

Dato: 8. september 2005

J.nr.: 14-3851 KLH/kj

Konkurrencestyrelsen

**Att.: Kontorchef Jacob Schaumburg-Müller**

Nyropsgade 30

1780 København V

**J.nr. 3/1120-8700-0097 - Noe Energi A/S mod Konkurrencerådet.**

Hermed fremsender jeg kopi af Vestre Landsrets dom af 6. september 2005 i ovennævnte sag.

Med venlig hilsen

Kammeradvokaten



v/Kim Lundgaard Hansen

Advokat

Kammeradvokaten  
v/adv. Kim Lundgaard Hansen  
Vimmelskaftet 47  
1161 København K

J. nr. 14-3851

**UDSKRIFT**

af

**DOMBOGEN FOR VESTRE LANDSRET**

---

D O M

afsagt den 6. september 2005 af Vestre Landsrets 6. afdeling  
(dommerne Kristian Petersen, Dorte Jensen og Gorm Søgaard  
Lund (kst.)) i 1. instanssag  
V.L. B-0620-04

NOE Energi A/S

(advokat Simon Evers Hjelmborg, København)

mod

Konkurrencerådet

(Kammeradvokaten ved advokat Kim Lundgaard Hansen, København)

Biintervenient: Elsam A/S

(advokat Erik Bertelsen, Århus).

I sommeren 2000 klagede sagsøgeren, NOE Energi A/S, til Konkurrencestyrelsen over biintervenienten, Elsam A/S', adfærd på timemarkedet for elektricitet i Vestdanmark. Konkurrencestyrelsen iværksatte derefter en undersøgelse af Elsams adfærd. Den 26. marts 2003 besluttede sagsøgte, Konkurrencerådet, efter indstilling fra Konkurrencestyrelsen og på baggrund af nogle tilsagn fra Elsam at lukke den igangværende undersøgelse af Elsams eventuelle misbrug af sin dominerende stilling i markedet. Beslutningen blev truffet med henvisning til konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. punktum.

**Påstande:**

Under denne sag, der er anlagt den 12. marts 2004, har NOE

Energi påstået ophævelse og hjemvisning til fornyet behandling af Konkurrencerådets afgørelse af 26. marts 2005 vedrørende Elsam.

Konkurrencerådet har påstået frifindelse.

Elsam er indtrådt i sagen til støtte for Konkurrencerådet.

**Sagens omstændigheder:**

NOE Energi driver distributionsvirksomhed med køb og salg af elektricitet. En gros-prisen på elektricitet noteres løbende, og opfattes af mange som et timebaseret marked. Elsam er Vestdanmarks største udbyder af elektricitet. Elnettet er forbundet med kabler til Tyskland, Sverige og Norge. Når kablerne er blokeret, er Elsam eneste udbyder på det vstdanske en gros-elmarked af konkurrenceudsat elektricitet. Elektriciteten fra vindmøller er politisk prioriteret og derfor ikke udsat for konkurrence. Omkring 70 % af den elektricitet, der produceres i Danmark, produceres på elektricitetsværker. Elsam var den dominerende udbyder af konkurrenceudsat elektricitet i ca. 1/3 af timerne i 2000 og i ca. 7 % af timerne i 2001. Elsam overdrog retten over kablet til Norge til Nord Pool pr. 1. januar 2001.

NOE Energi indgik i 2000 aftaler for længere perioder om prisen på elektricitet med sine kunder. Det viste sig, at i visse perioder, hvor Elsam var den dominerende udbyder af konkurrenceudsat elektricitet, steg en gros-prisen. NOE Energi klagede derfor i sommeren 2000 til Konkurrencestyrelsen over Elsams konkurrenceadfærd.

Konkurrencestyrelsen tog sagen op og udvidede af egen drift sagen til at omfatte 2001. Sagen blev også udvidet til at angå Energi E2 på det østdanske marked.

Omkring årsskiftet 2002/2003 sendte Konkurrencestyrelsen et udkast af 10. december 2002 til indstilling til Konkurrencerådets afgørelse til høring hos NOE Energi og Elsam. Udkastet var udarbejdet med henblik på rådsmøde den 29. januar 2003.

Resume og indstilling lyder således:

"Resume

1. Denne sag drejer sig om det vest- og det østdanske engrosmarked for elektricitet. Hensigten er at vurdere, hvorvidt der på baggrund af de relevante selskabers (Elsam A/S og Energi E2 A/S) adfærd på markedet i 2000 og 2001 kan statueres misbrug af dominerende stilling i henhold til Konkurrencelovens § 11 stk. 1.
2. Den vestdanske sag er kommet i stand som følge af en klage fra en række elhandelsselskaber fra sommeren 2000 over, at elproducenten Elsam A/S misbruger sin dominerende stilling til at opkræve urimeligt høje en gros elpriser på elmarkedet vest for Storebælt (det vestdanske elmarked).
3. Den østdanske sag er kommet i stand som følge af en henvendelse fra det østdanske systemansvar, Elkraft System, hvori det indikeres, at elproducenten Energi E2 A/S misbruger sin dominerende stilling på engrosmarkederne i Østdanmark.
4. I forbindelse med vurderingen er der foretaget en analyse byggende på avancerede, økonometriske metoder.
5. Efter Konkurrencestyrelsens vurdering er det relevante produktmarked timemarkedet for engros-el. Det relevante geografiske marked varierer fra time til time alt efter forholdene på kabelforbindelserne mellem Vestdanmark og Norge/Sverige og mellem Østdanmark og Sverige. Det vurderes, at Tyskland under ingen omstændigheder kan betragtes som en del af det samme marked som Vest- eller Østdanmark i 2000 og 2001.
6. I timer hvor den indgående kapacitetsbegrænsning på både forbindelsen til Norge og Sverige er bindende, er Vestdanmark et isoleret marked med selvstændig prisfastsættelse. I timer, hvor den indgående kapacitetsbegrænsning på Øresundsforbin-

delsen er bindende, er Østdanmark et isoleret marked med en selvstændig prisfastsættelse.

7. Eftersom hhv. Elsam A/S og Energi E2 A/S besidder langt størstedelen af den konkurrencefælsomme installerede effekt, opnår de to virksomheder en dominerende stilling på hver deres marked i de timer, hvor markedet er isoleret fra de øvrige nordiske områder. Der kan være andre strukturelle årsager til, at Elsam A/S og Energi E2 A/S opnår dominerende stilling, men i 2000 og 2001 har årsagen været kapacitetsbegrænsninger.

8. Beregning af marginale avancer viser, at Elsam A/S og Energi E2 A/S i perioder af 2000 og 2001 ændrer strategisk adfærd i de timer, hvor der opnås en dominerende stilling. Således stiger forholdet mellem de gennemsnitlige korte variable omkostninger og prisen i disse timer. Denne adfærd tyder på, at Elsam A/S og Energi E2 A/S misbruger deres dominans til at tage betydeligt højere priser i de timer, hvor de er dominerende.

9. Beregning af gennemsnitlige avancer viser, at Elsam A/S og Energi E2 A/S i perioder af 2000 og 2001 opnår væsentligt højere avancer i timer med dominans, og at disse avancer væsentligt overstiger, hvad der må forventes i et marked med virksom konkurrence.

10. Elsam A/S havde dominans på det vestdanske engros elmarked i 34 pct. af alle timer i 2000 og i 7 pct. af timerne i 2001. Energi E2 A/S havde dominans i 7 pct. af timerne i perioden oktober til december 2000 og i 5 pct. af timerne i 2001.

11. Selskabernes misbrug af dominerende stilling forekommer med mere eller mindre jævne mellemrum i perioden. Misbruget er i 2000 og 2001 oftest forekommet i timer med høj efterspørgsel og lille prioriteret produktion (vindmøller og decentrale kraftvarmeværker). Begge kan forudsiges. Dertil kommer timer, hvor deciderede planlagte begivenheder som revision af værker eller udlandsforbindelser forekommer. I timer med ovenstående hændelser er incitamentet til at misbruge en dominerende stilling størst.

12. Konkurrencestyrelsen finder, at Elsam A/S og Energi E2 A/S i perioder af 2000 og 2001 har misbrugt deres dominerende stilling på selskabernes

respektive markeder til at opnå priser og avancer, der væsentligt overstiger, hvad der må kunne forventes i et marked med virksom konkurrence.

### **Indstilling**

13. Det meddeles Elsam A/S, at Elsam A/S ved sin prissætningsadfærd på det vstdanske marked for engrosel i perioder af 2000 og 2001 har misbrugt sin dominerende stilling i strid med forbudet i Konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1.  
...."

Udkastet indeholdt en tilsvarende indstilling vedrørende Energi E2.

NOE Energi afgav ikke høringssvar til udkastet. Elsam afleverede et meget omfattende høringssvar. Sagen blev ikke behandlet af Konkurrencerådet på mødet den 29. januar 2003. NOE Energis forespørgsel om årsagen hertil førte til et møde med Konkurrencestyrelsen i begyndelsen af februar, hvorunder styrelsen oplyste, at Elsam havde givet nogle mundtlige tilsagn, og at der på grundlag heraf pågik forligsforhandlinger. Styrelsen afslog at orienterer NOE Energi om indholdet af tilsagnene.

Den 18. marts 2003 modtog NOE Energi fra Konkurrencestyrelsen et nyt udkast til indstilling til Konkurrencerådets afgørelse i sagen. Udkastet var udarbejdet med henblik på rådsmøde den 26. marts 2003. Det blev indledt med et resume, hvis pkt. 1-4 i det væsentlige svarede til styrelsens første udkast. Herefter hedder det videre i resumeet:

"5. Konkurrencestyrelsen har i forbindelse med markedsafgrænsningen afgrænset det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked. Som følge af den fundamentale egenskab ved elektricitet, at den ikke kan lagres, har Konkurrencestyrelsen vurderet, at det relevante produktmarked kan afgrænses til timemarkedet for elektricitet solgt en gros.

6. Det relevante geografiske marked kan som følge heraf variere fra time til time alt efter forholdene på kabelforbindelserne mellem Vestdanmark og Norge/Sverige og mellem østdanmark og Sverige. Denne markedsafgrænsning følger den seneste nordiske konkurrenceretspraksis på området. På baggrund af korrelationsanalyser og markedsstrukturer vurderes det tyske marked ikke at tilhøre det relevante geografiske marked i den behandlede periode.

7. I timer, hvor der er importflaskehalse på forbindelserne fra både Norge og Sverige, er Vestdanmark et isoleret marked med selvstændig prisfastsættelse. I timer, hvor der er importflaskehalse på Øresundsforbindelsen, er Østdanmark et isoleret marked med en selvstændig prisfastsættelse. I timer uden kapacitetsproblemer er både Øst- og Vestdanmark en del af et større nordisk marked.

8. Begge selskaber er uenige i Konkurrencestyrelsens markedsafgrænsning. Efter såvel Elsams som Energi E2's opfattelse kan markedet ikke periodisk indsnævres til hhv. Vest- og Østdanmark ligesom Tyskland også bør henregnes til det relevante geografiske marked. Samtidig indtager hverken Elsam A/S eller Energi E2 efter egen opfattelse en dominerende stilling på hhv. det vestdanske og det østdanske marked for engroselectricitet.

9. Eftersom Elsam A/S og Energi E2 besidder langt størstedelen af den konkurrenceudsatte installerede effekt i hhv. Vest- og Østdanmark, opnår de to virksomheder en dominerende stilling på hver deres marked i de timer, hvor markedet er isoleret fra de øvrige nordiske områder.

10. Konkurrencestyrelsens beregning af marginale avancer viser tegn på, at Elsam A/S og Energi E2 i perioder af 2000 og 2001 ændrer strategisk adfærd i de timer, hvor der opnås en dominerende stilling. Således bliver der et større spænd mellem de korte variable omkostninger og prisen i disse timer.

11. det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at priserne i disse perioder ikke blot har været højere, end hvis selskaberne ikke var dominerende. Analysen viser, at de to selskabers udbudskurver er skubbet opad.

12. Beregning af gennemsnitlige avancer viser, at Elsam A/S og Energi E2 i perioder af 2000 og 2001 opnåede signifikant højere avancer i timer med dominans end i andre timer, og at disse avancer mu-



ligvis oversteg, hvad der kunne forventes i et marked med virksom konkurrence. Elsam A/S og Energi E2 er uenig heri.

13. Elsam havde dominans på det vstdanske engroselmarked i 34 pct. af alle timer i 2000 og i 7 pct. af timerne i 2001. Energi E2 havde dominans i 7 pct. af timerne i perioden oktober til december 2000 og i 5 pct. af timerne i 2001. År 2000 var et vådår, mens 2001 var næsten normalt. I vådår vil der ofte opstå importflaskehalse, eftersom elektriciteten produceret på de nordskandinaviske vandkraftværker i disse tilfælde er meget billig.

14. Selskabernes ændring i adfærd forekommer med mere eller mindre jævne mellemrum i perioden. Dominans og adfændsændringer er i 2000 og 2001 oftest indtruffet i timer med høj efterspørgsel og lille prioriteret produktion (vindmøller og decentrale kraftvarmeværker). Begge begivenheder kan forudsiges med en vis sikkerhed. Dertil kommer timer, hvor deciderede planlagte begivenheder som revision af værker eller udlandsforbindelser forekommer. I timer med ovenstående hændelser er produktionen stor, og derfor vil en eventuel gevinst ved at tage høje priser også være stor.

15. Elsam og Energi E2 er ikke enige i denne analyse. De mener, at styrelsens analyseresultater skyldes fejlagtige antagelser om driften af kraftværkerne, betydningen af det tyske marked samt fejlagtige antagelser og brug af de statistiske modeller.

16. Markederne var i 2000 og 2001 unge og umodne. I perioden var begge markeder udsat for store strukturelle ændringer. Østdanmark blev først et selvstændigt prisområde i Nord Pool i oktober 2000. På det vstdanske marked var det bl.a. afgørende, at fordelingen af kapacitet på Skagerrakforbindelsen pr. 1. januar 2001 blev overdraget til Nord Pool. Samtidig blev gamle aftaler på forbindelsen til Tyskland ophævet, og kapacitetsallokeringsmekanismen blev forbedret. Denne udvikling gjorde det lettere at handle markedsmæssigt over den dansk/tyske grænse.

17. Samtidig var det vanskeligt for selskaberne at forudsige et institutionelt dårligt fungerende tysk marked.

18. Der har i den analyserede periode i høj grad været tale om en erfaringsfase for aktørerne på båd-

de det østdanske og det vestdanske elmarked, hvor der skulle opbygges erfaring med det liberaliserede elmarked - herunder de forskellige finansielle produkter.

19. Selskaberne har på baggrund af ovenstående fremlagt en indmeldelsespolitik for bud på den nordiske elbørs, Nord Pool, som selskaberne vil følge i fremtiden. Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at der derigennem opnås et mere effektivt marked, hvor de danske områdepriser som hovedregel ligger på eller mellem priserne i Sverige/Norge og Tyskland.

20. Herudover vil selskaberne aktivt arbejde for at aktiviteten på markederne for hhv. vest- og østdanske differencekontrakter øges. Der er således udformet en aftale mellem selskaberne og Konkurrencestyrelsen, som tydeligt fastlægger retningslinierne herfor. Det er styrelsens vurdering, at dette vil øge gennemsigtigheden i prisdannelsen på det vestdanske marked og mindske selskabernes incitament til at misbruge en dominerende stilling.

21. Det er styrelsens samlede vurdering, at selskabernes fremlagte indmeldelsespolitik og market-maker-tilsagn i hhv. Øst- og Vestdanmark vil skabe en væsentlig forbedring af markedet. Tilsagnene vurderes at kunne få stor betydning. Konkurrencestyrelsen skønner, at den årlige effekt af tilsagnene vil være besparelser for forbrugerne på ca. 25 mill. kr. i Vestdanmark og ca. 20 mill. kr. i Østdanmark.

22. På denne baggrund er det Konkurrencestyrelsens vurdering, at det ikke er nødvendigt at foretage yderligere undersøgelser af historiske markedsforhold for perioden 2000 til 2001. Styrelsen vil ikke forfølge sagen videre forudsat, at Elsam A/S og Energi E2 opfylder de afgivne tilsagn."

Om Konkurrencestyrelsens indstilling til Konkurrencerådet hed det i udkastet videre:

"23. Konkurrencestyrelsen indstiller til Konkurrencerådet, at sagen ....(sagen vedrørende Energi E2)....lukkes og ikke forfølges yderligere forudsat, at Energi E2 opfylder de afgivne nedenstående tilsagn. Energi E2 er omvendt ikke bundet af tilsagnene, såfremt Konkurrencestyrelsen eller -rådet tager sagen op til fornyet behandling.

24. Konkurrencestyrelsen indstiller til Konkurrencerådet, at sagen....(sagen vedrørende Elsam)....lukkes med henvisning § 14, stk. 1, 3. pkt. og ikke forfølges yderligere forudsat, at Elsam opfylder de afgivne nedenstående tilsagn. Elsam er omvendt ikke bundet af tilsagnene, såfremt Konkurrencestyrelsen eller -rådet tager sagen op til fornyet behandling."

Udkastet indeholdt herefter en nærmere redegørelse for Konkurrencestyrelsens vurdering. Heri hedder det blandt andet:

"40. Efter § 23, stk. 4 kan overtrædelser af § 11, stk. 1 straffes med en bøde for adfærd udvist efter 1. juli 2002. Hverken Elsam eller Energi E2 kan således idømmes bøder i den konkrete sag, selvom det måtte stå klart, at selskaberne havde overtrådt § 11, stk. 1 om misbrug af dominerende stilling. Energi E2 mener, at denne sagstype ikke har en sådan karakter, at det under nogle omstændigheder ville blive aktuelt at idømme bødestraf.

41. Omfanget af velfærdstabet er derfor ikke altafgørende at bestemme i de konkrete sager (indledende øvelser er gjort i kapital 7). I fremtiden vil omfanget af velfærdstabet som følge af eventuelle overtrædelser af § 11, stk. 1 blive kortlagt mere detaljeret med særlig henblik på bødeudmåling - jf. § 23, stk. 4.

.....

52. Elsam er allerede market-maker på vstdanske differencekontrakter. Men markedet har vist sig iltikvidt. Elsam vil derfor senest 1. juli 2003 indsnævre spreads og øge volumener.

53. En øget likviditet i markedet for de danske differencekontrakter vil i sig selv forbedre markedet, da markedsaktørerne får bedre mulighed for at afdække risikoen mellem områdepris og systempris.

54. Derudover vil en producent med market-maker-status på markedet for differencekontrakter kunne få begrænset sit incitament til at udøve markedsmagt. En market-maker er forpligtet til at stille åbne købs- og salgspositioner. I fald en producent har solgt en given mængde elektricitet på differencekontrakter, vil producenten have et mindre incitament til at byde spotprisen op, da producenten i henhold til differencekontrakterne er forpligtet

til at udbetale beløb svarende til (en del af) forskellen mellem område- og systempris til kontraktindehaverne.

55. Kombinationen af en indmeldelsespolitik, som lægger et bånd omkring de danske priser, og et vel-fungerende CfD-marked vil efter Konkurrencestyrelsens vurdering i væsentlig grad kunne opveje de konkurrencebegrænsende effekter af begrænsede importmuligheder.

56. Konkurrencestyrelsen finder herefter ikke på grundlag af ovenstående, at den indgivne klage over Elsam giver anledning til en fuldstændig undersøgelse af den vstdanske sag (j.nr. 3/1120-0100-0776), og til at der træffes afgørelse i sagen, jf. Konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

57. På denne baggrund er det Konkurrencestyrelsens samlede vurdering, at det ikke er nødvendigt at foretage yderligere undersøgelser af historiske markedsforhold for perioden 2000 til 2001. Styrelsen vil ikke forfølge sagerne videre."

Endelig indeholdt udkastets side 10-60 en nærmere analyse af markedsforholdene.

NOE Energi reagerede på høringen ved e-mail af 21. marts 2003 fra selskabets advokat, hvori det blandt andet hedder:

"..... har vi konstateret, at det af styrelsen oprindeligt fremsendte udkast til rådsindstilling af december 2002 overraskende er blevet ændret, således at konkurrencestyrelsen i den fornyede indstilling har valgt at undlade at indstille til rådet at træffe afgørelse om konstatering af det stedfundne misbrug i den relevante periode 2000-2001. I den forbindelse skal det fremhæves, at såfremt der er tilgået styrelsen nye oplysninger, er dette ubekendt for klager.

I den forbindelse skal det understreges, at klager stiller sig fuldstændig uforstående overfor, hvorledes styrelsen på den ene side rent faktisk kan foretage en konstatering af, at der har fundet et misbrug sted og på den anden side undlade at indstille til rådet at foretage en formel konstatering heraf.

Som telefonisk meddelt styrelsen har klager lidt et betydeligt økonomisk tab som følge af, at Elsam A/S har misbrugt sin dominerende stilling. Dette tab agter klageret at forfølge ved de almindelige domstole for så vidt angår selve erstatningsudmålingen. Klager har nu gennem knap tre år sammen med styrelsen forfulgt en afgørelse i det administrative system med henblik på at opnå en konstatering af Elsams misbrug af dominerende stilling og dermed et ansvarsgrundlag. Styrelsen har forfulgt denne sag og stedse givet klager indtryk af, at der havde fundet et misbrug sted, hvilket udmundede i den oprindelige rådsindstilling i december 2002. Den fornyede rådsindstilling fremstår derfor også på dette grundlag som uforståelig for klager.

Vi finder anledning til at bemærke, at styrelsen ved flere lejligheder har tilkendegivet, at styrelsen finder det hensigtsmæssigt, at denne sag bliver afsluttet forligsmæssigt på en for alle tre parter tilfredsstillende måde. Styrelsen har endvidere stedse indikeret, at dette ønske er baggrunden for styrelsens ændrede indstilling til rådet. Som det er præciseret overfor styrelsen er det for klager afgørende for en "forligsmæssig" løsning, at dette også omfatter klagers erstatningskrav. Klager har derfor taget kontakt til Elsam A/S med henblik på at diskutere mulighederne for en forligsmæssig løsning. Det må beklageligvis meddeles styrelsen, at Elsam A/S har stillet sig fuldstændig afvisende overfor enhver form for forligsmæssig løsning.

...."

Konkurrencerådet traf på mødet den 26. marts 2003 på grundlag af Konkurrencestyrelsens indstilling følgende afgørelse:

"....

23. Det meddeles Energi E2 A/S, at sagen ....lukkes og ikke forfølges yderligere forudsat, at Energi E2 A/S opfylder de afgivne tilsagn, der er angivet i vedlagte aftale. Energi E2 A/S er omvendt ikke bundet af tilsagnene, såfremt Konkurrencestyrelsen eller -rådet tager sagen op til fornyet behandling.

24. Det meddeles Elsam A/S, at sagen ....lukkes med henvisning til § 14, stk. 1, 3. pkt. og ikke forfølges yderligere forudsat, at Elsam A/S opfylder de afgivne tilsagn, der er angivet i vedlagte aftale. Elsam A/S er omvendt ikke bundet af tilsag-

nene, såfremt Konkurrencestyrelsen eller -rådet tager sagen op til fornyet behandling.

...."

NOE Energi klagede over afgørelsen til Konkurrenceankenævnet.

I Konkurrenceankenævnets afgørelse af 19. januar 2004 hedder det blandt andet:

"....

Nærværende sag angår spørgsmålet om rækkevidden af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt., sammenholdt med § 19, stk. 1 og 3, herunder i tilfælde, hvor afvisningsbeslutningen træffes efter en langvarig og omfattende behandling af klagen og betinges af tilsagn om ændret adfærd, og hvor klagen over afvisningsbeslutningen støttes på anbringender om tilsidesættelse af partsstatus og varetagelse af ulovlige hensyn.

Uanset hvor ejendommeligt sagsforløbet i lyset af omtalen i pressen - baseret på myndighedsudsagn, som ikke har været korrigeret i pressen, men er blevet det over for ankenævnet - kan forekomme, finder ankenævnet det velegnet til at illustrere, at der kan være forskel på, hvor mange myndighedsressourcer der ud fra et klagersynspunkt kan ønskes anvendt på en sag, og hvilken ressourceanvendelse sagen ud fra det offentliges interesse i lovens overholdelse - bagudrettet og fremadrettet - med rimelighed kan bære. Sagen er også velegnet til at illustrere, at der kan være såvel ressourcemæssige fordele som retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved en ordning, hvorefter en myndighed kan afvise en klage over hidtidig adfærd mod tilsagn om en ændret fremtidig. I begge henseender er der tale om en afvejningsproblematik, som det i første række er op til lovgivningsmagten at tage stilling til.

På den baggrund og efter det, som foran er anført om lovgrundlaget, finder ankenævnet, at lovens § 19, stk. 3, sammenholdt med § 14, stk. 1, 3. pkt., må forstås i overensstemmelse med ordlyden, således at Konkurrencerådets beslutning efter § 14, stk. 1, om at afvise at behandle en klage - uanset sagens karakter, og hvornår i sagsforløbet denne beslutning træffes, uanset hvad beslutningen måtte være betinget af, og uanset hvad indsigelserne mod be-

slutningen støttes på - ikke af klager kan påklages til og behandles af ankenævnet. Der er ikke hermed taget stilling til, om en indklaget virksomhed, der i forbindelse med Konkurrencerådets afvisning af at behandle en klage over dominerende stilling afgiver et tilsagn - noget, som er uomtalt i loven - kan indbringe tilsagnsdelen af afgørelsen for ankenævnet.

Konkurrencerådets beslutning om, at "sagen ...lukkes med henvisning til § 14, stk. 1, 3. pkt.", er herefter en beslutning, som over for NOE indeholder en sådan afvisning af at behandle NOE's klage til Konkurrencerådet, at NOE i medfør af § 19, stk. 3, ikke kan indbringe afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

...."

Konkurrencenævnet afviste herefter klagen.

#### **Forklaringer:**

Flemming Poulsen har forklaret, at han er direktør for NOE Energi, der er et elhandelsselskab, der blev stiftet i 1998, i forbindelse med, at Folketinget vedtog en deregulering af elmarkedet. NOE Energi blev stiftet af Lemvig Kommune, Struer Kommune, Holstebro Kommune og Nordvestjysk Elforsyning. Sidstnævnte er nu eneaktionær. NOE Energi køber strøm på elbørsen og sælger den videre.

Selskabet har siden 1. juni 1999 udbudt strøm. Salgsaftalerne indgås for længere perioder, mellem ½ år og et par år, og således at prisen er fast i aftaleperioden. Derfor er selskabet afhængig af, at markedet udvikler sig forudsigeligt. NOE Energi har også tilbudt at sælge til spotpris, men det var kunderne ikke interesseret i. Fra januar 2000 blev markedet uforudsigeligt. Selskabet led tab og besluttede sig sammen med 5 andre elhandelselskaber, blandt andet DISAM A/S, for i maj 2000 at henvende sig til Konkurrencestyrelsen. Selskabet modtog herefter et henholdende svar underskrevet af en fuldmægtig. NOE Energi havde i 2000 lidt store tab, og han vurde-

rede, at svaret ikke var tilfredsstillende i forhold til det store tab. Derfor tog han kontakt til Konkurrencestyrelsens ledelse, og de aftalte, at styrelsen skulle tage sagen op. NOE Energi havde på dette tidspunkt taget kontakt til en advokat. Senere frafaldt de andre klagere sagen. DISAM A/S, der i mellemtiden har taget navneforandring til Energi Danmark A/S, var ejet af de samme, som ejede 52% af Elsam. Direktør Jørn Holm Vestergaard, Energi Danmark A/S, har sagt til ham, at det er årsagen til, at dette selskab ikke har ønsket at få sagen gennemført hos Konkurrencestyrelsen. Ved henvendelse til medarbejdere i de øvrige 4 selskaber, der var med til at rette henvendelse til Konkurrencestyrelsen, har han fået indtryk af, at direktøren for Energi Danmark A/S har overtalt disse 4 selskaber til ikke at ønske sagen gennemført. Det udkast til afgørelse, som han i december 2002 modtog fra Konkurrencestyrelsen, var på alle punkter tilfredsstillende for NOE Energi. Da sagen ikke kom med på rådsmødet i januar 2003, rettede han telefonisk henvendelse til Konkurrencestyrelsen og fik oplyst, at der var kommet nye oplysninger af betydelig værdi. Han kunne ikke få nærmere oplysninger herom, og det var i det hele taget som om Konkurrencestyrelsen pludselig stillede sig helt anderledes til sagen og til NOE Energi som part. På et tidspunkt, formentlig efter mødet i februar 2003, talte han med kontorchef Jacob Schaumburg-Müller fra Konkurrencestyrelsen, som oplyste, at der ville blive lavet aftale med Elsam og Energi E2, og at Elsam i forbindelse hermed havde erklæret sig villig til at indgå et forlig med NOE Energi. Han har ikke set skriftligt materiale, der bekræfter dette. Med hjælp af en revisor opgjorde NOE Energi herefter et erstatningskrav på 8-12 mio.kr., som blev fremsendt til Elsam, der afviste kravet. Vidnet fandt det udkast, som han modtog i marts 2003, totalt utilfredsstillende. Selskabet havde før januar 2000 en egenkapital på 9-10 mio.kr., og den har ikke været over 5 mio.kr., siden selskabet led tab i 2000.



**Procedure:**

NOE Energi har gjort gældende, at Konkurrencerådets afgørelse, der er en afgørelse om at afvise fortsat behandling af klagen, ikke har hjemmel i den dagældende konkurrencelovs § 14, stk. 1, 3. pkt. Denne bestemmelse indeholder alene hjemmel til, at rådet kan afvise klager af mindre samfundsøkonomisk betydning, inden egentlige undersøgelser sættes i værk. Bestemmelsen giver ikke rådet en vid skønsmæssig adgang til efter grundige undersøgelser gennem længere tid at afvise en klage under henvisning til, at sagen, efter at forhandling med indklagede har ført til, at indklagede har givet nogle tilsagn om sin markedsadfærd for fremtiden, ikke længere har tilstrækkelig samfundsøkonomisk betydning.

NOE Energi har nærmere anført, at selskabets klage tog udgangspunkt i markedssituationen, når forbindelsen gennem kablerne til Norge og Sverige ikke fungerede normalt, men klagen angik prisdannelsen. NOE Energi havde stor økonomisk interesse i klagesagen og havde bidraget betydeligt til Konkurrencestyrelsens sagsbehandling, der efter det første udkast til afgørelse syntes at ville få en for NOE Energi tilfredsstillende afslutning. Endnu da styrelsen gik ind på at forhandle med Elsam, der ønskede sagen lukket, var styrelsen øjensynligt indstillet på at tage hensyn til klagers interesse og partsstilling. Alligevel forhandlede Konkurrencestyrelsen en aftale på plads med Elsam uden at inddrage NOE Energi. Aftalen indebar, at sagen skulle lukkes, og man anvendte hertil lovens § 14, stk. 1, 3. pkt., skønt den ikke giver hjemmel til at lukke en sag, blot fordi der er indgået en aftale med indklagede. En naturlig sproglig forståelse af dagældende § 14, stk. 1, 3. pkt., fører til, at afgørelse om afvisning træffes ved sagens indledning. Dette er også den mest naturlige forståelse af lovforarbejderne og af forarbejderne til den nugældende konkurrencelov. Det er også i over-

ensstemmelse med den juridiske teori. Den dagældende og den nugældende konkurrencelov hviler i modsætning til den tidligere lovgivning på området på et forbudsprincip, og selv om førstegangsovertrædelser indtil midten af 2002 ikke kunne straffes, var det væsentligt at få fastslået overtrædelser, blandt andet fordi andengangsovertrædelser kunne straffes. Hvis førstegangsovertrædelser ikke blev fastslået, ville forbudet i lovens § 11 ikke have den tilsigtede præventive effekt.

Det bestrides ikke, at det ville have krævet ressourcer at føre klagen over Elsam igennem til afgørelse, men dette forhold medfører ikke, at § 14, stk.1, 3. pkt., kan bringes i anvendelse. Det kræver vel ofte en vis undersøgelse - for eksempel at indklagede besvarer nogle spørgsmål - før der kan tages stilling til, om en klage skal afvises, men hvis konkurrencemyndighederne herefter beslutter at gå videre og iværksætter en egentlig undersøgelse, må sagen afsluttes med en realitetsafgørelse, eller sagen må henlægges på bevisets stilling, hvilket kan ske uden udtrykkelig hjemmel. I begge tilfælde vil afgørelsen - i modsætning til en afvisning efter § 14, stk. 1, 3. pkt., - kunne indbringes for Konkurrenceankenævnet i overensstemmelse med det toinstansprincip, der er en del af konkurrencelovens processuelle regelsæt. Dette er i god overensstemmelse med den forelæggelsesregel, der gælder inden for straffeprocessen ved overvejelse om påtaleopgivelse ud fra blandt andet ressourcehensyn.

De principper, der gælder for Folketingets Ombudsmands afvisning af klager, jf. § 16, stk. 1, i lov om Folketingets Ombudsmand, har ikke betydning for fortolkningen af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt. Ombudsmandens undersøgelse kan alene føre til kritik af en offentlig myndighed. Den tjener ikke til at regulere konkurrencen mellem private, og Ombudsmanden træffer ikke en materiel afgørelse.

Det giver ikke mening, at Konkurrencerådet anvender § 14, stk. 1, 3. pkt., i en sag om mulige overtrædelser, der i sagens natur angår fortiden, på grundlag af løfter fra indklagede om fremtiden. Hvis konkurrencemyndighederne kunne gå ind på således at "handle" med indklagede, ville der opstå en væsentlig risiko for, at myndighederne, hvis ydelse kun kunne være at lukke sagen, fristes hertil med stor negativ virkning for klager, for hvem det efterfølgende vil være næsten umuligt at føre en erstatningssag om misbrug af dominerende markedsstilling mod indklagede. Årsagen til, at rådet subsumerede afgørelsen under § 14, stk. 1, 3. pkt., kan alene have været, at man ville afskære klage til Konkurrenceankenævnet, der omtrent hver anden gang, der klages, ophæver og hjemviser rådets afgørelser.

Konkurrencerådet har gjort gældende, at rådets afgørelse har hjemmel i dagældende Konkurrencelovs § 14, stk. 1, 3. pkt. Denne bestemmelse giver - efter såvel ordlyd som forarbejder - Konkurrencerådet en vid skønsmæssig beføjelse til at prioritere anvendelsen af konkurrencemyndighedernes ressourcer, og afgørelsen er truffet inden for rammerne af denne beføjelse. På baggrund af konkurrencelovens § 1 skal konkurrencemyndighederne ved administrationen af loven søge at sikre, at samfundets ressourcer anvendes optimalt gennem virksom konkurrence. De tilsagn, som Elsam gav, medførte, at uhensigtsmæssigheder på markedet blev fjernet, og hindrede misbrug. Det var ikke tilsagnene, der førte til afgørelsen efter § 14, stk. 1, 3. pkt., men en samlet vurdering af sagens samfundsmæssige betydning, efter at tilsagnene var givet. Videre undersøgelse ville alene angå de historiske markedsforhold i en overgangsperiode, hvor elmarkedet var nyt, og hvor aktørerne var i færd med at gøre deres erfaringer. En omfattende undersøgelse af markedsdeltagernes optræden ville derfor føre til et meget konkret resultat uden særlig præventiv effekt. Der

var desuden ikke sikkerhed for, at yderligere undersøgelser ville føre til, at misbrug kunne fastslås, og der var derfor risiko for, at et omfattende fortsat undersøgelsesarbejde ville være spildt. Endelig ville det, selv om misbrug blev fastslået, ikke være muligt at pålægge straf. Herefter gav sagen ikke længere tilstrækkelig anledning til yderligere undersøgelser. Det vil altid være sådan, at det under et undersøgelsesforløb først gradvist bliver klart, om en klage har tilstrækkelig betydning til, at undersøgelserne skal fortsættes. Typisk når man dertil forholdsvis hurtigt - og det bør tilstræbes - men det er ikke altid tilfældet. I dette tilfælde blev indklagede - Elsam - først præsenteret for konkurrencemyndighedernes synspunkter, da det første udkast til rådsafgørelse blev sendt i høring. Det førte til omfattende indsigelser fra Elsam, og det var først herefter, at det var muligt at konstatere, at klagen var af mindre betydning i forhold til, hvad det ville kræve at tilvejebringe grundlag for en materiel afgørelse. Der er ikke pligt til at træffe en materiel afgørelse frem for at lukke sagen, fordi undersøgelserne har stået på gennem længere tid. Dette svarer til det, der i henhold til § 16, stk. 1, i lov om Folketingets Ombudsmand gælder vedrørende undersøgelse, denne har iværksat i anledning af en klage.

Hensynet til klager kan ikke føre til, at der ikke kan træffes afgørelse efter § 14, stk. 1, 3. pkt. Konkurrencelovens formål er ikke at løse konkrete konflikter mellem markedsdeltagere. Det indgår naturligvis i det samlede skøn over de samfundsmæssige hensyn, som skal varetages, om en markedsdeltagere er udsat for misbrug, men en undersøgelse skal ikke trods modstående hensyn presses igennem for at sikre klager grundlag for en erstatningssag. Hensynet til NOE Energi som klager var endvidere ikke tungtvejende, fordi undersøgelsen, der blandt andet omfattede prisdannelsesmekanismen, var gået

langt ud over klagen, der angik flaskehalsproblemet på transmissionskablerne.

Konkurrencerådets afgørelse er som anført truffet efter en samlet afvejning. Det er ikke en afgørelse om at henlægge sagen på bevisets stilling. En sådan afgørelse er der ikke hjemmel til. Derimod kan vurderingen af bevisets stilling indgå i den samlede vurdering efter § 14, stk. 1, 3. pkt.

Elsam har til støtte for Konkurrencerådet anført, at Elsam, der hidtil havde haft monopol, havde behov for at få nogle retningslinier at fastsætte sine priser efter i den konkurrencesituation, man nu befandt sig i. Heri lå Elsams interesse i at opnå en fremadrettet løsning gennem forhandling. Det samfundsmæssige hensyn, som konkurrencemyndighederne skal varetage, var at få elmarkedet til at fungere. Det kunne opnås med Elsams tilsagn. Et prispålæg til Elsam, der ville kræve omfattende undersøgelser, var derimod en nødløsning. Konkurrencemyndighederne havde derfor en rimelig forvaltningsinteresse i den forligsmæssige løsning. Desuden havde klagen i sin tid drejet sig om anvendelsen af kablet til Norge, og dette spørgsmål var løst ved overdragelsen til Nordpool. Den sag, der resterede, var en egen-drift-sag om prisfastsættelsen, som Konkurrencestyrelsen havde taget op i forbindelse med klagesagen. Elsams tilsagn var derfor slet ikke et moment, der indgik i beslutningen om at afvise klagen.

#### **Landsrettens begrundelse og resultat:**

Det hedder i bemærkningerne til § 14 i forslaget til dagældende konkurrencelov (lov nr. 384 af 10. juli 1997) (Folketingstidende 1996-97, tillæg A, side. 3672, 2. spalte):

"....

Med formuleringen "Konkurrencerådet afgør, om en klage giver tilstrækkelig anledning til undersø-

gelse" i § 14, stk. 1, 3. pkt. præciseres det, at der ikke foreligger nogen ubetinget pligt til at behandle en klage. Konkurrencerådet kan således, under hensyntagen til prioriteringen af rådets arbejde, beslutte at afvise at behandle klager af mindre betydning.

...."

Hverken ordlyden af bestemmelsen eller forarbejderne giver sikkert holdepunkt for, at Konkurrencerådet ikke i denne bestemmelse havde hjemmel til efter et samlet skøn over de samfundsmæssige hensyn, som loven havde til formål at tilgodese, sammenholdt med hensynet til ikke unødigt at anvende yderligere ressourcer, at afvise en klage, uanset at der allerede var iværksat en undersøgelse på baggrund af klagen.

At Konkurrencerådet havde hjemmel hertil støttes i et vist omfang af bemærkningerne i lovforslaget til den nugældende konkurrencelovs § 14, stk. 1, 3. pkt., (bemærkningerne til lovforslag L 63 2004-05, side 28) hvori det hedder, at den nugældende formulering er en præcisering af Konkurrencerådets kompetence, og at Konkurrencerådet, som det er fastslået af Konkurrenceankenævnet, har vide beføjelser til at afvise at behandle en sag, og at rådet på et hvilket som helst tidspunkt i sagsbehandlingen kan afvise at behandle alle eller nogle af de klagepunkter, som en klager har rejst.

Der er ikke grundlag for at antage, at Konkurrencerådet ikke traf afgørelsen om at afvise klagen fra NOE Energi på grundlag af en samlet vurdering af de nævnte samfundsmæssige hensyn. Det bemærkes herved, at der ikke er grundlag for at antage, at afgørelsen blev truffet efter § 14, stk.1, 3. pkt., for herved at afskære klage til Konkurrenceankenævnet. Det kan heller ikke antages, at Konkurrencerådet blandt de omstændigheder, der er lagt vægt på ved afgørelsen, ikke kunne lade indgå, at man ved forhandling med indklagede havde opnået tilsagn, der sikrede markedets funktion for fremtiden,

og at samfundsmæssige hensyn herefter ikke gav tilstrækkelig anledning til fortsatte undersøgelser.

Herefter frifindes Konkurrencerådet.

NOE Energi skal betale sagsomkostninger til Konkurrencerådet med 70.350 kr. Beløbet dækker 10.350 kr. til udgift til materialesamling og 60.000 kr. til dækning af udgifter til advokatbistand. Sidstnævnte beløb er fatssat skønsmæssigt uden, at landsretten har været i besiddelse af oplysninger om advokatens tidsforbrug.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8a.

Elsam A/S har ikke nedlagt påstand om tilkendelse af sagsomkostninger.

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

Sagsøgte, Konkurrencerådet, frifindes.

I sagsomkostninger skal sagsøgeren, NOE Energi A/S, inden 14 dage betale 70.350 kr. til Konkurrencerådet.

Kristian Petersen

Dorte Jensen

Gorm Søgaard Lund

(kst.)


cfr.

-----

Uden betaling

Udskriftens rigtighed bekræftes

Vestre Landsret den 6. september 2005



Bonnie Broe Nyberg  
Retssekretær