jacob Pinborg)

Biintervenienter: Energi Danmark, Scanenergi og OK amba

(Advokat Lars Svenning Andersen)

Indledning og påstande

Ved kendelsen afgøres, om Sø- og Handelsretten skal forelægge præjudicielle spørgsmål vedrørende forståelsen af EF-traktatens art. 82 for EF-domstolen, jf. traktatens artikel 234, til brug for rettens prøvelse af Konkurrenceankenævnets afgørelse af 3. marts 2008. Ved denne afgørelse stadfæstedes første del af Konkurrencerådets afgørelse af 20. juni 2007 (Elsam III,

omtalt senere). Efter denne blev det meddelt Elsam, nu DONG A/S, at Elsams prissætning i perioden 1. januar 2005 til 30. juni 2006 udgjorde misbrug af dominerende stilling på markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark, ved at Elsam havde anvendt en strategi for indmeldelse på Nord Pool, der resulterede i urimelige salgspriser i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 1, og EF-traktatens artikel 82, stk. 1, jf. art 82, stk. 1, litra a.

Anden del af Konkurrencerådets afgørelse vedrørende perioden 1. juli 2006 til 31. december 2006 blev ophævet og hjemvist til Konkurrencestyrelsen.

Konkurrenceankenævnets afgørelse blev indbragt for Sø- og Handelsretten af DONG, der under sagens forberedelse har foreslået nogle spørgsmål om EF-traktatens art. 82 forelagt for EF-domstolen. Sagsøgte, Konkurrencerådet, har modsat sig dette.

DONG har nedlagt påstand om, at selskabets anmodning om præjudiciel forelæggelse for EF-domstolen i medfør af EF-traktatens artikel 234 af de af DONG foreslåede spørgsmål eller som formuleret af Sø- og Handelsretten tages til følge.

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om, at DONG's begæring om forelæggelse af spørgsmål for EF-domstolen, jf. EF-traktatens artikel 234, stk. 2, ikke tages til følge.

De af DONG foreslåede spørgsmål

1. Forudsætter EF-traktatens artikel 82 ved statueringen af misbrug i form af urimeligt høje priser i tilfælde, hvor der ikke er et ekskluderende eller diskriminerende element, at følgende, kumulative betingelser er opfyldte:
 - a. Den dominerende virksomheds kunder har ikke alternative leverandører til at imødekomme kundernes efterspørgsel,
 - b. den dominerende virksomheds udbudspriser har påvirket markedsprisen, og
 - c. den omstridte pris overstiger markant den økonomiske værdi af den leverede vare.
2. Skal EF-traktatens artikel 82 fortolkes således, at der er en formodning mod misbrug i form af urimeligt høje priser, såfremt den relevante men i øvrigt effektive aktivitet alene giver den markedsbaserede forrentning over tid, som en privat investor ville kunne forvente at opnå, og har det betydning for vurderingen af forrentningen, at den dominerende aktør agerer på et cyklisk marked med væsentlige udsving, således at forrentningsperioden skal være tilstrækkelig lang til at afspejle markedets cyklus?

3. Kan der foreligge misbrug i form af urimeligt høje priser i strid med EF-traktatens artikel 82, såfremt priserne alene modsvarer en i øvrigt effektiv, dominerende aktørs marginale omkostninger?
4. Skal der ved fastlæggelsen af varens økonomiske værdi inddrages såvel omkostningsmæssige som ikke-omkostningsmæssige forhold såsom efterspørgselsbetingede forhold og de priser, som andre udbydere kan opnå for identiske varer?
5. Skal der i en analyse af, hvorvidt der foreligger urimeligt høje priser i strid med EF-traktatens artikel 82 tages hensyn til såvel den dominerende virksomheds årsregnskaber som de værdier og omkostningstyper, der repræsenterer reelle værdier og omkostninger (economic costs), men som ikke nødvendigvis indgår eller ikke indgår fuldt ud i årsregnskabet, såsom eksempelvis
 - (i) Alternativ omkostninger (opportunity cost), og
 - (ii) genanskaffelsesværdier?
6. Indebærer retssikkerhedsprincippet, og kravene til fyldestgørende begrundelse, at de nationale domstole og konkurrencemyndigheder ved statueringen af misbrug i form af urimeligt høje priser i strid med EF-traktatens artikel 82 skal identificere den konkrete misbrugsadfærd og påvise præcist, hvornår priserne har været urimeligt høje?
7. Er det foreneligt med EF-traktatens artikel 82 og retssikkerhedsprincippet, at en national konkurrencemyndighed statuerer misbrug af dominerende stilling i form af urimeligt høje priser i tilfælde, hvor den dominerende virksomhed var bundet af og havde overholdt prisloft, der var fastsat efter aftale med selvsamme konkurrencemyndighed, efter at denne havde vurderet prisloftets konformitet med EF-traktatens artikel 82?
8. Skal vurderingen af, hvorvidt der foreligger urimeligt høje priser, foretages på baggrund af forudsigelige kriterier, således at den dominerende virksomhed på tidspunktet for prissætningen kan tage højde for EF-traktatens artikel 82?

Oplysningerne i sagen

Norge, Sverige, Finland, Danmark og Tyskland har oprettet en børs for engroshandel med elektricitet, Nord Pool. Nord Pool drev i den periode, sagen vedrører, et marked for terminshandel med el, Eltermin, og et marked for fysisk handel med el, Elspot.

På Elspot mødes aktørerne fra udbudssiden og efterspørgselsiden. I et auktionssystem angiver aktørerne deres ønskede kombinationer af mængder og priser for hver time i det følgende døgn ud fra indmeldte købs- og salgsbud, der svarer til henholdsvis efterspørgsels- og udbudskurver.

Nord Pool sammenholder herefter købs- og salgsbuddene og beregner på baggrund heraf en fælles elpris (systemprisen) for hele Nord Pool-området for hver time i leveringsdøgnet. Systemprisen er den pris, hvor det samlede udbud og efterspørgsel i Nord Pool området møder hinanden i et priskryds. Systemprisen på Nord Pool bestemmes uden hensyn tagen til eksisterende begrænsninger på de transmissionskabler, der forbinder det nordiske elmarked.

På grund af kapacitetsbegrænsninger i de transmissionskabler, som forbinder de forskellige områder internt i Nord Pool området, havde Nord Pool i den periode, sagen vedrører, opdelt markedet i 8 prisområder, hvoraf det ene var Vestdanmark.

Nord Pool beregner en lokalpris og en områdepris for hvert af disse prisområder. Lokalprisen er den pris, der findes i et område, hvor det samlede udbud modsvarer den samlede efterspørgsel inden for området, før der sker transmission af elektricitet mellem området og andre områder. Områdeprisen er den pris, der findes i et område, efter at der er sket transmission af elektricitet mellem områderne.

Nord Pool har rådighed over næsten hele kapaciteten på transmissionsforbindelserne mellem områderne og sender elektricitet fra lavprisområder til højprisområder for at sænke prisen i højprisområderne. Så længe transmissionskablerne har tilstrækkelig kapacitet til at sikre, at efterspørgslen og udbuddet modsvarer hinanden, vil elprisen i alle Nord Pools områder svare til systemprisen.

På grund af begrænsningerne i transmissionskablerne, der forbinder prisområderne inden for Nord Pool, kan der opstå flaskehalse, der bevirker, at prisforskellen mellem de to områder ikke kan udlignes fuldt ud ved import fra lavprisområder til højprisområder. I sådanne tilfælde bestemmer Nord Pool, at områderne bliver til særskilte prisområder, hvorefter Nord Pool beregner en selvstændig pris for henholdsvis lavpris- og højprisområder.

Det er en følge af den måde, som Nord Pool fungerer på, at den dyreste indmeldte enhed, der er nødvendig for at kunne dække efterspørgslen, bliver prisfastsættende for den elektricitet, der sælges i den pågældende time, herunder også for den produktion, der måtte være indmeldt til en lavere pris.

Elproduktionen i de nordiske lande og Tyskland er baseret på forskellige produktionsteknologier, hvilket har betydning for produktionsomkostningerne og dermed prisdan-

nelsen. På elmarkedet er der en betydelig variation i elprisen både på timebasis og set over længere perioder.

De centrale kraftvarmeværker i Vestdanmark producerer både elektricitet og fjernvarme. Værkerne har pligt til at levere fjernvarme, men der kan ikke produceres fjernvarme uden at der samtidig produceres elektricitet. For at overholde forsyningspligten produceres der således en vis mængde elektricitet, der kaldes "den bundne produktion". For at man kan være sikker på at få afsat den bundne produktion, meldes denne produktion normalt ind til 0 kr. på Nord Pool.

Elsam I

Konkurrencerådet behandlede i 2003 en klage over prisdannelsen for engroselectricitet i 2000 og 2001. Konkurrencestyrelsen havde udarbejdet et udkast til afgørelse, der fastslog, at Elsam havde misbrugt sin dominerende stilling ved at opkræve urimeligt høje priser på markedet for engrossalg af fysisk elektricitet i Vestdanmark i de timer, hvor kabelforbindelserne til udlandet var fyldt, og hvor Vestdanmark derfor ikke var en del af et større nordisk elmarked. Udkastet byggede på en analyse af Elsams prisindmeldinger til Nord Pool opgjort på enkelttimer.

Sagen blev afsluttet ved, at Konkurrencerådet og Elsam indgik en aftale, hvor Elsam afgav en række tilsagn om sin fremtidige prissætning.

Konkurrencerådet fandt på baggrund af de afgivne tilsagn ikke grundlag for at fortsætte undersøgelserne og undlod derfor at træffe afgørelse i sagen, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. punktum (nu § 14, stk. 1, 4. punktum).

Konkurrencestyrelsen ophævede den 23. juli 2005 tilsagnsaftalen med Elsam, da styrelsen fandt, at Elsam ikke havde overholdt aftalen.

Elsam II

Konkurrencestyrelsen indledte en undersøgelse af Elsams prissætning i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2004.

Konkurrencerådet traf den 30. november 2005 afgørelse om, at Elsams prissætning udgjorde misbrug af dominerende stilling i form af urimeligt høje priser i strid med konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82. Endvidere gav Konkurrencerådet Elsam et påbud

om ikke at indmelde visse nærmere angivne priser på Nord Pools spotmarked, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, nr. 2.

Ved kendelse af 14. november 2006 ophævede Konkurrenceankenævnet Konkurrencerådets afgørelse. Konkurrenceankenævnet fandt ikke, at der var fornødent grundlag for prispåbuddet, men tiltrådte i kendelsens præmisser, at Elsam i et ikke ubetydeligt omfang havde misbrugt en dominerende stilling på markedet for engrossalg af fysisk elektricitet i Vestdanmark. Elsam indbragte afgørelsen for Sø- og Handelsretten; sagen er indtil videre udsat på behandlingen af nærværende sag.

Elsam III

Ved afgørelsen af 20. juni 2007 meddelte Konkurrencerådet DONG

- at Elsams prissætning i perioden 1. januar 2005 til 30. juni 2006 udgjorde misbrug af dominerende stilling på markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark ved at anvende en strategi for indmeldelse på Nord Pool der resulterede i urimelige salgspriser i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 1, og EF-traktatens artikel 82, stk. 1, jf. art 82, stk. 1, litra a, og
- at Elsam fortsat havde en dominerende stilling på markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark, og at selskabet i perioden 1. juli 2006 til 31. december 2006 havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark ved at anvende en strategi for indmeldelse på Nord Pool der resulterede i urimelige salgspriser i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 1, og EF-traktatens artikel 82, stk. 1, jf. art 82, stk. 1, litra a

I begrundelsen for Konkurrencerådets afgørelse indgik anvendelsen af en række misbrugstests benævnt test A-G. I misbrugstest A havde rådet identificeret 1.484 såkaldte kritiske timer i perioden, hvor Elsam efter rådets opfattelse havde opnået urimeligt høje priser.

Ved kendelse af 3. marts 2008 stadfæstede Konkurrenceankenævnet den del af Konkurrencerådets afgørelse, der vedrørte perioden fra den 1. januar 2005 til den 30. juni 2006, idet Konkurrenceankenævnet fandt, at Elsam i et ikke uvæsentligt omfang havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet. Konkurrenceankenævnet ophævede og hjemviste den

del af Konkurrencerådets afgørelse, der vedrørte perioden fra den 1. juli 2006 til den 31. december 2006.

Vedrørende perioden fra den 1. januar 2005 til den 30. juni 2006 anførte Konkurrenceankenævnet om misbrugsvurderingen bl.a. følgende i kendelsen:

”11.5.4 Efter en samlet bedømmelse af Konkurrencerådets undersøgelser og analyser tiltræder Ankenævnet – ligesom i Elsam II-sagen – 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 stilles efter konkurrenceretten i Danmark og EU, at Elsam i 2005 og 1. halvår af 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 på 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 begrundet priserne i de fremdragne timer i 2005 og 1. halvår af 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 ...”

Misbrugsvurderingen

Elsams begæring om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål vedrører især den del af misbrugsvurderingen, som bygger på misbrugstestene A og B.

I test A identificeres de såkaldte "kritiske timer". Det er timer, hvor Elsam opnår en pris på det vestdanske marked, der er højere end den i test A tilladte teststørrelse. Den anvendte teststørrelse er summen af en række delelementer, der består af gennemsnitlige omkostninger, et tillæg for egenkapitalforrentning, et prisvariationstillæg og et CO2-tillæg.

De samlede gennemsnitlige omkostninger er summen af de gennemsnitlige faste omkostninger, som rådet har baseret på en estimeret fordeling af årsregnskabet omkostninger på elproduktion, varmeproduktion og andre aktiviteter, og de gennemsnitlige variable omkostninger, som er fastsat ud fra et vægtet gennemsnit af visse omkostninger på hvert af de centrale kraftværker ved maksimal last i de enkelte timer

Til de samlede gennemsnitlige omkostninger lægges et tillæg for egenkapitalforrentning, der skal sikre, at Elsam kan opnå en indtjening med en dertil hørende rimelig egenkapitalforrentning. Egenkapitalforrentningen beregnes med udgangspunkt i den ikke-vægtede, gennemsnitlige egenkapitalforrentning for dansk industri, som opgjort af Danmarks Statistik, korrigeret for såkaldte "ekstreme observationer". Der foretages desuden en risiko-korrektion, baseret på beta-værdier, der ifølge Konkurrencerådet udtrykker risikoen ved at investere i elproduktion.

Herefter indregnes et prisvariationstillæg som skal kompensere Elsam for manglende indtjening i timer, hvor elprisen ligger under de totale gennemsnitlige omkostninger beregnet som anført ovenfor tillagt en egenkapitalforrentning.

Endelig tillægges et CO₂-tillæg, som er en alternativ omkostning for så vidt angår de CO₂-kvoter, som Elsam har fået tildelt uden vederlag. CO₂-kvoterne repræsenterede en økonomisk værdi, som indgår i omkostningsgrundlaget i misbrugstesten. Det forhold, at Elsam valgte at anvende sine CO₂-kvoter til produktion af elektricitet i stedet for at sælge sine CO₂-kvoter, medførte en alternativ omkostning, som kan opgøres som den salgsværdi, Elsam gik glip af ved at anvende CO₂-kvoterne til at producere elektricitet. Den alternative omkostning er indregnet i testen med 100 %.

Test A gennemføres herefter i rullende 3- og 10-timers intervaller. Her sammenlignes den ovenfor beskrevne teststørrelse med en såkaldt prisvektor, der for hver time udgøres af den mindste af henholdsvis den opnåede pris på Nord Pool og Elsams højeste udbudspris til Nord Pool.

Testen kan identificere kritiske timer, selv om Elsam ikke har været prisbestemmende i de pågældende timer, idet det afgørende for testen er, om Elsams prisindmeldinger har overskredet den beskrevne teststørrelse, og ikke om det af Elsam indmeldte bud er blevet prisbestemmende.

Med test B tilsigter Konkurrencerådet at undersøge, om prisen i de kritiske timer i sig selv er urimelig. Test B tager udgangspunkt i den opdeling af kritiske og ikke-kritiske timer, som er identificeret i test A. Konkret sammenholder test B gennemsnittet af priserne i de kritiske timer inden for et 4-timers interval med gennemsnittet af priserne i de ikke-kritiske timer i samme 4-timers intervaller i hver måned. Konkurrencerådet gør gældende, at der er en sådan forskel mellem gennemsnittet af priserne i de kritiske og gennemsnittet af priserne i de ikke-kritiske timer i samme interval, at priserne i de kritiske timer er urimelige i sig selv.

Energi Danmark A/S, Scanenergi A/S og OK a.m.b.a. er indtrådt til støtte for Konkurrencerådets påstand under sagen. De tre biintervenienter er elhandelselskaber, der har købt el fra Nord Pool Elspot i den pågældende periode. Biintervenienterne har sammen med en række andre virksomheder rejst erstatningskrav mod Elsam på ca. 4,4 mia. kr. ved Sø- og Handelsretten (sag U-10-07).

Argumenter

Dong Energy A/S har blandt andet gjort gældende, at der i sagen er tvivl om fortolkningen af EF-traktatens artikel 82 på en række centrale punkter. Det er derfor nødvendigt at forelægge spørgsmål for EF-domstolen, således at domstolen kan tage stilling til, hvordan art. 82 skal forstås, for så vidt angår udtrykket "påtvinge urimeligt høje priser".

De foreslåede spørgsmål vedrører ikke den konkrete subsumtion og skal ses i sammenhæng med, at EF-domstolen ikke tidligere har haft lejlighed til at tage stilling til en sag, der udelukkende vedrører angiveligt for høje priser. EF-domstolens hidtidige praksis giver ikke tilstrækkelig vejledning.

Konkurrencerådet har lagt afgørende vægt på EF-domstolens dom af 14. februar 1978 i sag 27/76, *United Brands*, men dommen giver ikke vejledning om den foreliggende sags tvivlsspørgsmål. Dommen giver således ikke retningslinjer for, hvordan en vares økonomiske værdi fastsættes, og dommen siger intet om udtrykket "påtvingelse". Heller ikke andre afgørelser fra EF-domstolen afklarer den foreliggende sags tvivlsspørgsmål.

Praksis og litteraturen synes at pege i retningen af, at man kun er i en position, hvor man kan "påtvinge" markedet priser, hvis man har monopol. Elsam gør gældende, at betingelsen om "påtvinge" kun kan være opfyldt, hvis man har monopol, men dette fremgår ikke

klart af tidligere EF-domstolsafgørelser. Herudover kræves faktisk "påtvungelse" af høje priser, hvilket ikke er dokumenteret i denne sag.

Elsams prisstrategi har været at følge tilsagnsaftalen. Spørgsmålet er, om dette kan være misbrug, når aftalen er indgået med en offentlig myndighed.

Rådets konklusion om, at Elsam har overtrådt art. 82 bygger i realiteten alene på test A, men testen lider af en række metodiske fejl, herunder at priserne alene sammenholdes med de gennemsnitlige omkostninger for Elsams centrale kraftværker og ikke det prissættende værk. Elsam er grundlæggende uenig i rådets udregning af Elsams omkostninger samt for-tjeneste.

Det er endvidere uklart, hvorvidt ikke-økonomiske elementer skal inddrages ved fastlæggelse af prisanalysen. Helsingborg Havn-sagen besvarer ikke dette. Elsam gør gældende, at ikke-økonomiske elementer skal inddrages, hvilket rådet ikke har gjort, da det ikke fremgår af afgørelsen.

Elsam er af den opfattelse, at det skal være muligt på tidspunktet for prisfastsættelse at forudse kriterierne, som konkurrencemyndighederne senere benytter til afgørelse af, om der ved en prisfastsættelse er sket overtrædelse af traktatens art. 82. Rådet har lagt afgørende vægt på regnskaber og statistik, der ikke er kendt på tidspunktet for prisfastsættelsen. Dette er baggrunden for spørgsmålene 6-8, som ikke tidligere er blevet besvaret af EF-domstolen og ikke kan udledes af anden praksis, hvorfor forelæggelse er nødvendig.

Konkurrencerådet har med støtte fra biintervenienterne blandt andet gjort gældende, at forelæggelse for EF-domstolen ikke er nødvendig, da sagen kan afgøres ud fra retspraksis, og at de spørgsmål, Elsam ønsker besvaret, ikke vedrører den abstrakte fortolkning af EF-traktatens artikel 82, som der ikke er rimelig tvivl om. Spørgsmålene angår subsumtionen i det foreliggende tilfælde og indebærer, at EF-domstolen anmodes om at vurdere den konkrete sag, hvilket er i strid med traktatens art. 234.

Det er fastslået med United Brands-dommen, at det afgørende for vurderingen af, om en pris er urimeligt høj, er om prisen står i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse. Denne vurdering kan ifølge dommen for eksempel foretages ved en sammenligning mellem salgsprisen og produktionsprisen, men andre metoder kan også anvendes. Viser en sådan vurdering en urimelig forskel mellem salgs- og produktionspris, skal

det videre undersøges, om salgsprisen er urimelig. Det er den nationale domstol, der skal foretage disse vurderinger.

Konkurrencerådets misbrugsvurdering, der knytter sig til misbrugstest A og B, er i fuld overensstemmelse med United Brands-dommens principper.

Konkurrencerådet har bevist, at Elsam i 2005 og 1. halvår af 2006 havde mulighed for i ikke uvæsentligt omfang at styre prisdannelsen på markedet 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 og EF-traktatens artikel 82, stk. 1, jf. stk. 2, litra a. Artikel 82 finder anvendelse på virksomheder, der har en dominerende stilling på det relevante marked, hvilket er tilfældet, hvis virksomheden kan hindre effektiv konkurrence. Hvorvidt Elsam har en sådan dominerende stilling, at Elsam kan påtvinge urimeligt høje priser, henhører under den konkrete subsumption.

Der er i Konkurrencerådets misbrugsvurdering indlagt sådanne sikkerhedsmarginer til fordel for Elsam, at misbrugsvurderingen med sikkerhed følger de retningslinjer, som EF-domstolen har angivet. Det er ikke et krav efter EF-traktatens regler, at det præcist angives, i hvor mange timer og med hvor mange kroner der er opnået urimeligt høje priser. Der er endvidere tale om betydelige overskridelser i en lang række timer fordelt over en lang periode, hvorfor Elsam ikke kan have været i tvivl om, at de opnåede priser i ikke uvæsentligt omfang har været urimelige.

Det er klart, at nationale konkurrencemyndigheder ikke kan dispensere fra artikel 82, hvorfor det ikke er nødvendigt at spørge domstolen herom.

De foreslåede spørgsmål er uegnede til forelæggelse for EF-domstolen, idet de enten allerede er besvaret af EF-domstolen eller vedrører sagens subsumption.

Sø- og Handelsrettens afgørelse

EF-domstolen har i dom af 14. februar 1978 i sag 27/76, United Brands, fastlagt kriterier for bedømmelsen af, hvornår der foreligger misbrug af en dominerende stilling, jf. EF-traktatens art. 82. Kriterierne, der er fastholdt i senere praksis ved EF-domstolen og ved Europakommissionens beslutninger af 25. juli 2001 (Deutsche Post) og af 23. juli 2004 (Helsingborg Havn), gælder misbrug uanset varens eller tjenesteydelsens karakter og uanset afsætningsmåden. Kriterierne må nødvendigvis formuleres generelt for at kunne omfatte afsætning af

alle former for varer og tjenesteydelser, og de kan derfor næppe konkretiseres mere end sket uden at skabe vanskeligheder for forståelsen af reglerne.

Det er rettens opfattelse, at en bekræftende besvarelse af spørgsmålene 1-5 vil nødvendiggøre en indskrænkning af området for anvendelsen af art. 82, og retten finder ikke, at der er grund til at antage, at EF-domstolen vil besvare spørgsmål, der har en sådan konsekvens, bekræftende.

Retten finder endvidere ikke, at EF-domstolens besvarelse af DONG's spørgsmål vil kunne afklare reststillingen i forhold til, hvad der allerede følger af United Brands-dommen og øvrig retspraksis. Anvendelsen af EF-traktatens art. 82, og de kriterier, der fremgår af retspraksis, kan give anledning til betydelig tvivl i retsanvendelsen, men netop sådanne tvivlsspørgsmål, der ikke vedrører den almindelige forståelse af traktatens art. 82, skal afgøres af den nationale ret.

Vedrørende de enkelte spørgsmål bemærkes i tilknytning hertil:

Spørgsmål 1 om, hvorvidt tre betingelser kumulativt skal være opfyldt, er i sin form alene relevant at stille, hvis betingelserne er nødvendige at få præciseret. Første del (a) skønnes at kunne besvares af den nationale ret på grundlag af den relevante retspraksis. Vedrørende anden del (b) finder retten, at det er åbenbart, at svaret er, at det afgørende er virksomhedens adfærd. Tredje del (c) er ikke egnet til forelæggelse for EF-domstolen, idet der efter rettens opfattelse ikke er grund til at antage, at EF-domstolen vil besvare spørgsmålet bekræftende, da dette ville være i strid med traktatens ordlyd og indebære en begrænsning af indholdet af art. 82 i forhold til den forståelse af bestemmelsen, der er fastlagt i retspraksis.

Spørgsmål 2 vedrører i det væsentlige anvendelsen af art. 82 på Elsams adfærd på Nord Pool bedømt ud fra en forudsætning om markedsbaseret forrentning i en ikke nærmere angivet periode. Spørgsmålet er uklart, da begrebet "cyklisk marked" ikke er nærmere angivet, men det er en del af den problemstilling, som den nationale ret skal tage stilling til i forbindelse med subsumtionen.

Spørgsmål 3 omhandler efter rettens opfattelse i alt væsentligt konkret anvendelse af art. 82, som henhører under den nationale ret.

Spørgsmålene 4 og 5 er besvaret af EF-domstolen i den allerede foreliggende praksis, og de elementer, der er omfattet af spørgsmålene, vil indgå i rettens samlede vurdering, i det omfang de er relevante for sagen.

Spørgsmålene 6-8 vedrører anvendelse af almindelige og EF-retlige retssikkerhedskriterier, som efter EF-retten, dansk ret og praksis efter den Europæiske Menneskerettighedskonvention skal anvendes på den foreliggende sag, og spørgsmålene er af den grund ikke egnede til forelæggelse. Det bemærkes særlig, at EF-domstolen ved spørgsmål 6 anmodes om at vurdere graden af konkretisering af den adfærd, som karakteriseres som misbrug, men dette spørgsmål kan ikke løsrives fra den nationale domstols subsumtion. Tilsvarende lægger spørgsmål 8 op til EF-domstolens vurdering af graden af den forudsigelighed, som skal foreligge på tidspunktet for indmelding af priser på Nord Pool, men også afgørelsen heraf må henhøre under den nationale domstols subsumtion.

Spørgsmål 7 vedrører i det væsentlige tilsagnsaftalens betydning for den indbragte afgørelse, og dette spørgsmål må afgøres af den nationale domstol.

Da Sø- og Handelsretten således ikke finder, at der i denne sag bør forelægges spørgsmål for EF-domstolen,

b e s t e m m e s:

DONG Energy A/S' anmodning om, at Sø- og Handelsretten forelægger præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen i medfør af EF-traktatens artikel 234, tages ikke til følge.

Michael B. Elmer

Jens Feilberg

Claus Forum Petersen

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes

P.j.v. Sø- og Handelsretten, den