

2008-03-03: DONG Energy A/S (Stadfæstet for perioden 1. januar 2005 til 30. juni 2006 og ophævet og hjemvist for perioden 2. halvår af 2006)

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 3. marts 2008 i sag 2007-0013574

DONG Energy A/S

(advokat Erik Bertelsen og advokat Morten Kofmann)

mod

Konkurrencerådet

(Kammeradvokaten v/advokat Jacob Pinborg)

Biintervenienter til støtte for Konkurrencerådet:

Energi Danmark A/S,

Scan Energi A/S og

OK A.m.b.a.

(advokat Henrik Holtse for alle)

1. Den påklagede afgørelse.

Ved klage af 17. juli 2007 har DONG Energy A/S (tidligere Elsam A/S) indbragt Konkurrencerådets afgørelse af 20. juni 2007, hvori Konkurrencerådet konstaterede, at DONG/Elsam har brudt konkurrenceloven ved i 2005 og 2006 at opkræve urimeligt høje priser for elektricitet i Vestdanmark.

Det hedder i afgørelsen nærmere:

”26. Det meddeles DONG Energy A/S, at

- Elsam Kraft A/S, der er overtaget af DONG Energy A/S i forbindelse med fusionen mellem DONG A/S og Elsam A/S, har misbrugt sin dominerende stilling på markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark ved i perioden 1. januar 2005 til 30. juni 2006 at anvende en strategi for indmeldelse på Nord Pool, der resulterer i urimelige salgspriser i strid med EFT art. 82, stk. 1, jf. art. 82, stk. 1, litra a og konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 1, og at

- Elsam Kraft A/S, der efter fusionen hedder DONG Energy Generation A/S – trods Vattenfalls indtræden på markedet i 2. halvår af 2006 – fortsat har en dominerende stilling på markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark, og at selskabet i perioden 1. juli 2006 til 31. december 2006 har misbrugt sin dominerende stilling på markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark ved at anvende en strategi for indmeldelse på Nord Pool, der resulterer i urimelige salgspriser i strid med EFT art. 82, stk. 1, jf. art. 82, stk. 1, litra a og konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 1.”

Det hedder i den påklagede afgørelse i øvrigt:

”Resumé

1. Denne sag drejer sig om, hvorvidt den danske elproducent Elsam A/S (herefter ”Elsam”) i perioden 1. januar 2005 til 31. december 2006 har misbrugt sin dominerende stilling på engroselmarkedet i Vestdanmark til at opnå urimeligt høje priser.
2. Sagen er en opfølgning på Konkurrencerådets afgørelse i Elsam II sagen fra 2005 [note: Konkurrencerådets møde den 30. november 2005], hvor rådet traf afgørelse om, at Elsam i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2004 havde misbrugt sin dominerende stilling, idet Elsam havde anvendt en prisstrategi for indmeldelse på Nord Pool, som resulterede i, at Elsam i 900 timer i perioden opnåede urimeligt høje priser.
3. Konkurrencestyrelsen har på den baggrund foretaget en lignende undersøgelse af Elsams adfærd i 2005 og 2006. Undersøgelsen baserer sig generelt på de samme analyser og den samme misbrugstest, der blev anvendt i Elsam II sagen.
4. Det relevante marked er markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark. Elsams markedsandel i Vestdanmark på det relevante produktmarked kan umiddelbart opgøres til mellem [30-40] og 50 pct. i 2005-06, men meget taler for, at man ved vurderingen af Elsams faktiske markedsstyrke alene skal se på Elsams markedsandel af de centrale værkers produktion og nettoimporten, hvor Elsams markedsandel kan opgøres til mellem [40-50] og 79 pct. i 2005-06.
5. At Elsams markedsandel af produktionen på de centrale værker udtrykker Elsams faktiske markedsstyrke, skyldes, at Elsams konkurrenter i Vestdanmark hovedsageligt råder over såkaldt ufleksibel produktionskapacitet. Ufleksibel produktion er kendetegnet ved, at el-produktionen kun i begrænset omfang afhænger af markedsprisen på el, men snarere af efterspørgslen efter fjernvarme (decentral kraftvarmeproduktion), eller af hvor meget det blæser (vindproduktion). Endvidere er der betydelige kapacitetsbegrænsninger på forbindelserne til Norge/Sverige og Tyskland, hvilket betyder at udenlandske producenter kun i begrænset omfang udøver et konkurrencepres på Elsam.
6. Elsam er således i perioden 1. januar 2005 til 1. juli 2006 den eneste producent med en fleksibel produktionsform (centrale kraftværker) på det relevante marked. Efter den 1. juli 2006 indtræder Vattenfall på markedet ved sin overtagelse af to centrale værker, men Elsam er fortsat den største producent med fleksibel produktionsform, da selskabet ejer ca. 63 pct. af kapaciteten på de centrale kraftværker, mens de resterende 37 pct. ejes af Vattenfall.
7. Disse forhold indebærer, at Elsam i store dele af 2005-06 er såkaldt ”residual monopolist”, dvs. at Elsams indenlandske og udenlandske konkurrenter ikke kan dække hele den vstdanske

efterspørgsel, og at Elsam derfor i et betydeligt omfang kan fastsætte elprisen i Vestdanmark uafhængigt af andre markedsaktører.

8. Elsams indmeldte udbudskurver til Nord Pool understreger endvidere, at Elsam besidder markedsmagt på det vestdanske marked. Det skyldes fx, at der ikke er sammenhæng mellem Elsams udbudskurve og Elsams omkostninger ved at producere el. Endvidere indebærer Elsams anvendte prisstrategi på Nord Pool, at der i nogle timer skabes flaskehalse på forbindelserne til Norge/Sverige, så Vestdanmark bliver et særskilt prisområde på el-børsen med en høj pris. Tilsvarende betyder prisstrategien i andre timer, at der ikke bliver skabt flaskehalse til Norge/Sverige. Derved undgår Vestdanmark at blive et særskilt prisområde med en lav pris.

9. Elsam kan dermed - i kraft af sin position som residual monopolist på det vestdanske marked - ved sin budstrategi reelt bestemme, om der skabes flaskehalse på forbindelserne og dermed sikre en højere pris i Vestdanmark, end der ville være tilfældet under virksom konkurrence.

10. Det er vurderingen, at Elsam i alle timer i 2005-06 indtager en dominerende stilling på det relevante marked, da Elsam besidder den fornødne markedsmagt til at handle uafhængigt af andre aktører. Uanset om Elsam vælger i en konkret time at udnytte sin stilling til fx at skabe eller forhindre en flaskehals for at opnå høje priser eller ej, vurderes det, at den veldokumenterede mulighed for at handle uafhængigt af andre aktører, er afgørende – og tilstrækkelig – for at kravet om tidsmæssig udstrækning af dominansen er opfyldt.

11. Vurderingen understøttes bl.a. af, at en undersøgelse af Vattenfalls budkurver i Vestdanmark for 2. halvår 2006 viser, at [...]

12. Konkurrencestyrelsen anvender en misbrugstest til at vurdere, hvorvidt Elsam har misbrugt sin dominerende stilling i 2005-06 til at opnå urimeligt høje priser. Den anvendte misbrugstest lå også til grund for Konkurrencerådets afgørelse i Elsam II sagen. Testen sammenligner forholdet mellem Elsams priser og omkostninger som foreslået af EF-domstolen i United Brands-sagen.

13. Misbrugstesten inkluderer – i modsætning til i Elsam II sagen – Elsams omkostninger ved brug af CO₂-kvoter, da dette kvotesystem blev indført med virkning fra 1. januar 2005. Elsam har i 2005-06 kun få faktisk afholdte omkostninger til CO₂ pga. de gratis tildelte kvoter fra den danske stat. CO₂ kan dog udgøre en såkaldt alternativ-omkostning for Elsam, da selskabet i et vist omfang har mulighed for at undlade at producere el og i stedet sælge de tildelte gratiskvoter på en markedsplads for CO₂-kvoter.

14. Ud fra et forsigtighedshensyn inkluderer misbrugstesten et såkaldt ”CO₂-tillæg”, hvori 100 pct. af den relevante CO₂-pris indregnes. CO₂-tillægget kompenserer herved Elsam for den maksimale økonomiske værdi af selskabets CO₂-kvoter, jf. pkt. 490-524.

15. Misbrugstesten består af i alt syv tests (A – G):

16. Test A identificerer de såkaldte ”kritiske timer”. Det er kendetegnende for en kritisk time, at Elsam i denne time opnår en pris på det vestdanske marked, der er væsentlig højere end Elsams faktisk afholdte omkostninger i den tilsvarende time. I en kritisk time har Elsam således opnået en fortjeneste, der er væsentlig højere, end hvad der kan opnås på et marked med virksom konkurrence.

17. Test B bekræfter, at prisen i de kritiske timer i sig selv er urimelig. Det sker ved at sammenligne prisen i de kritiske timer med prisen i tilsvarende ikke-kritiske timer. Ved en tilsvarende time forstås en time på samme tidspunkt i døgnet men på en anden dag.

18. Samlet set viser misbrugstesten, at Elsam i 2005-06 har opnået urimeligt høje priser i 1.484 timer, og det hertil knyttede forbrugertab kan opgøres til ca. 111 mio. kr., jf. tabel 1a.

Tabel 1a: Resultat af misbrugstest

	1. halvår 2005	2. halvår 2005	1. halvår 2006	2. halvår 2006	I alt
Antal kritiske timer	128	356	485	515	1.484
Forbrugertab	16 mio. kr.	50 mio. kr.	21 mio. kr.	24 mio. kr.	111 mio. kr.

19. Som det fremgår af ovenstående indregner misbrugstesten af forsigtighedshensyn CO2-kvoter, som er blevet tildelt Elsam gratis. Supplerende kan det oplyses, at såfremt samme misbrugstest gennemføres, hvor CO2 værdien indregnes med 0 pct. vil antallet af kritiske timer være højere, jf. tabel 1b.

Tabel 1b: Resultat af misbrugstest ved 0 pct. CO2-tillæg

	1. halvår 2005	2. halvår 2005	1. halvår 2006	2. halvår 2006	I alt
Antal kritiske timer	383	1.688	3.201	2.692	7.964
Forbrugertab	39 mio. kr.	156 mio. kr.	427 mio. kr.	161 mio. kr.	783 mio. kr.

20. Til sammenligning identificerede Konkurrencestyrelsen i Elsam II sagen i alt 900 kritiske timer (728 kritiske timer i 2. halvår 2003, 110 kritiske timer i 1. halvår 2004 og 62 kritiske timer i 2. halvår 2004), hvor forbrugertabet i de kritiske timer udgjorde ca. 187 mio.kr.

21. De efterfølgende tests (C – G) viser samme entydige resultat; nemlig at test A – B er en retvisende men forsigtig vurdering af, i hvilke timer Elsam har påtvunget el-køberne en urimelig høj pris på det vstdanske marked.

22. Det er således Konkurrencestyrelsens vurdering, at der er et urimeligt forhold mellem Elsams faktisk afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris i den undersøgte periode, og at der er tale om påtvingelse af en pris, som i forhold til prisen for el i tilsvarende timer er urimelig.

23. På den baggrund finder Konkurrencestyrelsen, at Elsam har misbrugt sin dominerende stilling, jf. art. 82, stk. 1, litra a) og konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1.

24. Tidligere har Konkurrencestyrelsen opsagt en tilsagnsaftale med Elsam angående Elsams indmeldelsespolitik på Nord Pool, jf. pkt. 37-43, og i Elsam II sagen påbød Konkurrencerådet Elsam ikke at indmelde priser over et vist niveau på Nord Pool spotmarked. Elsam påklagede

Konkurrencerådets afgørelse til Konkurrenceankenævnet (herefter "KAN"), der den 14. november 2006 ophævede Konkurrencerådets afgørelse. Af præmisserne til KAN's kendelse fremgår bl.a. at:

"Prisindgreb må som udgangspunkt anses for skadelige for konkurrencen og virksomhedernes effektivitet, og anvendelse af prisindgreb i medfør af § 16, stk. 1, nr. 2, forudsætter særegne markedsvilkår uden virksom konkurrence og uden udsigt til virksom konkurrence, f.eks. fordi der foreligger klar og vedvarende dominans."

25. Af præmisserne til KAN's kendelse fremgår det imidlertid også, at:

"Ankenævnet tiltræder, at Elsam i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2004 indtog en dominerende position på et marked for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark, og at Elsam har misbrugt denne stilling. Ankenævnet finder således, at Konkurrencerådet med den påklagede afgørelses omfattende og dybtgående undersøgelser og analyser i hvert fald har påvist, at Elsam i perioden havde mulighed for i et vist omfang at styre prisdannelsen på det nævnte marked og i et vist 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." [note: KANs kendelse af 14. november 2006]

Afgørelse

...

Sagsfremstilling

Virksomhederne

27. Elsam A/S blev dannet den 20. juni 2000 som et resultat af en fusion mellem en række jyske og fynske el- og fjernvarmeproducenter. Elsam A/S var – delvist gennem sit datterselskab Elsam Kraft A/S – aktiv inden for produktion og salg af elektricitet på engrosmarkedet og i produktion og salg af fjernvarme.

28. Elsam har siden 1. juli 2006 været en del af DONG Energy A/S, der blev dannet som resultatet af en sammenlægning af seks danske energiselskaber (DONG, Elsam, ENERGI E2, NESAs, Københavns Energis elaktiviteter og Frederiksberg Forsyning).

29. DONG Energy er aktiv i forskellige dele af energisektoren. Fra efterforskning og produktion af olie og naturgas, over produktion af el på kraftværker og vedvarende energianlæg, til distribution af el og gas samt kontakt med slutbrugere gennem markedsføring, salg og energirådgivning.

30. Det bemærkes, at Konkurrencestyrelsen i denne afgørelse udelukkende anvender betegnelsen "Elsam" til trods for, at Elsam i en del af perioden har været en del af DONG Energy. I afgørelsen dækker "Elsam" således over Elsam A/S (nu DONG Energy Power A/S), Elsam Kraft A/S (nu DONG Energy Generation A/S) og DONG Energy A/S.

Konkurrencemyndighedernes tidligere sager vedrørende Elsam

31. Konkurrencestyrelsen, KAN og EU Kommissionen har inden for de seneste år behandlet en række sager vedrørende Elsam. Da sagerne har betydning for den foreliggende afgørelse, gives der i det følgende en kort gennemgang af de vigtigste sager.

Elsam I (2003)

32. Konkurrencerådet behandlede i 2003 en klage over Elsam og Energi E2's adfærd på markederne for elspot i 2000 og 2001 [note: Konkurrencerådets notat dateret 26. marts 2003 i sagen Analyse af Elsam A/S og Energi E2 A/S's adfærd på markederne for elspot i 2000 og 2001]. Sagen angik spørgsmålet om, hvorvidt Elsam og Energi E2 misbrugte deres dominerende stilling i henholdsvis Vest- og Østdanmark til at opkræve urimelige priser ved engrossalg af el ved handel på Nord Pool.

33. Under sagens behandling afgav Elsam og Energi E2 tilsagn om fremtidige indmeldelser af bud på Nord Pool, jf. bilag 1 [Tilsagnsaftalen mellem Konkurrencestyrelsen og Elsam A/S indgået den 26. marts 2003]. Indmeldelsespolitikken rettede sig mod de timer, hvor Øst- og Vestdanmark som følge af flaskehalse på transmissionsforbindelserne var selvstændige markeder, og hvor selskaberne efter Konkurrencestyrelsens vurdering var dominerende. I disse timer ville Elsam og Energi E2 ikke indmelde priser til Nord Pool, der oversteg den forventede højeste af nabolandenes priser.

34. Konkurrencerådet fandt på baggrund af de afgivne tilsagn ikke grundlag for at fortsætte undersøgelserne af de historiske markedsforhold i perioden 2000 og 2001, og Rådet undlod derfor at træffe afgørelse i sagen, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

35. Dette var yderligere begrundet med, at den undersøgte periode måtte karakteriseres som en erfaringsfase for aktørerne, hvor der skulle opbygges erfaring med det nyligt liberaliserede marked.

36. Konkurrencerådet vurderede derfor, at det var bedre for markedet at skabe en fremadrettet løsning ved hjælp af en tilsagnsaftale med Elsam.

Elsams overtrædelse af tilsagnsaftalen (2003)

37. I tilsagnsaftalens sidste afsnit defineres, hvornår tilsagnet anses for overtrådt:

"Hvis summen af differencen på timebasis mellem den vstdanske pris og den højeste af timepriserne i Sverige, Norge og Tyskland er nul (eller mindre end nul) – set over et kvartal, vil indmeldelsespolitikken være overholdt."

38. Konkurrencestyrelsen konstaterede efterfølgende, at Elsam ikke havde overholdt tilsagnsaftalen i perioden 1. juli - 30. september 2003, da der i alt var 227 timer med flaskehalse på transmissionskablerne fra Norge/Sverige til Vestdanmark, og i disse timer udgjorde summen af differencen på timebasis mellem den vstdanske pris og den højeste af nabopriserne 24.856 kr.

39. Konkurrencestyrelsen anså på den baggrund tilsagnet for overtrådt i perioden 1. juli - 30. september 2003.

Konkurrencestyrelsens ophævelse af tilsagnsaftalen med Elsam (2005)

40. Konkurrencestyrelsen opsagde tilsagnsaftalen med Elsam den 23. juni 2005, jf. bilag 2 [Konkurrencestyrelsens opsigelse af tilsagnsaftalen mellem Konkurrencestyrelsen og Elsam A/S den 23. juni 2005].

41. Baggrunden for opsigelsen var, at Elsam havde overtrådt tilsagnsaftalen, samtidig med at forudsætningerne for aftalen ikke var blevet opfyldt.

42. Konkurrencestyrelsen havde således trods tilsagnsaftalens eksistens løbende modtaget klager over Elsams misbrug af sin dominerende stilling til at opkræve urimelige priser på markedet for engrossalg af el i Vestdanmark. Forventningen om, at tilsagnene og udviklingen i markedet ville opveje virkningerne af den begrænsede konkurrence og dermed begrænse udøvelsen af misbrug, var således ikke blevet realiseret.

43. Hertil kommer, at tilsagnsaftalen var baseret på en forudsætning om, at der ville komme et reelt konkurrencepres fra Tyskland på det vstdanske marked. Men Konkurrencestyrelsen måtte konstatere, at den forventede etablering af markedssplitting på Tysklandsområdet ikke fandt sted.

Fusion mellem Elsam og NESAs (2004)

44. I marts 2004 fusionerede Elsam med NESAs A/S, der var en væsentlig markedsaktør på det østdanske detailmarked. Med fusionen overtog Elsam endvidere 36 pct. af aktierne i den største østdanske elproducent Energi E2, hvilket umiddelbart gav anledning til konkurrencemæssige betænkeligheder, da Elsam hermed ville få en betydelig indflydelse på den eneste anden større elproducent i Danmark.

45. Konkurrencerådet godkendte fusionen på baggrund af en række tilsagn, der samlet set opvejede de konkurrenceskadelige effekter, som fusionen ellers ville have skabt. Elsams tilsagn omfattede bl.a. frasalg af en række decentrale kraftvarmeværker samt udbud af en stigende del af Elsams produktion som virtuel kapacitet (VPP) fra 2006 og fremover.

Elsam II (2005)

46. Konkurrencerådet traf den 30. november 2005 afgørelse om, at Elsam i perioden 1. juli 2003 – 31. december 2004 havde misbrugt sin dominerende stilling på det vstdanske marked, idet Elsam havde anvendt en prisstrategi for indmeldelse på Nord Pool, som resulterede i, at Elsam i 900 timer i perioden opnåede priser, der var urimeligt høje.

47. Sagens baggrund var, at det vstdanske systemansvar Eltra (nu Energinet.dk) den 8. august 2003 kontaktede Konkurrencestyrelsen og udtrykte bekymring over prisdannelsen på engrosmarkedet for el i Vestdanmark i løbet af sommeren 2003, således som denne kom til udtryk på spotmarkedet på den nordiske elbørs Nord Pool. Ifølge Eltra manipulerede det danske elproduktionsselskab Elsam A/S markedet, således at prisen i Vestdanmark i perioden regelmæssigt fulgte en meget høj tysk pris.

48. På baggrund heraf og af en efterfølgende henvendelse fra Nord Pool indledte Konkurrencestyrelsen af egen drift en undersøgelse af prisdannelsen på engrosmarkedet for el i Vestdanmark i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2004.

49. Konkurrencestyrelsen fandt, at Elsam ved indlæggelse af bud på Nord Pool anvendte en prisstrategi, der indebærer, at Elsam opnåede en pris, der væsentligt oversteg Elsams omkostninger i et ikke ubetydeligt antal timer.

50. Konkurrencestyrelsen udpegede ved hjælp af en misbrugstest en række timer, hvor Elsams strategi for indmeldelse af salgsbud på Nord Pool resulterede i urimelige priser. Disse timer karakteriseredes som ”kritiske timer”. Til belysning af misbruget i de kritiske timer blev en række yderligere tests gennemført. De yderligere gennemførte tests viste entydigt, at de udpegede kritiske timer var udtryk for et retvisende men forsigtigt skøn over antallet af timer, hvor Elsams priser var urimelige.

51. Konkurrencerådet meddelte på den baggrund Elsam et påbud, der fastsatte et loft over de priser, som Elsam fremover måtte indmelde til Nord Pools spotmarked.

52. Elsam ankede efterfølgende Konkurrencerådets afgørelse til KAN [Konkurrenceankenævnet].

KANs afgørelse i Elsam II sagen

53. KAN ophævede den 14. november 2006 Konkurrencerådets afgørelse i Elsam II sagen. KAN's præmisser til kendelsen er gengivet i det følgende:

”Ankenævnet tiltræder, at Elsam i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2004 indtog en dominerende position på et marked for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark, og at Elsam har misbrugt denne stilling. Ankenævnet finder således, at Konkurrencerådet med den påklagede afgørelses omfattende og dybtgående undersøgelser og analyser i hvert fald har påvist, at Elsam i perioden havde mulighed for i et vist omfang at styre prisdannelsen på det nævnte marked og i et vist 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.

Ankenævnet finder imidlertid, at direkte prisindgreb med hjemmel i konkurrencelovens § 16, stk. 1, nr. 2, er forbundet med en sådan risiko for afgørende skadevirkninger på vedkommende marked, at beslutning herom stiller særlige krav til konkurrencemyndighedernes undersøgelse af et sådant indgrebs nødvendighed og forventelige virkninger på markedet. Prisindgreb må som udgangspunkt anses for skadelige for konkurrencen og virksomhedernes effektivitet, og anvendelse af prisindgreb i medfør af § 16, stk. 1, nr. 2, forudsætter særegne markedsvilkår uden virksom konkurrence og uden udsigt til virksom konkurrence, f.eks. fordi der foreligger klar og vedvarende markedsdominans.

I den foreliggende sag er påbuddet om overholdelse af et prisloft begrundet i Elsams adfærd på markedet i 2003 og 2004. Det er meddelt til ikrafttrædelse den 29. december 2005 med henblik på at have virkning på markedet frem til 31. december 2008 eller til et sådant tidligere tidspunkt, hvor forholdene på markedet har ændret sig så væsentligt, at Elsam ikke længere kan anses som dominerende.

Der er tale om et meget ungt marked, som har været og fortsat er under udvikling og forandring. Elsams adfærd på markedet tilbage i 2003 og 2004 (i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2004) må anses for medbestemt af tilsagnsaftalen med Konkurrencestyrelsen af 14. marts 2003 – en aftale, som Konkurrencestyrelsen først den 23. juni 2005 har opsagt. Der er endvidere i

mellemtiden bl.a. sket det, at det svenske selskab Vattenfall AB har overtaget to Elsam-kraftværker og dermed 37 % af Elsams hidtidige centrale kraftværkskapacitet, og at Elsam har skullet sælge 230 MW decentral kraftværkskapacitet og 600 MW virtuel kapacitet.

På denne baggrund, og når yderligere henses til de betænkeligheder vedrørende prisindgreb, som er udtrykt af Energinet.dk og Nord Pool med opgaver af betydning for elmarkedets optimale funktion, finder ankenævnet, at der uanset Konkurrencerådets meget omfattende og dybtgående – bagudrettede – undersøgelser og analyser ikke i den påklagede afgørelse er det fornødne – fremadrettede – grundlag, som efter det anførte må kræves til udstedelse af et prispåbud som det meddelte. Ankenævnet ophæver derfor påbudet om prisindmelding på Nord Pool spotmarked.”
[Note: KANs kendelse af 14. november 2006].

54. Af hensyn til en række bebudede erstatningssager har Elsam efterfølgende indbragt både KAN's og Konkurrencerådets afgørelse til Sø- og Handelsretten for at opnå en materiel domstolsprøvelse af misbrugsspørgsmålet.

Fusionsaftale mellem DONG Energy og Vattenfall (2005)

55. I 2005 fremkom både DONG og det statsejede svenske elselskab Vattenfall med købstilbud til Elsams aktionærer. Resultatet blev, at DONG fik direkte eller indirekte kontrol over 64,7 pct. af aktierne i Elsam, mens Vattenfall fik direkte eller indirekte kontrol over de resterende 35,3 pct. af aktierne.

56. Efterfølgende indgik DONG og Vattenfall en såkaldt "Main Asset Swap Agreement" (MASA), hvorefter DONG overtog Vattenfalls 35,3 pct. af aktierne i Elsam mod, at Vattenfall fik overdraget [20-25] pct. af samtlige aktiver i Elsam og Energi E2.

57. Vattenfall fik i henhold til fusionsaftalen bl.a. overdraget ejerskab af to centrale værker i Vestdanmark (Nordjyllandsværket og Fynsværket), et centralt værk i Østdanmark (Amagerværket) og to decentrale kraftvarmeværker i Østdanmark (Helsingør og Hillerød). Hermed opnåede Vattenfall med virkning fra 1. juli 2006 produktionskapacitet i både Vest- og Østdanmark, hvilket indebærer en ændring af strukturerne på disse geografiske markeder, idet der i stedet for at være én dominerende aktør på henholdsvis det vest- og østdanske marked (Elsam og Energi E2), nu var to aktører på begge markeder (DONG og Vattenfall).

58. EU-Kommissionen fandt bl.a. på den baggrund, at fusionsaftalen ikke ville skade konkurrencen på el-markederne, og fusionsaftalen blev derfor godkendt uden tilsagn den 22. december 2005. [Note: Kommissions beslutning i COMP/M3867 – VATTENFALL / ELSAM and E2 ASSETS]

Fusion mellem Elsam og DONG Energy (2006)

59. Sideløbende med købet af aktier i Elsam foretog DONG opkøb af Energi E2, Københavns Energi Holding A/S og Frederiksberg Elnet A/S. Samlet set udgjorde disse opkøb en fusion, som EU-Kommissionen behandlede i tæt samarbejde med Konkurrencestyrelsen.

60. Fusionen gav anledning til en række konkurrencemæssige betænkeligheder på en række naturgasmarkeder, mens der ikke var betænkeligheder vedrørende elmarkederne, bl.a. på grund af Vattenfalls indtræden i Danmark.

61. EU-Kommissionen godkendte fusionen den 14. marts med tilsagn, der imidlertid omhandlede DONG's naturgasaktiviteter. [Note: Kommissions beslutning i COMP/M3868 – DONG/ELSAM/ENERGI E2]

Konkurrencemyndighedernes mulighed for at gribe ind i denne sag

Tilsagnsaftalen afholder ikke Konkurrencemyndighederne fra at gribe ind over for misbrug af en dominerende stilling

62. Elsam har både i Elsam II sagen og i denne sag gjort gældende, at Elsam ikke kan have misbrugt en dominerende stilling, når virksomheden har fulgt en tilsagnsaftale med Konkurrencestyrelsen, der nærmere fastsatte bestemmelser for Elsams indmeldinger til Nord Pool. Det er således Elsams opfattelse, at der ikke kan være tale om misbrug af dominerende stilling, så længe Elsams adfærd har været inden for rammerne af tilsagnsaftalen.

63. Elsam tager Konkurrencerådets afgørelse af 26. marts 2003 til indtægt for, at Rådet var af den opfattelse, at Elsam ikke kunne misbruge en dominerende stilling, såfremt selskabet overholdt aftalen.

64. Elsam henviser yderligere til KAN's kendelse af 14. november 2006, hvorefter Elsams adfærd – ifølge KAN – ”må anses for medbestemt af tilsagnsaftalen”.

65. Konkurrencestyrelsen er ikke enig med Elsam. Det skyldes det forhold, at en aftale mellem Konkurrencerådet og en virksomhed ikke kan tilsidesætte det objektive forbud mod misbrug af dominerende stilling i konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens art. 82. Konkurrencemyndighederne kan således ikke dispensere fra konkurrencelovens § 11 eller EF-traktatens § 82.

66. Yderligere for så vidt angår Elsams opfattelse om, at der ikke kan foreligge misbrug, hvis aftalen er fulgt, skal fremhæves, at dette kun vil være tilfældet, hvis misbruget er en direkte og nødvendig følge af aftalen, jf. princippet i konkurrencelovens § 2, stk. 2.

67. Dette er ikke tilfældet. Tilsagnsaftalen angår ikke, hvilken pris Elsam skulle indmelde, men der fastsættes derimod et niveau, over hvilket Elsam ikke ville indmelde priser. Tilsagnsaftalen pålagde dermed på ingen måde Elsam den udviste adfærd.

68. Det fremgår af Konkurrencerådets afgørelse af 26. marts 2003 vedrørende effekten af tilsagnsaftalen, at:

”Det er styrelsens vurdering, at dette vil øge gennemsigtigheden i prisdannelsen på det vstdanske marked og mindske selskabernes incitament til at misbruge en dominerende stilling.”

69. Konkurrencerådets afgørelse kan således ikke tages indtægt for, at der ikke kunne være tale om misbrug i form af urimeligt høje priser på markedet for engrossalg af el i Vestdanmark, men derimod blot at tilsagnsaftalen vurderedes at ville begrænse Elsams mulighed for at misbruge sin dominerende stilling.

70. Disse forhold bekræftes af, at KAN i sin kendelse på ingen måde har indikeret, at den indgåede tilsagnsaftale skulle medføre, at Konkurrencerådet ikke havde kompetence til at træffe afgørelse i Elsam II sagen.

71. Tværtimod tiltræder KAN, ”at Elsam i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2004 indtog en dominerende position på et marked for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark, og at Elsam har misbrugt denne stilling”. Og videre, at Konkurrencerådets ”omfattende og dybtgående undersøgelser og analyser” har påvist, at Elsam havde mulighed for i et vist omfang at styre prisdannelsen og i et vist omfang gjorde det i strid med konkurrencelovens § 11.

72. Det første afsnit i KANs kendelse må efter styrelsens opfattelse derfor læses således, at Elsams misbrug af sin dominerende stilling er en kendsgerning. Ankenævnet har med andre ord afvist, at tilsagnsaftalen har sikret mod misbrug.

73. KAN’s henvisning til tilsagnsaftalens betydning for Elsams adfærd angår ikke konstateringen af selve misbruget, men derimod spørgsmålet om hvorvidt der i afgørelsen var det fornødne fremadrettede grundlag for at udstede et prispåbud. Spørgsmålet om det fremadrettede prispåbud fremstår imidlertid separat fra det bagudrettede spørgsmål om det konstaterede misbrug, og tilsagnsaftalen er således ikke til hinder for, at Konkurrencestyrelsen kan gribe ind overfor Elsams adfærd i denne sag.

Nærværende sag skal ikke afvente Sø- og Handelsrettens afgørelse i Elsam II sagen

74. Det er Elsams opfattelse, at nærværende sag ikke kan behandles på Konkurrencerådets møde på et tidspunkt, hvor sagen i Sø- og Handelsretten fortsat er igangværende, da denne retssag ifølge Elsam får afgørende betydning for, om der er et grundlag for nærværende sag.

75. Hertil anfører Konkurrencestyrelsen, at det er uvist, hvornår der foreligger en endelig domstolsafgørelse af Elsam II-sagen. Endvidere er Konkurrencerådets afgørelse om misbrugsspørgsmålet i Elsam II-sagen – med KAN’s formulering – truffet på baggrund af omfattende og dybtgående undersøgelser og analyser.

76. KAN ses således efter Konkurrencestyrelsens opfattelse ikke blot at have tilsluttet sig Konkurrencerådets konklusion om misbrug af den dominerende stilling, men KAN har også forholdt sig positivt til Konkurrencerådets metode. På dette grundlag finder Konkurrencestyrelsen ikke grundlag for, at den foreliggende sag afventer en domstolsafgørelse af Elsam II sagen.

77. Endelig skal fremhæves, at flere markedsaktører har fremhævet betydningen af, at Elsams adfærd i perioden 2005-06 undersøges nærmere, jf. eksempelvis det fælles hørings svar fra Energi Danmark A/S, Scanenergi A/S og OK a.m.b.a. (...).

Markedsbeskrivelse

Produktion af el i Danmark

78. Den danske elproduktion er primært baseret på anvendelse af fossile brændstoffer, men også i mindre og stigende omfang på miljøvenlig produktion i form af vindkraft og anvendelse af biomasse.

79. I Danmark er der omkring 6.000 elproduktionsanlæg. [Note: Energistyrelsens hjemmeside] De kan opdeles i følgende tre hovedtyper: (1) centrale værker, (2) decentrale anlæg, og (3) vindmøller.

80. Centrale elproduktionsanlæg er værker, der er beliggende på 15 særlige kraftværkspladser. De anvender primært kul og i mindre omfang naturgas og biomasse som brændsel i kraftvarmeanlæg. De centrale værker producerer hovedparten af elektriciteten i Danmark.

81. Decentrale elproduktionsanlæg omfatter ca. 600 decentrale kraftvarmeværker, industrielle anlæg og lokale anlæg. Disse anlæg anvender typisk naturgas, affald, biogas og biomasse som brændsel. Derudover er der ca. 5.400 vindmøller i Danmark.

Tabel 2: Produktion af elektricitet i Vestdanmark i 2005-06

(TWh)	Centrale værker	Decentrale værker	Vind
Samlet produktion i 2005	10,590	5,981	5,022
- heraf Elsam	100 %	15 %	14 %
Samlet produktion i 2006	15,815	5,467	4,617
- heraf Elsam	[xx]	[xx]	[xx]

Kilde: Elsam og Energinet.dk

82. Elsam er den mest markante producent på det vstdanske marked, jf. tabel 2. Elsam stod således for ca. [xx]-100 pct. af produktionen fra de centrale værker, ca. [xx]-15 pct. af produktionen fra decentrale værker og [xx]-14 pct. af vindproduktionen. Faldene i Elsams andel af produktionen på de centrale værker og på vind skyldes frasalg af produktionsfaciliteter til Vattenfall pr. 1. juli 2006.

Kapacitet til og fra Vestdanmark

83. Liberaliseringen af elmarkederne i EU har medført betydelige ændringer i den måde markederne fungerer på og de enkelte elmarkeder kan således ikke længere ses udelukkende i et regionalt perspektiv, hvor den samme virksomhed udfører samtlige opgaver i forbindelse med produktion, distribution og handel med el i et område.

84. Ved en beskrivelse af forholdene på elmarkederne i Danmark er det således nødvendigt at inddrage tilstødende områder, da de enkelte markeder på grund af import og eksport ikke er fuldstændigt adskilte.

85. Den nordiske elbørs Nord Pool opdeler den nordiske region i syv områder. Disse områder er: Vestdanmark, Østdanmark, Nordtyskland, Sverige, Sydnorge, Nordnorge og Finland. Disse områder er forbundet af højspændingstransmissionskabler, som tillader en begrænset import/eksport mellem de forskellige områder.

86. Kablerne mellem Vestdanmark og henholdsvis Norden og Tyskland har en begrænset kapacitet. Af tabel 3 fremgår den nominelle kapacitet på de vestdanske forbindelser til henholdsvis Norge, Sverige og Tyskland.

Tabel 3: Nominel kapacitet på kabelforbindelserne til og fra Vestdanmark

(MW)	Import	Eksport
Vestdanmark – Norge (Skagerrak)	1.040	1.040
Vestdanmark – Sverige (KontiSkan)	670	630
Vestdanmark – Tyskland (Kontek)	800	1.200
Total nominel kapacitet	2.510	2.870

Kilde: <http://www.nordel.org/>

87. En række forhold gør imidlertid, at der skal skelnes mellem de nominelle importkapaciteter og den kapacitet, der reelt er til rådighed for markedet. Først og fremmest tilbageholdes en del af kapaciteten til reserve. Endvidere er kablerne fra tid til anden udsat for havarier eller taget ud til revision, således at kapaciteten i perioder er stærkt nedsat. Hertil kommer, at eksistensen af interne flaskehalse i de enkelte prisområder nedsætter den reelle kapacitet.

88. Tager man hensyn til disse forhold, kan de såkaldt gennemsnitlige importhandelskapaciteter beregnes, jf. tabel 4.

Tabel 4: Gennemsnitlige importhandelskapaciteter til Vestdanmark i 2005–06

(MW)	2005	2006
Fra Norge og Sverige	1.202	1.023
Fra Tyskland	753	779
Total importkapacitet	1.955	1.802
Total produktionskapacitet	7.683	7.609
Importkapacitet i pct. af samlet produktionskapacitet	25 %	24 %

Kilde: <http://www.energinet.dk/> Note: Importhandelskapaciteterne er beregnet som den gennemsnitlige tilgængelige kapacitet.

89. Nord Pool har rådighed over næsten al kapacitet på transmissionsforbindelserne mellem Danmark, Sverige, Norge og Finland og bruger den til at sende el fra lavpris- til højprisområder for at sænke prisen i højprisområdet. Denne metode til at styre brugen af kablerne mellem de enkelte prisområder kaldes ”market-splitting”.

90. På kabelforbindelsen mellem Tyskland og Vestdanmark opereres der i modsætning hertil ikke med market-splitting, men i stedet med allokering af kabelkapacitet via auktioner. Denne administration af kapaciteten betyder, at kapaciteten på tysklandskablet ikke udnyttes effektivt, da det ofte resulterer i, at el ”løber den forkerte vej”, dvs. fra et højprisområde til et lavprisområde.

Tabel 5: Hvilken vej løber strømmen på kablet mellem Vestdanmark og Tyskland?

	2005	2006	
(pct.)		1. halvår	2. halvår
”Den rigtige vej”	77	77	74
”Den forkerte vej”	23	23	26
- Vestdanmark eksportør	86	69	49
- Vestdanmark importør	14	31	51

Kilde: Energinet.dk

91. Tabel 5 viser, at elektriciteten løb den forkerte vej i ca. 23 pct. af alle timer i 2005, og at der i langt størstedelen af disse timer (86 pct.) var tale om, at der blev eksporteret el til Tyskland fra Vestdanmark, selvom den vestdanske elpris var højere end den tyske elpris. I 2006 var der tilsvarende et højt antal timer, hvor el løb den forkerte vej.

Handel med el

92. Handel med el foregår på flere forskellige måder og mellem forskellige aktører. I det følgende gennemgås de mest almindelige handelsformer nærmere.

Handel på Nord Pool (elspot)

93. Spotmarkedet på Nord Pool er et timemarked, hvor der handles fysisk el til levering indenfor en given time. Aktørerne melder deres købs- og salgsbud ind som efterspørgsels- og udbudskurver for hver enkelt time, hvor buddene angiver aktørernes ønskede kombinationer af mængder og priser for hver enkelt time.

94. Nord Pool bruger kapaciteten på transmissionsforbindelserne mellem de nordiske lande til at sende el fra lavpris- til højprisområder for at sænke prisen i højprisområdet. Herved sikres så ensartet en pris som muligt i det nordiske område, og at produktionsteknologien og overførselskapaciteten udnyttes bedst muligt. Hvis alle forbindelserne havde kapacitet nok, ville prisen i de nordiske prisområder være ens på alle tidspunkter, og der ville kun være ét prisområde på børsen. Som nævnt adskiller denne mekanisme sig væsentligt fra den måde, hvorpå handel via kablerne til Tyskland sker.

95. Systemprisen på Nord Pool bestemmes uden hensyntagen til, at der eksisterer begrænsninger på transmissionskablerne mellem de enkelte prisområder. Disse begrænsninger betyder, at der er perioder, hvor kablernes kapacitet udnyttes fuldt ud, og der derfor ikke kan overføres yderligere el mellem prisområderne. Når kablernes kapacitet udnyttes fuldt, opstår der derfor flaskehalse på kablerne. Dette skyldes, at der som følge af prisforskelle mellem områderne er behov for at sende mere el fra lavprisområde til højprisområde, end kapaciteten tillader.

96. Så længe der ikke er flaskehalse mellem de enkelte prisområder, vil elprisen svare til systemprisen. Alle handler på spotmarkedet bliver i dette tilfælde afviklet til systemprisen.

97. Men hvis udbudet af el i én time i et prisområde er for lille til at imødekomme efterspørgslen i det område, opstår der flaskehalse på transmissionskablerne. I dette tilfælde bliver området til et særskilt prisområde, og Nord Pool beregner en særlig områdepris på baggrund af de lokale indmeldinger for det pågældende område.

98. Områdeprisen beregnes på en sådan måde, at kapaciteten på kablerne mellem prisområderne udnyttes helt. I disse tilfælde foregår alt køb og salg inden for det pågældende område til den beregnede højere områdepris.

Handel med reserve-, balance og regulerkraft

99. Energinet.dk har som den systemansvarlige virksomhed til opgave at sikre, at elektricitetsnettet, og dermed forholdet mellem produktion og forbrug, til enhver tid er i balance. Til dette formål indkøber Energinet.dk henholdsvis reserve-, balance- og regulerkraft (herefter ”systemydelse”) hos elproducenterne. Dette sker både gennem kort- og langvarige kontrakter mellem Energinet.dk og producenten. I Danmark er Energinet.dk den eneste køber af systemydelser.

100. Energinet.dk har for at opfylde sin funktion behov for regulerkraft, der anvendes til at skabe balance mellem den forventede produktion, som de balanceansvarlige virksomheder har indmeldt før driftsdøgnet, og selve den realiserede produktion i løbet af driftsdøgnet. Sælgerne kan være producenter, der kan skrue op eller ned for produktionen, eller store forbrugere, der kan skrue ned for forbruget. Hvor en producent eksempelvis har produceret for lidt i forhold til den indmeldte forventede produktion, kan systemansvaret aktivere en aftale om regulerkraft med eksempelvis en stor virksomhed og dermed opnå, at virksomheden skruer ned for forbruget i en periode for derved at opnå balance i systemet.

101. Markedet for regulerkraft består dels af manuelle reguleringsreserver, der er en minimumsmængde af regulerkraft, som Energinet.dk køber hos aktørerne for at imødekomme internationale aftaler om forsyningssikkerheden, dels af frivillig regulerkraft, som aktørerne på frivillig basis indmelder til den systemansvarlige. Aktørerne tilbydes en pris og indmelder derefter bud om op- eller nedregulering.

102. Kun et begrænset antal aktører udbyder regulerkraft, eftersom de skal opfylde en række tekniske krav og skal kunne ændre produktion med kort varsel. Indtil 2005 har det i praksis kun været Elsam og E2, der har været i stand til at indgå kontrakter om regulerkraft i Vest- og Østdanmark. I 2005 medfører liberaliseringen af kraftvarmesektoren dog en vis forbedring af

konkurrencen på det vstdanske marked, idet en større del af manuelle reguleringsreserver nu købes hos decentrale kraftvarmeværker.

103. De producerede mængder regulerkraft fremgår af tabel 6.

Tabel 6: Regulerkraft i Vestdanmark

	2005		2006	
(GWh)	1. halvår	2. halvår	1. halvår	2. halvår
Regulerkraft – ned	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]
Regulerkraft – op	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]

Kilde: Energinet.dk

104. Energinet.dk har desuden behov for reservekapacitet, hvilket indebærer, at en vis kapacitet stilles til rådighed for systemansvaret på et kraftværk i tilfælde af nedbrud i elnettet eller i produktionsapparatet. I Vestdanmark er en sælger af reservekapacitet også forpligtet til efterfølgende at tilbyde denne reserve som regulerkraft. Køb af reservekraft er ikke et køb af el til levering på et forudbestemt tidspunkt, men derimod køb af en tilrådighedstilstand til sikring af forsyningssikkerheden. Dette indebærer, at Energinet.dk gennem en aftale om køb af reservekraft med et produktionsselskab har ret til at aktivere denne aftale ved at kræve hurtig levering af den manglende mængde el i tilfælde af ubalance og uforudsete hændelser, som opstår i driftsdøgnet.

Handel med finansiel el

105. På Nord Pool handles udover fysisk el også en række finansielle kontrakter. En markedsaktør kan ved køb af en finansiel kontrakt forsikre sine handler af fysisk el eller spekulere i fremtidige priser.

106. Finansielle kontrakter handlet på Nord Pool omfatter ”futures” kontrakter (dag- og ugekontrakter), ”forwards” kontrakter (måned-, kvartals- og årskontrakter), optioner og såkaldte ”Contracts for Difference” (CfD). Fx anvendes CfD-kontrakter til risiko-afdækning ved forskelle mellem prisen i et særskilt prisområde og systemprisen.

107. Finansielle kontrakter er alene instrumenter til prissikring og risikostyring. På det finansielle marked handles således med risiko og ikke med fysisk elektricitet, da der ikke er knyttet vilkår om levering af fysisk el til finansielle kontrakter.

108. Der er en vis forbindelse mellem salg af fysisk el og handel med finansiel el, derved at markedet for handel med finansiel el giver aktørerne muligheder for risikostyring på markedet for engrossalg af fysisk el, og ved at forventningerne på markedet for engrossalg af fysisk el har væsentlig betydning for priserne på markedet for handel med finansiel el.

Udvikling i elprisen i 2005-06

109. På Nord Pools hjemmeside offentliggøres priser for alle prisområder for alle døgnets timer. Tabel 7 viser de gennemsnitlige priser i henholdsvis 2005 og 2006 samt standardafvigelsen på disse

priser. En høj standardafvigelse udtrykker, at der er stor spredning på priserne i de enkelte timer, mens en lav standardafvigelse viser, at priserne kun svinger lidt i forhold til gennemsnittet.

Tabel 7: Priser og standardafvigelse i 2005-06

	2005		2006	
	Gennemsnitlig pris (DKK/MWh)	Standardafvigelse	Gennemsnitlig pris (DKK/MWh)	Standardafvigelse
Vestdanmark	277	127	330	99
Østdanmark	252	220	362	131
Norge	217	33	367	81
Sverige	222	42	359	93
Tyskland	343	203	379	369
Systempris	219	35	362	83

Kilde: Nord Pool

110. Det ses for det første, at priserne i Vestdanmark og Østdanmark i gennemsnit i 2005 var væsentligt højere end Nord Pools systempris (ca. 27 pct. i Vestdanmark og ca. 15 pct. for Østdanmark). For det andet er priserne i Vestdanmark i 2006 ca. 9 pct. lavere end systemprisen, mens prisen i Østdanmark var på niveau med systemprisen i 2006. Endelig var standardafvigelsen på de danske priser væsentligt højere i 2005 end i 2006, mens standardafvigelsen på de tyske priser generelt er høj i forhold til de nordiske priser.

111. En anden måde at illustrere, at de danske priser i 2005 varierer væsentligt mere end den svenske og norske pris, er at opgøre antallet af timer med såkaldte ”prisspidser”. En prisspids kan opgøres på mange forskellige måder, men det er et udtryk for timer, hvor prisen er væsentligt højere end den gennemsnitlige pris. I tabel 8 er opgjort antal timer, hvor prisen er henholdsvis 50 pct. og 100 pct. højere end gennemsnittet.

Tabel 8: Antal timer med prisspidser

	2005		2006	
(timer)	50 % større end gennemsnit	100 % større end gennemsnit	50 % større end gennemsnit	100 % større end gennemsnit
Vestdanmark	921	211	396	18
Østdanmark	625	354	615	161
Norge	17	8	217	1
Sverige	117	32	313	8
Tyskland	887	354	1108	227
Systempris	30	10	236	2

Kilde: Nord Pool

112. I Vestdanmark var der således 921 timer i 2005, hvor prisen var 50 pct. højere end gennemsnittet af prisen i Vestdanmark i 2005, mens det tilsvarende antal i 2006 kun var 396. Til sammenligning var der færre prisspidser i Norge/ Sverige, mens der specielt i 2006 var væsentligt flere prisspidser i Tyskland.

Elsams omkostninger vedr. de centrale kraftværker

113. En virksomheds totale omkostninger ved at producere el består af summen af virksomhedens faste omkostninger og de variable omkostninger. En fast omkostning er i modsætning til en variabel omkostning defineret som en omkostning, der ikke varierer med produktionen.

114. Elsam har overfor Konkurrencestyrelsen redegjort for sine faste og variable omkostninger i 2005 ved produktion på selskabets centrale kraftværker, jf. tabel 9.

Tabel 9: Elsams omkostninger vedr. centrale kraftværker

(mio. kr.)	2005	2006
Variable omkostninger	[xx]	[xx]
Faste omkostninger	[xx]	[xx]
- Brændselsudgifter *	[xx]	[xx]
- Driftsudgifter	[xx]	[xx]
- Vedligeholdelse	[xx]	[xx]
- Fællesomkostninger	[xx]	[xx]
- Afskrivninger	[xx]	[xx]
- Øvrige faste omkostninger	[xx]	[xx]
- Finansielle poster	[xx]	[xx]
Faste omkostninger i alt	[xx]	[xx]
Omkostninger i alt	[xx]	[xx]

Kilde: DONG Energy

* Note: Elsam har oplyst, at de negative brændselsomkostninger skyldes Elsams indregning af indtægter ved salg af CO2-kvoter. Ved beregningen af omkostningerne opgøres brændselsomkostningerne i forhold til kvotepriser og eller indtægter ved kvotesalg. Såfremt indtægterne ved salg af CO2-kvoter overstiger brændselsomkostningerne medfører dette negative brændselsomkostninger.

115. Opgørelsen viser, at Elsams samlede omkostninger i 2005 fordeler sig som ca. [xx] variable omkostninger og ca. [xx] faste omkostninger. Elsams faste omkostninger er negative i 2006 på grund af bogføring af indtægt som følge af frasalg af værker til Vattenfall, jf. pkt. 447-450.

116. Elsam har endvidere oplyst to nøgletal, der anvendes i Elsams lastfordeling: De marginale omkostninger ved minimum last (min-last-mc) og de marginale omkostninger ved maksimal last (maks-last-mc).

117. Min-last-mc er et udtryk for, hvad det koster at producere én ekstra MWh på det enkelte kraftværk, når der produceres på et minimum. Maks-last-mc er udtryk for, hvad det koster at producere én ekstra MWh, når der produceres tæt på det maksimalt mulige.

118. Begge marginale omkostninger bliver opgjort af Elsam på dagsbasis for hvert af de centrale værker. Da produktionen varierer time for time vil begge marginale omkostninger også variere time for time. [Note: Elsam anfører i denne sammenhæng, at en stigende marginalomkostningskurve er i overensstemmelse med de faktiske forhold inden for el produktion]

119. Elsam oplyser, at de marginale omkostninger er opgjort baseret på primært brændsel ved såkaldt kondensdrift, hvor værkerne alene producerer elektricitet og ikke fjernvarme. De opgjorte marginale omkostninger omfatter dermed ikke fjernvarmerelaterede omkostninger.

120. Marginalomkostningerne ved maks-last er i gennemsnit [xx] pct. større end marginalomkostningerne ved min-last.

121. Der er imidlertid stor forskel på marginalomkostningerne mellem de forskellige kraftværksblokke. Gennemsnittet på de [xx] pct. dækker over, at forholdet mellem maks-last-mc og min-last-mc varierer mellem [xx] pct. og [xx] pct.

Forrentning af investering i elbranchen

122. Opgørelser fra Danmarks Statistik viser, at den gennemsnitlige egenkapitalforrentning (målt som indtjening før skat i pct. af egenkapitalen) i dansk industri i årene 2001 til 2003 i gennemsnit var 10 pct. [Note: Jf. Danmarks Statistik, regnskabsstatistikken] Denne opgørelse er eksklusiv energisektoren, da det ikke giver mening at sammenligne en sektor med et grundlag, som sektoren selv er en del af.

123. For at kunne sammenholde indtjeningen i øvrige brancher med el-branchen er det imidlertid afgørende at have et kendskab til risikoen ved at investere i branchen. Generelt gælder, at en branche, der er kendetegnet ved en høj risiko på investeringer, skal have en tilsvarende høj forretning af investeringen, da investor skal kompenseres for at påtage sig en høj risiko ved at investere. Omvendt vil en branche, der kendetegnes ved en lav risiko, kræve en tilsvarende lavere forretning af investeringen.

124. Risikoen ved at investere i en branche kan være svær at opgøre. Dog er der udviklet en økonometrisk metode til at opgøre og sammenligne disse risici på tværs af brancher ved brug af såkaldte "beta-værdier", jf. blandt andet en amerikansk undersøgelse af A. Damodaran. [Note: A. Damodaran, "Damodaran on Valuation", 1994, Wiley] Undersøgelsen giver en indikation om risikoen ved at investere i elproduktion i forhold til øvrige brancher.

125. Damodarans undersøgelse viser, at det er mindre risikofyldt at investere i elproduktionsbranchen end at investere i gennemsnittet af andre brancher. [Note: Se http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/New_Home_Page/datafile/Betas.html] Med andre ord taler undersøgelsen for, at den gennemsnitlige indtjening i el-branchen bør være lavere end gennemsnittet af andre brancher.

126. Ifølge Elsam kan Damodorans undersøgelse ikke anvendes til en vurdering af risikoen ved investering i el-produktion i dagens Danmark, da undersøgelsen ifølge Elsam vedrører USA i 1990'erne. Det er således Elsams opfattelse, at det er betydeligt mere risikofyldt at investere i el-produktion i dag sammenlignet med gennemsnittet af andre brancher.

127. Hertil skal dels bemærke, at Damodorans undersøgelse ikke er forældet, da undersøgelsen jævnligt opdateres med nye datasæt, dels at det amerikanske elmarked er kendetegnet ved forholdsvis velfungerende konkurrence og derfor fungerer som et relevant sammenligningsparameter i denne sag.

CO2-kvotesystemet

128. CO₂ er en drivhusgas, der blandt andet opstår ved forbrænding af kul og gas på kraftværker. Efter indførelsen af CO₂ kvotesystemet har ejeren af en CO₂ kvote mulighed for at udlede 1 ton CO₂.

129. EU har via Kyoto aftalen forpligtet sig til at begrænse CO₂ udledningen således, at der i gennemsnit i 2008-12 udledes 8 pct. mindre end i 1990 i EU. For Danmark svarer dette til, at man i perioden 2008-12 skal reducere udledningen med 21 pct. i forhold til basisåret 1990. [Note: Året 1990 var for Danmarks tilfælde karakteriseret ved en meget høj el import. Dette medfører at kravet til redueringen er urealistisk høj hvorfor det undersøges hvorvidt man kan opjustere basisåret således at det afspejler et mere "normalt" år. Dette spørgsmål undersøges i øjeblikket i EU og er årsagen til at der endnu ikke ligger en allokeringssplan for perioden 2008-12] Periode 2005-07 er den første periode, hvor produktionsenhederne har fået tildelt CO₂ kvoter gratis. Det bemærkes, at det ikke er virksomheder, men derimod produktionsenheder som er omfattet af ordningen. En virksomhed kan således godt eje flere produktionsenheder.

130. Ved at tildele færre kvoter end der er brug for, opstår der en efterspørgsel efter kvoterne, som betyder, at kvoterne får en økonomisk værdi. Den økonomiske værdi giver virksomhederne et incitament til at reducere deres CO₂ udslip ved at investere i et mindre CO₂ forbrugende produktionsapparat og sælge de overskydende CO₂-kvoter. Dermed opstår der et marked for CO₂-kvoter.

131. Forud for allokeringssperioden informeres produktionsenhederne om størrelsen på deres respektive kvoter de enkelte år. Der er således ingen usikkerhed om størrelsen på kvoterne indenfor en given allokeringssperiode. Første allokeringssperiode løber fra 2005-2007, mens anden periode løber fra 2008-2012. [Note: I allokeringssplanen for 2008-12 får Elsam tildelt ca. 30 pct. færre CO₂ kvoter end i indeværende periode] Produktionsenhederne kan opspare kvoter indenfor en periode, men kan ikke overføre disse til en ny allokeringssperiode.

132. Som det fremgår af tabel 10 fik Danmark for perioden 2005-07 tildelt 100,5 mio. CO₂ kvoter, hvoraf 5 pct. blev solgt ved auktion og de resterende 95 pct. gratis allokert. Set over hele perioden bliver kvoterne fordelt ved 40, 30 og 30 pct. Mængden af kvoter er fastlægges på baggrund af produktionen i basisårene 1998-2002.

Tabel 10: Allokering af CO₂-kvoter for perioden 2005-07

(stk.)	2005	2006	2007	I alt	Gns.
--------	------	------	------	-------	------

Generel allokering	40 %	30 %	30 %	100 %	
El	19,6	14,7	14,7	49,1	16,4
- heraf Elsams centrale værker	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]
Varme	6,4	4,8	4,8	15,9	5,3
Øvrig kvotebelagt industri inkl. offshore	11,0	8,3	8,3	27,5	9,2
Nye produktionsenheder	1,2	0,9	0,9	3	1,0
Auktion	2,0	1,5	1,5	5	1,7
I alt	40,2	30,2	30,2	100,5	33,5

Kilde: Miljøministeriet, ”National allokeringsplan for Danmark”, marts 2004 Anm: En kvote repræsenterer 1 mio. tons udledt CO2

133. Elsams centrale kraftvarmeværker blev tildelt [xx] mio. CO2-kvoter i 2005 og [xx] mio. i 2006 og 2007.

Handel med CO2-kvoter

134. Handel med CO2 kvoter kan enten ske bilateralt mellem de forskellige udbydere og aftagere, eller på en markedsplads for CO2 (eksempelvis Nord Pool), hvor der både handles på et spot- og et forwardmarked. Den primære handelskanal er forwardmarkedet, hvilket medførte at Nord Pool havde en omsætning på handlen med CO2 på hhv. 2 og 2,3 mia. kr. i 2005 og 2006.

Figur 1: Udvikling i CO2-kvotepriis (kr./kvote)



135. Som det fremgår af figur 1 har forwardprisen haft en ikke ubetydelig variation siden indførelsen af systemet den 11. februar 2005. Forwardprisen toppede den 19. april 2006, hvorefter der på meget kort tid skete en halvering af prisen. Ved udgangen af 2006 havde kvotepriisen nået et lavpunkt på ca. 48 kr. Årsagen til de relativt store udsving i prisen skyldes, at markedet formentlig havde undervurderet den mængde CO2 kvoter, der var tilbage i perioden.

136. Elsam har over for Konkurrencestyrelsen redegjort for Elsams beholdning af CO2-kvoter, jf. tabel 11.

Tabel 11: Elsams beholdning af CO2-kvoter

	2005	2006
+ Beholdning primo	[xx]	[xx]
+ Modtaget CO2 til el produktion for centrale værker	[xx]	[xx]
+ Modtaget CO2 til el produktion for decentrale værker	[xx]	[xx]
+ Købt CO2 til el produktion på CO2 børns	[xx]	[xx]
I alt	[xx]	[xx]
- Solgt på CO2 børns	[xx]	[xx]
- Brugt i el produktion på centrale produktionsenheder	[xx]	[xx]
- Brugt i el produktion på decentrale produktionsenheder	[xx]	[xx]
- Overført til Vattenfall ved deling	[xx]	[xx]
Overført til næste år	[xx]	[xx]

Kilde: DONG Energy

137. Elsam opnåede i 2005 en nettoindtægt som følge af handel med CO2-kvoter, da Elsam i alt købte [xx] kvoter og solgte [xx] kvoter. Tilsvarende havde Elsam en nettoudgift i 2006, da der blev købt [xx] kvoter og solgt [xx] kvoter.

Høringssvar

138. Konkurrencestyrelsen har i overensstemmelse med konkurrencelovens § 15 a, stk. 2, sendt udkast til afgørelse i høring hos Elsam den 23. april 2007. Elsam fremsendte høringssvar den 15. maj 2007, jf. bilag 4.

139. Samtidig blev en ikke-fortrolig version af udkastet sendt i høring hos Energi Danmark A/S, Scanenergi A/S og OK a.m.b.a. med henblik på at opnå en bedre oplysning af sagen. Et fælles høringssvar blev fremsendt den 16. maj 2007, jf. bilag 3.

Elsams høringssvar

140. Konkurrencestyrelsen har generelt indarbejdet Elsams faktuelle kommentarer i de relevante afsnit, mens der i det følgende foretages en gennemgang af Elsams mere overordnede bemærkninger til Konkurrencestyrelsens udkast til afgørelse. Elsam finder overordnet, at Konkurrencestyrelsens afgrænsning af det relevante marked, dominansvurdering samt model for beregning af misbrug af dominerende stilling er forkert, jf. nedenfor.

Det relevante marked

141. Elsam finder, at det relevante produktmarked for engrossalg af fysisk elektricitet også omfatter reguler-, reserve- og balancekraft. Elsam anfører til støtte herfor, at der efter Elsams opfattelse er efterspørgselssubstitution mellem disse systemydelser og fysisk elektricitet, netop fordi ydelserne er fysisk elektricitet. Det er desuden Elsams opfattelse, at der er udbudssubstitution mellem handel med fysisk elektricitet og handel med systemydelserne, fordi der ikke for producenten er forskel på, hvor den producerede elektricitet sælges.

142. Elsam finder endvidere, at det relevante geografiske marked skal afgrænses bredere end Vestdanmark, og at dette i hvert fald må gælde i perioder, hvor der ikke er kapacitetsbegrænsninger på transmissionsforbindelserne. Elsam begrundet dette med, at producenterne i Nord Pool området i perioder uden kapacitetsbegrænsninger er i direkte konkurrence med hinanden.

Dominerende stilling

143. Elsam finder ikke, at selskabet besidder en dominerende stilling på det relevante marked. I den forbindelse anføres, at Elsams markedsandel skal beregnes på baggrund af produktion fra centrale og decentrale værker, vindproduktion og VPP, og at selskabets markedsandele derved ikke skaber en formodning for dominans.

144. Elsam anfører derudover, at Konkurrencestyrelsen overvurderer Elsams og tilsvarende undervurderer de øvrige producenters kendskab til markedsforholdene, og at en pivot-analyse af perioden viser, at der kan rejses tvivl om, hvorvidt Elsam havde mulighed for at udøve misbrug. Der henvises i denne sammenhæng til pkt. 342-349, hvor Konkurrencestyrelsen vurderer dette forhold nærmere.

145. Elsam anfører særligt for forholdene efter 1. juli 2006, at Konkurrencestyrelsen i sin dominansvurdering klart undervurderer betydningen af Elsams frasalg til Vattenfall.

Vurdering af misbrug

146. Elsam finder overordnet, at selskabet ikke har misbrugt sin position på markedet i strid med konkurrencelovens § 11 og traktatens art. 82.

147. Elsam anfører i den sammenhæng, at for så vidt angår perioden indtil 23. juni 2005, hvor Konkurrencestyrelsen ophævede tilsagnsaftalen med Elsam, er det Elsams opfattelse, at selskabet ikke kan have misbrugt en dominerende stilling, når Elsam har fulgt tilsagnsaftalen.

148. Vedrørende Konkurrencestyrelsens analysemodel finder Elsam, at denne ikke er i overensstemmelse med EU-praksis vedrørende misbrug af dominerende stilling. Det er således Elsams opfattelse, at det af Konkurrencestyrelsen beregnede misbrug ikke lever op til de beviskrav, der kræves ved misbrug i form af urimeligt høje priser, og at analysemodellen ikke lever op til kravene om at afspejle de reelle omkostnings- og produktionsforhold ved at fastslå de faktiske omkostninger og priser for en enkelt vare.

149. Elsam finder yderligere, at Konkurrencestyrelsens analysemodel og dens anvendelse er forkert, og at den derfor ikke kan bruges som bevis for, at Elsam har overtrådt konkurrencereglerne. Elsam begrundet dette med, at Konkurrencestyrelsen ikke foretager en korrekt opgørelse af forrentningsgrundlaget og ikke baserer sig på Elsams marginalomkostninger ved at producere elektricitet.

150. Derudover er det Elsams opfattelse, at Konkurrencestyrelsen anvender prisvariationstillægget forkert, idet tillægget ikke kompenserer for Elsams reelle tab, jf. endvidere pkt. 187-189.

Fælles høringssvar fra Energi Danmark A/S, Scanenergi A/S og OK a.m.b.a.

151. Energi Danmark A/S, Scanenergi A/S og OK a.m.b.a. ("selskaberne") anfører, at der er tale om en grov overtrædelse af konkurrencereglerne, og at det fra markedets side kun kan bifaldes, at konkurrencemyndighederne træffer afgørelse herom.

152. Selskaberne kan derfor fuldt ud støtte Konkurrencestyrelsens indstilling til Konkurrencerådet, ligesom den anvendte misbrugstest vurderes til fulde at opfylde konkurrencelovens krav til myndighedernes påvisning og dokumentation af et misbrug af dominerende stilling.

153. Endeligt vurderes det, at Konkurrencestyrelsen minutiøst har dokumenteret, at der har fundet et misbrug af dominerende stilling sted, endda på baggrund af en test, hvor enhver form for usikkerhed er blevet udlagt til Elsams fordel. Herved er det indiskutabelt påvist, at Elsams misbrug af dominerende stilling i meget høj grad har haft en væsentlig påvirkning af markedet.

Vurdering

Det relevante marked

154. For at vurdere om der foreligger et misbrug af en dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82, er det nødvendigt at afgrænse det konkurrenceretligt relevante marked. Det relevante marked afgrænses ved en kombination af produktmarkedet og det geografiske marked.

155. Formålet med at afgrænse det relevante marked er at fastslå, hvilke egentlige konkurrenter der er i stand til at begrænse de involverede virksomheders adfærd og forhindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres.

156. Markedsafgrænsningen muliggør således en vurdering af de involverede virksomheders markedsstyrke gennem en beregning af markedsandele, som er afgørende for vurderingen af dominans og dermed en indikator for virksomhedens tilladte spillerum på markedet.

157. Afgrænsningen af det relevante marked sker på grundlag af undersøgelser af efterspørgsels- og udbudssubstitution. [Note: Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03), pkt. 13 og konkurrencelovens § 5 a]

Det relevante produktmarked

158. Ved det relevante produktmarked forstås markedet for alle de produkter og/eller tjenesteydelser, som erhververe af disse anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål.

159. Inden for elsektoren kan der skelnes mellem flere forskellige separate produktmarkeder [note: F.eks. DG Competition report on Energy Sector Inquiry, COMP/M.3867 – VATTENFALL / ELSAM og COMP/M.3440 – EDP/ENI/GDP], herunder markedet for engrossalg af fysisk el, markederne for balance-, reguler- og reservekraft (systemydelse), markedet for salg af finansiel el og markederne for detailsalg af fysisk el.

160. Konkurrencerådet fastslog i Elsam II sagen, at det relevante produktmarked var markedet for engrossalg af fysisk el, og KAN tiltrådte denne afgrænsning i præmisserne i sin kendelse af 14. november 2006.

161. Det er i denne sag ligeledes Konkurrencestyrelsens vurdering, at det relevante produktmarked er markedet for engrossalg af fysisk el, jf. nedenfor.

i) Markedet for engrossalg af fysisk el

162. Markedet for engrossalg af fysisk el omfatter produktion af elektricitet fra produktionsenheder som kraftværker og vindmøller såvel som elektricitet, der importeres gennem transmissionskabler med henblik på videresalg både gennem bilaterale kontrakter og gennem Nord Pool. [Note: Kommissionens beslutning i COMP/M.3268 – SYDKRAFT/GRANINGE, COMP/M.3867 – VATTENFALL / ELSAM og COMP/M.3440 – EDP/ENI/GDP.]

ii) Det relevante produktmarked omfatter ikke systemydelser

163. Elsam har både i Elsam II sagen og i denne sag gjort gældende, at markederne for systemydelser tilhører det samme relevante produktmarked som markedet for engrossalg af fysisk el. Det skyldes bl.a. at der ifølge Elsam både er efterspørgsels- og udbudssubstitution mellem fysisk el og systemydelser.

164. Hertil kan Konkurrencestyrelsen indledningsvist henvise til, at det har været EU Kommissionens faste praksis at afgrænse separate produktmarkeder for henholdsvis engrossalg af fysisk el og systemydelser. [Note: Kommissions beslutning i COMP/M3867 – VATTENFALL / ELSAM and E2 ASSETS og Kommissions beslutning i COMP/M3868 – DONG/ELSAM/ENERGI E2] Det fremgår således af Kommissionens afgørelse i DONG/Elsam fusionen, at:

”The Commission has on several occasions considered the provision of regulating/balancing power and reserve capacity to constitute one (or more) separate market(s)”

165. I DONG/Elsam fusionen lod Kommissionen det imidlertid være åbent, hvorvidt systemydelser var indeholdt i det definerede relevante produktmarked for engrossalg af fysisk el eller ej, da det ikke havde nogen betydning for vurdering af fusionens konkurrenceeffekt.

166. Kommissionens markedsundersøgelse viste dog, at der formentlig ikke er efterspørgselssubstitution mellem fysisk el og systemydelser, da den systemansvarlige virksomhed, der er den eneste køber af systemydelser, ikke umiddelbart kan erstatte indkøb af systemydelser med indkøb af fysisk el på Nord Pool. [Note: Punkt 237 i Kommissions beslutning i COMP/M3868 – DONG/ELSAM/ENERGI E2]

167. Endvidere kan tilføjes, at efterspørgselssubstitution mellem fysisk el og systemydelser begrænses af, at der er en væsentlig prisforskel på produkterne. Prisen på regulerkraft er således væsentligt højere end prisen på fysisk el handlet på Nord Pool. Derudover er der forskel på tidspunktet for handel og levering, idet fysisk el handles på Nord Pool dagen før det leveres, mens systemydelser købes og leveres i det driftsdøgn, hvor forbruget sker. Endelig kan tilføjes, at

Energinet.dk har forskrifter om, at alle aktører skal tilstræbe at være i balance for ikke at miste retten til at drive balancedrift [note: Af Energinet.dks forskrift afsnit 3.2 fremgik det at ”Anmelderen af en aktørplan er pligtig til at udvise størst mulig omhu for, at planen er i balance - ikke mindst i medfør af anmelderens ansvar som deltager i den systematiske proces frem mod tilrettelæggelsen af en sikker systemdrift”], hvilket besværliggør systematisk at efterspørge systemydelser på bekostning af fysisk el og omvendt.

168. For så vidt angår udbudssubstitution er det både Kommissionens [note: Pkt. 238-39 i Kommissions beslutning i COMP/M3868 – DONG/ELSAM/ENERGI E2] og Konkurrencestyrelsens opfattelse, at denne ikke vil føre til en udvidelse af det på baggrund af efterspørgselssubstitution fastlagte produktmarked. Salg af systemydelser kræver et fleksibelt produktionsapparat, hvor produktionen med kort varsel kan øges eller reduceres. I praksis er det hovedsageligt centrale kraftværker, der er i stand til at indgå kontrakter om salg af systemydelser, pga. den krævede fleksibilitet i produktionen, jf. pkt. 102.

169. Samlet set er det Konkurrencestyrelsens vurdering, at markederne for systemydelser ikke er en del af engrosmarkedet for fysisk el.

iii) Det relevante produktmarked omfatter ikke finansiel el

170. Den væsentligste forskel på handel med finansiel el og handel med fysisk el er, at der på engrosmarkedet for fysisk el købes el til forbrug, mens der på det finansielle marked handles med risiko og ikke med fysisk el. Der er således ikke knyttet vilkår om levering af fysisk el til finansielle kontrakter.

171. En permanent prisstigning på fysisk el vil derfor ikke betyde, at mængden af fysisk handlet el falder til fordel for en øget mængde finansielt handlet el. Uanset de relative priser på disse produkter har den enkelte virksomhed/efterspørger stadig behov for stort set den samme mængde el og behovet for fysisk el kan ikke erstattes med køb af finansiel el. Der er derfor ikke efterspørgselssubstitution mellem fysisk el og finansielt handlet el.

172. Da de aktører, der kun er aktive på det finansielle marked (banker mv.), ikke råder over produktionskapacitet og derfor ikke kan skifte fra udbud af finansielle ydelser til fysisk elproduktion, hvis den relative pris på el skulle stige, finder Konkurrencestyrelsen, at der heller ikke er udbudssubstitution mellem fysisk el og finansielt handlet el.

173. Derved er det finansielle marked ikke en del af engrosmarkedet for fysisk el.

Konklusion - det relevante produktmarked

174. Det er samlet set Konkurrencestyrelsens vurdering, at det relevante produktmarked – ligesom i Elsam II sagen – er markedet for engrossalg af fysisk el.

Det relevante geografiske marked

175. Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor deltagende virksomheder afsætter eller efterspørger produkter eller tjenesteydelser, som har tilstrækkeligt ensartede konkurrencevilkår, og som kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er meget anderledes.

176. Flere forhold taler for, at de danske engrosmarkeder i henholdsvis Vest- og Østdanmark ikke er integreret med de omkringliggende lande, og at Vest- og Østdanmark tillige udgør to adskilte markeder.

177. Et afgørende forhold er kapacitetsbegrænsninger på forbindelserne mellem områderne. Kapacitetsbegrænsninger fungerer som en effektiv adgangsbarriere, når producenter fra et område skal konkurrere med producenter i et andet område. Hermed begrænses eksport og import mellem områderne væsentligt i forhold til en situation, hvor elektriciteten kunne flyde frit mellem landene.

178. De eksisterende kapacitetsbegrænsninger har den direkte konsekvens (1) at Nord Pool har inddelt de nordiske lande i en række regionale prisområder, og der i perioder er betydelige prisforskelle mellem de enkelte prisområder, og (2) at der er betydelige forskelle mellem producenternes markedsandele i de forskellige områder.

179. Problemet med kapacitetsbegrænsninger forstærkes endvidere af, at der er meget forskellig produktionsteknologi i de forskellige områder. Herved er der ofte meget store forskelle på producenternes omkostningsstrukturer, og det er nødvendigt at transportere meget el på tværs af områderne for at opretholde én fælles pris i områderne.

180. Disse forhold fører til, at der ikke er tale om ét sammenhængende, integreret nordisk marked, men i stedet separate regionale markeder.

181. Konkurrencerådet fastslog i sin afgørelse i Elsam II, at det relevante geografiske marked var Vestdanmark. KAN tiltrådte denne afgrænsning i sin kendelse den 14. november 2006. Disse afgørelser er i overensstemmelse med Kommissionens faste praksis.

182. Det er på denne baggrund Konkurrencestyrelsens vurdering, at det relevante marked i 2005-06 fortsat er markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark, jf. endvidere nedenfor.

Kapacitetsbegrænsninger/transportbarrierer

183. Formålet med at afgrænse et relevant geografisk marked er at fastslå, hvilke egentlige konkurrenter der er i stand til at begrænse de involverede virksomheders adfærd og forhindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres.

184. Markedsafgrænsningen skal derfor fastslå om virksomheder i andre områder reelt kan betragtes som en alternativ forsyningskilde for brugerne.

185. I den forbindelse er det relevant at se på to situationer: (1) køberens/brugerens mulighed for at opsøge leverandører i andre områder (efterspørgsels substitution) og (2) leverandører i andre områders mulighed for at opsøge køberen/brugeren (udbudssubstitution).

186. Som følge af kapacitetsbegrænsningerne på transmissionskablerne er efterspørgselssubstitution af begrænset betydning i relation til handel med el. Det skyldes, at en køber ikke kan tage til et andet område og købe el, fordi køberen på grund af kapacitetsbegrænsningerne på kablerne ikke vil være sikker på at kunne få den leveret.

187. I relation til udbudssubstitution vil det være nødvendigt for en elproducent for at udøve et konkurrencepres enten (1) at kunne transportere sin produktion fra en landsdel til en anden uden større vanskeligheder eller omkostninger, eller (2) selv at kunne producere i det område den afsætter sin el.

188. Det er karakteristisk for elmarkederne, at de enkelte producenter er koncentrerede i hvert deres regionale område og derfor ikke har den nødvendige produktionskapacitet til at lægge konkurrencepres i alle regioner i norden. Der er typisk én virksomhed i hver region, der har en stor markedsandel i denne, mens virksomheden har mindre andele i de omkringliggende regioner.

189. Det betyder, at muligheden for ubegrænset at kunne transportere el fra område til område er afgørende for muligheden for at konkurrere.

190. Betydningen af muligheden for at transportere el understreges af, at det er forbundet med store vanskeligheder og omkostninger at opføre nye værker, og at der er overskudskapacitet på elmarkederne.

191. Handelsmønstre i form af import og eksport fortæller meget om forbindelserne mellem forskellige områder. Begrænsede handelsstrømme mellem to områder kan tale for, at områderne udgør separate geografiske markeder, mens omfattende handelsstrømme umiddelbart taler for et samlet marked.

192. På trods af den regionale koncentration af producenter er de danske producenter imidlertid underlagt et vist begrænset konkurrencepres fra udenlandske producenter og er også selv tilstede på markeder udenfor deres egne. Dette skyldes primært transmissionskablerne, som muliggør transmission af el mellem de forskellige nordiske regioner.

193. Transmissionskablerne har imidlertid en begrænset kapacitet.

194. En helt afgørende faktor for den geografiske markedsafgrænsning er omfanget af transportbarrierer. Er det umuligt eller meget omkostningskrævende at transportere en vare fra et område til et andet, taler dette for, at to områder i konkurrenceretlig henseende skal anses for separate geografiske markeder. [Note: Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, pkt. 50]

195. I relation til elektricitet, der som følge af sin natur ikke kan lagres, men derimod skal produceres samtidig med, at den leveres, har transportmuligheder og kapacitetsbegrænsninger i transportnettet en væsentlig betydning for afgrænsningen af det relevante geografiske marked.

196. Det er kendetegnende for elhandlen mellem henholdsvis Vest- og Østdanmark og de øvrige nordiske lande og Tyskland, at omfanget af handlen begrænses af kapaciteten i kablerne mellem områderne. Denne begrænsede kapacitet medfører i sig selv, at der er forskellige konkurrencevilkår i de enkelte områder.

197. Konkurrencepresset er begrænset af udlandskablernes overførselskapacitet. De danske producenter vil derfor ikke blive mødt med konkurrence fra den fulde produktionskapacitet i nabolandene.

198. Ved kabelforbindelserne mellem Tyskland og Vest- og Østdanmark opereres der ikke med market-splitting, men i stedet med allokering af kabelkapacitet via auktioner. Denne uhensigtsmæssige administration af kapaciteten betyder, at kapaciteten på tysklandskablet ikke udnyttes effektivt. [Note: Konkurrencerådets afgørelse i Elsam II på mødet den 30. november 2005, pkt. 55-64]

199. Konkurrencepresset fra Tyskland er derfor svagere end kablets kapacitet tilsiger og det indebærer, at konkurrenter ikke kan udnytte kabelkapaciteten til at skabe konkurrence i relation til den residuale efterspørgsel i tilfælde af høje priser i Danmark.

200. Ved kabelforbindelserne mellem Norge og Sverige og Vest- og Østdanmark indebærer kablernes begrænsede kapacitet, at der er en væsentlig transportbarriere mellem de forskellige områder.

201. I timer, hvor importkapaciteten på de nordiske forbindelser til Vestdanmark er udnyttet fuldt ud, kan der ikke importeres mere strøm til Vestdanmark.

202. Hvis producenterne i Norge og Sverige skal være i stand til at dække den residuale efterspørgsel vil det kræve, at de bygger et kraftværk i Danmark eller lægger yderligere kabler. Begge løsningsmodeller indebærer prohibitivt høje omkostninger og er derfor ikke en realistisk mulighed.

Nord Pools prisområder

203. En stadig større del af omsætningen med el i Norden handles på Nord Pool's spot børs, hvilket som udgangspunkt danner grundlag for en fælles nordisk prisdannelse.

204. Som følge af kapacitetsbegrænsningerne mellem landene og internt i Danmark og Norge har Nord Pool imidlertid fundet det nødvendigt at opdele Norden i flere prisområder. Nord Pool opererer således med seks separate prisområder: Vestdanmark, Østdanmark, Sverige, Finland, Nordnorge og Sydnorge.

205. Nord Pool håndterer flaskehalse ved at dele markedet i selvstændige prisområder – kaldet market-splitting. Nord Pool har rådighed over næsten al kapacitet på transmissionsforbindelserne mellem prisområderne og bruger den til at udligne prisforskelle mellem områderne. Opstår der flaskehalse på et transmissionskabel, er det udtryk for, at prisforskellen mellem de to områder ikke kan udlignes ved import fra lavprisområdet til højprisområdet, og Nord Pool sætter i det tilfælde en selvstændig pris for alt salg i højprisområdet.

206. Der er ikke på tilsvarende vis en automatisk mekanisme, der sikrer, at el-kablerne til Tyskland anvendes til at udligne prisforskelle mellem Tyskland og Nord Pool prisområderne. Det betyder, at strømmen kan "løbe den forkerte vej", dvs. at elektriciteten går fra et højprisområde til et lavprisområde og ikke fra et lavprisområde til et højprisområde.

207. Det forhold, at Nord Pool opererer med forskellige prisområder – og dermed fastsætter forskellige priser for samme vare afhængig af leveringssted – er en stærk indikator for, at de enkelte prisområder konkurrenceretligt er adskilte markeder.

Prisforskelle

208. Ved afgrænsningen af det relevante geografiske marked kan det være af betydning at se på prisforskelle og priselasticitet.

209. Prisforskelle mellem forskellige områder kan normalt være en indikator for, at de sammenlignede områder udgør separate geografiske markeder. [Note: Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, pkt. 28 og 45] Modsat kan ensartede priser i forskellige områder være en indikator for, at de sammenlignede områder udgør ét geografisk marked.

210. En sammenligning af priserne på det vstdanske marked og de omkringliggende områder kan imidlertid efter Konkurrencestyrelsens opfattelse ikke anvendes som kriterium for den korrekte afgrænsning af det geografiske marked i denne sag. Dette skyldes flere forhold. For det første skyldes det, at de øvrige kriterier for markedsafgrænsningen i denne sag peger entydigt på en snæver afgrænsning af det geografiske marked. For det andet skyldes det funktionen af det nordiske el-marked, hvor prisforskelle mellem prisområderne søges udjævnet. For det tredje skyldes det Elsams position som residual monopolist med deraf følgende mulighed for at fastsætte prisen uafhængigt af andre aktører. Anvendelse af prissammenligning som afgørende kriterium for den geografiske afgrænsning i denne sag ville således føre til en "Cellophane Fallacy" i form af en for bred geografisk afgrænsning af markedet. [Note: Konkurrenceretten i EU af Andreas Christensen m.fl. s. 41, Competition Law af Richard Whish, 4. udgave, s. 28 m. noter]

211. Vurderingen af substitution sker fortrinsvis ved anvendelse af SSNIP-testen. [Note: Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, pkt. 15-23]

212. Når SSNIP-testen anvendes til afgrænsning af det relevante marked er det imidlertid vigtigt at holde for øje, at testen kan resultere i en afgrænsning af et marked, der er bredere end det egentlige relevante marked. Dette kan blive tilfældet, når testen anvendes på prissætningen hos virksomheder, der er dominerende. Det skyldes, at den dominerende virksomhed typisk allerede har prissat på et højere niveau, end tilfældet ville være under effektiv konkurrence. I sådanne tilfælde kan en mindre prisstigning fremkalde en kraftigere kundereaktion og dermed større substitution, end der ellers ville fremkomme. Dette kan medføre, at det relevante marked udvides til at omfatte produkter, der under effektive konkurrenceforhold ikke ville være en del af det relevante marked.

213. Det er anerkendt af Kommissionen, at der ved afgrænsningen af det relevante marked i sager om misbrug af dominerende position skal tages højde for denne problemstilling. [Note: Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03), pkt. 19]

214. Kapacitetsbegrænsninger mellem prisområderne muliggør, at der kan opretholdes væsentlige prisforskelle mellem de forskellige prisområder.

215. Dette kan illustreres ved at se på de prisforskelle, der er mellem henholdsvis det nordtyske og det sydnorske prisområde, som grænser op til Vestdanmark.

Tabel 12: Forskel i el-pris mellem Tyskland og Sydnorge (tysk pris – norsk pris = T-N i DKK) i pct. af den gennemsnitlige pris i Tyskland og Sydnorge i 2005 og 2006

	2005					
	Norsk pris > Tysk pris			Norsk pris < Tysk pris		
	T-N < -50	-50 < T-N < -25	-25 < T-N < 0	0 < T-N < 25	25 < T-N < 50	50 < T-N
Antal timer	124	184	926	2219	2636	2671
I pct. af alle timer	1 %	2 %	11 %	25 %	30 %	30 %
	2006					
Antal timer	1.641	1.200	2.142	1.762	1.004	1.011
I pct. af alle timer	19 %	14 %	24 %	20 %	11 %	12 %

Forskellige fordelinger af markedsandele

216. Fordelingen af virksomheders markedsandele på et givent marked kan udgøre en indikator for tilstedeværelsen af adgangsbarrierer til et marked. Oplysninger om markedsaktørerne og deres mulige konkurrenters markedsandele kan derfor anvendes som en indikator ved fastlæggelsen af det relevante geografiske marked. [Note: Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03), pkt. 28]

217. Markedssituationen i Norden er præget af flere store aktører. Det er vanskeligt at opgøre disse aktørers markedspositioner, men på baggrund af Konkurrencestyrelsens undersøgelser kan følgende aktører i Danmark, Sverige, Norge og Tyskland identificeres:

Tabel 12: Estimerede markedspositioner for de vigtigste aktører beregnet på grundlag af produktionskapacitet eksklusiv prioriteret produktion (2005).

Pct.	Vestdanmark	Østdanmark	Tyskland	Sverige	Finland	Norge
Elsam	59	-	-	-	-	-
Energi E2	-	66	-	4	-	-
E.ON	5	7	20	17	3	-
Vattenfall	7	12	17	34	5	4
Fortum	-	5	-	17	31	-
Statkraft	7	-	-	4	-	34
Andre	20	11	62	24	61	57
I alt	100	100	100	100	100	100

Anm.: Markedspositionerne er beregnet ved at opgøre den nationale produktionskapacitet og importkapaciteten. Ved import er hver aktør tildelt den andel af importkapaciteten som aktøren har i eksportlandet. ”-” angiver at værdien er mindre end 3 pct. Det bemærkes, at Fortums markedsandel

i Finland formentlig undervurderes i tabellen. Kilde: Den danske, svenske, norske, finske og tyske konkurrencemyndighed har angivet et estimat for markedsandelene i de respektive lande.

218. Som det ses er markedsandelene i de forskellige områder fordelt meget forskelligt i de enkelte geografiske områder. Elsam er således den helt dominerende aktør i Vestdanmark, mens selskabet har en helt marginal markedsandel i de øvrige områder.

219. Sådanne forskelle i markedsandele taler stærkt for, at der er tale om separate geografiske markeder, således som det også indikeres af Nord Pools inddeling i prisområder.

Forskellig produktionsteknologi

220. Når man ser på, hvordan der produceres el, fremgår det, at der er tydelige forskelle på de forskellige områder.

221. Den danske elproduktion er primært karakteriseret ved anvendelse af vindkraft og kulkraft, mens den norske og svenske elproduktion er præget af vandkraft og til en vis grad af atomkraft. Den tyske elproduktion er primært karakteriseret ved kulkraft, atomkraft og vindkraft.

222. Forskellige produktionsteknologier har forskellige marginalomkostninger, og når teknologierne ikke er fordelt ligeligt mellem områderne, vil priserne i tilfælde af flaskehalse per definition blive forskellige i de enkelte prisområder.

223. På grund af de væsentlige forskelle i sammensætningen af de enkelte områders produktionsteknologi er der behov for meget stor overførselskapacitet for at sikre effektiv konkurrence. Hvert tilfælde af flaskehals er således et udtryk for, at transportbarrierer forhindrer producenten med de laveste marginalomkostninger og dermed pris i at konkurrere med producenter med højere marginalomkostninger.

224. Forskellene i produktionsteknologi taler derfor for, at der er betydelige forskelle i konkurrencevilkårene i de enkelte prisområder og understøtter derfor, at der er tale om separate geografiske markeder.

Vurdering af om den geografiske markedsafgrænsning afhænger af, om der er kapacitetsproblemer på udenlandsforbindelserne eller ej

225. Elsam har både i Elsam II sagen og i denne sag gjort gældende, at det relevante geografiske marked skal afgrænses bredere end Vestdanmark og i det mindste omfatte Nord Pool området i perioderne, hvor der ikke er kapacitetsproblemer på transmissionskablerne.

226. Dette skyldes ifølge Elsam, at der i disse timer er en betydelig samhandel mellem de nordiske lande og Nordtyskland, ligesom elektriciteten ”flyder” frit mellem landene alt afhængig af udbud og efterspørgsel. Det er endvidere Elsams opfattelse, at en sådan markedsafgrænsning vil være i overensstemmelse med Kommissionens seneste praksis i fusionsagen mellem DONG, Elsam, Energi E2 m.fl. hvor Kommissionen - ifølge Elsam – vurderede, at markedet i tilfælde af flaskehalsproblemer skal afgrænses til et vestdansk eller større marked.

227. Konkurrencestyrelsen skal for det første bemærke, at Kommissionen i den omtalte fusions sag ikke træffer en endelig afgørelse vedrørende det geografiske marked, men Kommissionen fremhæver en række forhold, der taler for en afgrænsning til Vestdanmark. Efter styrelsens opfattelse kan fusions sagen mellem DONG, Elsam og Energi E2 derfor ikke tages til indtægt for, at markedet skal afgrænses bredere end Vestdanmark i de timer, hvor der ikke er kapacitetsproblemer på transmissionskablerne.

228. Elsam tager blandt andet punkt 667 i fusions sagen til indtægt for, ”at det sandsynligvis netop kun er i ’flaskehalsperioderne’, at der er et særligt vstdansk marked”, jf. hørings svaret side 10. Hertil skal styrelsen anføre, at det i fodnote 431 til punkt 667 fremgår, at:

”It has been argued that such a situation of dominance may also be present in situations in which the respective areas, in particular DK West, is not separated from other Nord Pool areas, namely in situations in which prices would fall in Denmark if interconnection congestion arises. It has been alleged that in such situations Elsam and possibly E2 show their dominance by setting measures ‘avoiding’ such interconnection congestion and thus keeping prices high. It is not necessary to discuss this issue further in this decision. If such alleged behaviour actually occurred it may be sanctionable under the provisions of Art.82 EC and of Danish Competition Law. While this would – due to a kind of cellophane fallacy – have an influence on the periods in which West DK or East DK can be considered separate wholesale markets (such behaviour, due to reducing the congestion rate, would obviously make such periods appear to be less frequent than they actually are) it does not have an impact on the assessment to be carried out in this decision...”

229. Med andre ord savner det efter Kommissionens opfattelse mening at afgrænse det geografiske marked på grundlag af forekomsten af flaskehalse, når Elsam selv kan udøve indflydelse på, hvornår flaskehalsene opstår.

230. For det andet kan henvises til Kommissionens rapport ”Energy Sector Inquiry” af 10. januar 2007, hvoraf det fremgår, at Kommissionens undersøgelser af det relevante geografiske marked viser, at de analyserede markeder er nationale ”except Denmark and Italy, where sub-national regional markets clearly exist.” Kommissionen lagde i denne sammenhæng vægt på, at Vestdanmark er adskilt fra andre områder i halvdelen af alle timer, og at den vstdanske pris slet ikke er korreleret med prisen i de omkringliggende områder. Videre anfører Kommissionen [note: DG Competition report on Energy Sector Inquiry side 331 (Annex B Geographic markets for electricity)]:

”It [data indsamlet i perioden 2004-2005] also suggests that, in the Nord Pool area, three (West Denmark, east Denmark and South Norway) areas can be considered as separate geographic markets”.

231. Endelig kan henvises til Kommissionens godkendelse af fusionsaftalen mellem DONG og Vattenfall (2005), hvor det af afgørelsens punkt 32 fremgår, at Kommissionen anser det for en reel mulighed at afgrænse markedet til Vestdanmark i alle timer.

232. Samlet set er det Konkurrencestyrelsens klare opfattelse, at der ikke er belæg for at påstå, at en geografisk markedsafgrænsning, der er bredere end Vestdanmark og i det mindste omfatter Nord Pool området i perioder, hvor der ikke er kapacitetsproblemer på transmissionskablerne, vil være i overensstemmelse med Kommissionens praksis.

Konklusion - det relevante geografiske marked

233. Sammenfattende finder Konkurrencestyrelsen ligesom i Elsam II sagen, at det relevante geografiske marked er Vestdanmark.

Samhandelspåvirkning

234. Traktatens art. 82 finder efter sin ordlyd anvendelse på dominerende virksomheders misbrugsadfærd, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

235. Kravet om, at der skal foreligge en påvirkning af handelen mellem medlemsstater, indebærer, at der skal foreligge en påvirkning af den grænseoverskridende økonomiske aktivitet mellem mindst to medlemsstater. I dette krav ligger imidlertid ikke, at adfærden skal påvirke handelen mellem hele en medlemsstat og hele en anden medlemsstat. Artikel 82 vil derfor kunne finde anvendelse i tilfælde, hvor kun en del af en medlemsstat er omfattet. [Note: Forenede sager T-213/95 og T-18/96, SCK og FNK, Saml. 1997 II, s. 1739 og Kommissionens meddelelse 2004/C 1001/07 – Retningslinier vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens art. 81 og 82, punkt 21]

236. Art. 82 vil derfor kunne finde anvendelse i den foreliggende sag, hvor adfærden påvirker samhandelen mellem en del af en medlemsstat og andre medlemsstater, og hvor det geografiske marked er afgrænset subnationalt.

237. Det er ifølge praksis fra EF-Domstolen endvidere et krav for anvendelsen af art. 82, at den bedømte adfærd kan påvirke samhandelen mærkbart. [Note: Sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Saml. 1983, 3461, præmis 103-104] Vurderingen af, om påvirkningen på samhandelen er mærkbar, foretages i relation til misbrugsadfærd primært på grundlag af adfærdens art og den pågældende virksomheds stilling på det berørte marked. [Note: Kommissionens meddelelse 2004/C 1001/07 – Retningslinier vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens art. 81 og 82, pkt. 45]

238. Elsams strategi ved indmeldelse af bud til Nord Pool har i nogle timer til formål at skabe flaskehalse med henblik på at opdele markederne inden for Nord Pool og dermed opnå en høj prissætning i Vestdanmark. Denne adfærd påvirker således direkte samhandelen mellem Vestdanmark og de omkringliggende medlemsstater. [Note: Kommissionens meddelelse 2004/C 1001/07 – Retningslinier vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens art. 81 og 82, pkt. 47]

239. Konkurrencestyrelsen finder kravet til mærkbarhed opfyldt henset til, at Elsams adfærd skaber flaskehalse, der bevirker, dels at Elsam opnår monopolstatus, og dels at Vestdanmark bliver et særskilt prisområde med høje priser.

240. Det er en yderligere betingelse for anvendelsen af artikel 82, at virksomheden indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet. Denne betingelse er opfyldt, når den dominerende stilling omfatter en medlemsstat i sin helhed, men kan ligeledes være opfyldt, når det relevante marked omfatter et mindre område.

241. Domstolen har fastslået, at der ved afgørelsen af, om et bestemt område er af tilstrækkelig stor betydning til at udgøre en væsentlig del af fællesmarkedet, skal tages hensyn til strukturen og

omfanget af produktion og forbrug af det nævnte produkt, samt til vaner og økonomiske muligheder hos sælgere og købere. [Note: Dom af 16. december 1975 i de forenede sager 40/73 m.fl., Suiker Unie mod Kommissionen, præmis 371]

242. På baggrund af betydningen og omfanget af den danske elproduktion og -forbrug er det Konkurrencestyrelsens vurdering, at Elsam indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, og traktatens artikel 82 finder således anvendelse på Elsams misbrugsadfærd i perioden 2005-2006 og skal derfor anvendes sideløbende med konkurrencelovens § 11.

243. Konkurrencestyrelsen har i overensstemmelse med proceduren i Rådets forordning 1/2003 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens art. 81 og 82 indmeldt sagen i ECN netværket den 9. marts 2007, [note: Rådets forordning 1/2003 art. 11, stk. 3] idet Konkurrencestyrelsen har pligt til at foretage høring af Kommissionen, forinden Konkurrencerådet træffer afgørelse om, at en overtrædelse af Traktatens forbud mod misbrug af en dominerende stilling efter art. 82 kræves bragt til ophør. [Note: Rådets forordning 1/2003 art. 11, stk. 4]

Artikel 82/Konkurrencelovens § 11

Dominerende stilling

244. Ifølge fast retspraksis fra EF-Domstolen foreligger der en dominerende stilling, når en virksomhed indtager en økonomisk magtposition, som sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd overfor sine konkurrenter og kunder og i sidste instans overfor forbrugerne. [Note: Sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, præmis 30, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 38]

245. Et klassisk eksempel på dominans er tilfældet, hvor en virksomheds position på et marked gør det muligt for virksomheden at øge prisen til over det niveau, som er kendetegnende for et marked med effektiv konkurrence, og uden at konkurrenter og nye aktører kan trænge ind på markedet. [Note: Konkurrenceretten i EU af Andreas Christensen m.fl., 2. udgave 2005, s. 490, Konkurrenceloven med kommentarer af Kirsten Levinsen, 2001, s. 339]

246. Ved afgørelsen af, om en virksomhed besidder en dominerende stilling er det af stor betydning at fastlægge virksomhedens styrke på markedet. EF-Domstolen fastslog i sin afgørelse i Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, at:

”en dominerende stilling kan være en følge af en række faktorer, som hver for sig ikke nødvendigvis er afgørende, men blandt disse faktorer har omfattende markedsandele meget stor betydning.”

[Note: Sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 39]

247. En vigtig faktor for en vurdering af, om en virksomhed besidder en dominerende stilling er således virksomhedens markedsandel. Det fremgår af Kommissionens og EF-Domstolens praksis samt af bemærkningerne til konkurrenceloven, at det må formodes, at en markedsandel på over 50 pct. i sig selv kan udgøre beviset for, at en virksomhed besidder en dominerende stilling på markedet. [Note: EF-Domstolens domme i sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen,

præmis 41, sag C-62/86, AKZO Chemie mod Kommissionen, præmis 60 og lovforslag nr. L 172/1997, side 27]

248. Ved markedsandele på mellem 40 og 50 pct. er der en formodning for, at virksomheden indtager en dominerende stilling på markedet, såfremt der foreligger supplerende indicier på dominans. [Note: Sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 50-52 og sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, præmis 108-112] Omvendt skaber en markedsandel på under 40 pct. en formodning for, at virksomheden ikke er dominerende. Dog kan det ikke udelukkes, at en virksomhed med en markedsandel på mellem 25 og 40 pct. kan være dominerende, hvis andre faktorer understøtter, at der foreligger dominans.

249. Betydningen af markedsandelens størrelse må derfor ses i lyset af størrelsen af konkurrenternes markedsandele, den potentielle konkurrence og mulige barrierer for adgangen til markedet samt markedsandelens udvikling og stabilitet over en længere periode. Endelig er det en forudsætning for dominans, at indflydelsen har været opretholdt over en vis periode. [Note: Sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 41, Konkurrenceretten i EU af Andreas Christensen m.fl., 2. udgave 2005, s. 494]

Vurdering af Elsams dominans

250. Konkurrencerådet fandt i Elsam II sagen, at Elsam havde en dominerende position på markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark. KAN tiltrådte denne vurdering i sin behandling af Elsams klage.

251. Konkurrencestyrelsen vurderer på baggrund af lignende undersøgelser, at Elsam i 2005 og 2006 indtager en dominerende stilling på markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark, idet Elsam i betydeligt omfang kan handle uafhængigt af markedets øvrige aktører og dermed er i stand til at hindre en effektiv konkurrence på markedet.

252. Konkurrencestyrelsens dominansvurdering indeholder for det første en vurdering af, hvor fleksible de forskellige produktionsformer er, da det giver et indtryk af, i hvor høj grad de øvrige markedsaktører på det relevante produktmarked er i stand til at udøve et effektivt konkurrencepres på Elsam. For det andet vurderes Elsams relevante markedsandele. For det tredje belyses de betydelige adgangsbarrierer, som afgør omfanget af konkurrencepres fra potentielle konkurrenter. For det fjerde beregnes Elsams residuale efterspørgsel, der udtrykker i hvor høj grad Elsam er i stand til at fastsætte prisen i Vestdanmark uafhængigt af andre producenter. For det femte vurderes, hvilke mulige prisstrategier Elsam står overfor – samt hvilken prisstrategi Elsam rent faktisk har anvendt – når Elsam indmelder sin udbudskurve til Nord Pool.

253. Ud fra en helhedsvurdering af Elsams markedsstyrke konkluderer Konkurrencestyrelsen således, at Elsam er dominerende igennem hele den undersøgte periode – herunder at Elsam, trods frasalget af to centrale værker til Vattenfall den 1. juli 2006, fortsat besidder en dominerende stilling. Det fremgår af dominansvurderingen, at Elsam i perioden efter frasalget har en mindre markedsstyrke på det vstdanske marked, men at Elsam utvivlsomt fortsat er dominerende.

Generelt om de forskellige produktionsformers fleksibilitet

254. På det relevante produktmarked (engrosmarkedet for salg af fysisk el) bliver el produceret på henholdsvis centrale og decentrale værker, vindmøller og såkaldt virtuel kapacitet (VPP), jf. tabel 13.

Tabel 13: Produktion i Vestdanmark og Elsams andel heraf

	Fleksibel produktion	Ufleksibel produktion		
	Centrale værker	Decentrale værker	Vind	VPP
Fordeling af produktion i 2005	49 %	28 %	23 %	0 %
- heraf Elsam	100 %	15 %	14 %	0 %
Fordeling af produktion i 2006	53 %	21 %	18 %	8 %
- heraf Elsam	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]

255. Centrale kraftværker udgør en yderst fleksibel produktionsform. Med fleksibel menes, at en producent med et centralt kraftværk kan justere sin produktion af el med ganske kort varsel, og at det i høj grad er den forventede elpris sammenholdt med værkets omkostninger ved at producere, som bestemmer producentens valg af produktionsniveau.

256. Et centralt kraftværk producerer udover el også varme, men oplysninger fra Elsam viser, at kun ca. [xx] pct. af produktionen af el i gennemsnit er ”bundet” til varmeproduktionen. Det skyldes, at de fleste centrale kraftværker har gode muligheder for at køre ved såkaldt kondensdrift, hvor værket alene producerer el. Det er herved muligt at producere varierende mængder af el, selvom varmeproduktionen ligger fast. Med andre ord har et centralt kraftværk et forholdsvist omfattende produktionsmulighedsområde, specielt i sammenligning med et decentralt kraftvarmeværk.

257. I perioden 1. januar 2005 til 1. juli 2006 var Elsam den eneste ejer af centrale værker i Vestdanmark, men med virkning fra 2. juli 2006 har Vattenfall opnået ejerskab over to centrale værker i Vestdanmark (Nordjyllandsværket og Fynsværket).

258. Vattenfall har herved opnået adgang til produktionskapacitet, der på samme vis som Elsams kapacitet er fleksibel. Det skal dog fremhæves, at Vattenfalls fleksible produktionskapacitet kun udgør ca. halvdelen af Elsams tilsvarende kapacitet.

259. Udover Vattenfalls ejerskab over de to centrale værker har Elsams konkurrenter en meget ufleksibel produktionsform, da den i høj grad er baseret på decentrale kraftvarmeværker og vindproduktion, jf. nedenfor.

i) Vindproduktion udgør en ufleksibel produktionsform

260. Ifølge Elsam skaber vindproduktion et konkurrencepres på produktion fra centrale kraftværker, idet vindproduktion indmeldes i bunden af markedets udbudskurve pga. de lave variable omkostninger ved vindproduktion.

261. Konkurrencestyrelsen finder det imidlertid afgørende, at vindproduktionen er ufleksibel, da det således er kendetegnende for vindproduktion, at der kun kan produceres, når det blæser, og markedets aktører i ikke ubetydelig grad er i stand til at forudsige størrelsen af den ufleksible vindproduktion. En ejer af vindmøller kan ikke producere større mængder, end vejret tillader, uanset hvor høj den forventede elpris er. Og selv i de timer, hvor det rent faktisk blæser, så vindproduktionen er høj, vil denne produktion ofte ikke overraske de øvrige producenter af el, som derfor kan indrette deres produktion i overensstemmelse hermed.

262. Selvom den faktiske produktion fra vindmøller på timebasis naturligvis er forbundet med en vis usikkerhed, kan den i høj grad forudsiges på baggrund af historiske prognoser for vindforholdene offentliggjort af Energinet.dk. Alle markedsaktører har således mulighed for at forudsige vindproduktionen, men da de største vindmølleparker i Vestdanmark ejes af Elsam, kan Elsam formentlig forudsige deres produktion med en endnu højere grad af sikkerhed.

263. På den baggrund konkluderes ligesom i Elsam II sagen, at vindproduktion er en ufleksibel produktionsform.

ii) Produktion på decentrale kraftvarmeværker udgør en ufleksibel produktionsform

264. Elsam anfører, at eftersom decentrale kraftvarmeværker siden 1. januar 2005 har afsat sin produktion til markedspris frem for (som tidligere) til en reguleret pris, kan produktion fra decentrale kraftvarmeværker ikke uden videre anses som en ufleksibel produktionsform.

265. Hertil bemærkes, at selvom produktionen fra de decentrale kraftvarmeværker i modsætning til tidligere handles på markedsvilkår, er det ikke ensbetydende med, at produktionen er fleksibel.

266. Rent teknisk er elproduktion på de decentrale kraftvarmeværker bundet til varmereproduktionen i et fast forhold. Det indebærer, at for en given varmereproduktion er det kun i begrænset omfang muligt at variere værkets elproduktion. Generelt er det således ikke den forventede elpris men snarere hensyn til værkets indgåede varmekontrakter, der afgør, hvor stor produktionen af el bliver i hver time på et decentralt kraftvarmeværk.

267. Produktion af el på de decentrale kraftvarmeværker kan således forudsiges forholdsvist præcist på grundlag af kendskab til kapaciteten, varme-produktionsbehovet og historiske data over produktionen.

268. Visse af de decentrale værker har dog mulighed for at lagre fjernvarmevand og dermed opnå en vis fleksibilitet i el-produktionen. Men den opnåede fleksibilitet er stadig væsentligt lavere end de centrale kraftværkers fleksibilitet.

269. Dertil kommer, at Elsam tidligere har ejet en del af den decentrale kraftvarmekapacitet og leveret fjernbetjeningsfaciliteter til det meste af den øvrige kapacitet, og det må derfor forventes, at Elsam derigennem har opnået en viden, som gør det muligt at forudsige produktionen fra de decentrale kraftvarmeværker mere præcist end andre producenter.

270. På den baggrund konkluderes ligesom i Elsam II sagen, at produktion fra decentrale kraftvarmeværker er en ufleksibel produktionsform.

Elsams markedsandel

271. Ved fastsættelsen af virksomheders markedsandele på det relevante marked danner virksomhedernes afsætning/produktion grundlaget for beregningen. Afhængigt af branchen og markedet kan andre forhold, såsom produktionskapacitet, imidlertid give nyttige oplysninger. [Note: Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, pkt 53-54] Elsams markedsandel skal således opgøres på baggrund af Elsams faktiske produktion, men Elsams markedsandel vedrørende produktionskapaciteter vil yderligere fremgå nedenfor.

272. Opgjort på årsbasis overstiger den vstdanske produktion det vstdanske forbrug, dvs. at Vestdanmark er nettoeksportør af elektricitet. Den samlede eksport kan ikke umiddelbart fordeles direkte på de enkelte vstdanske producenter, da det fysiske flow i udenlandsforbindelserne bestemmes af Nord Pools prissætning mellem områderne. Alle vstdanske producenter modtager samme pris for elektriciteten, uanset om elektriciteten efterfølgende bliver i Vestdanmark eller eksporteres. Det er således umuligt at følge elektriciteten fra producenten til forbrugsstedet og dermed ikke muligt at angive nøjagtig, hvilken produktion der eksporteres, og hvilken produktion der anvendes i Vestdanmark.

273. Konkurrencestyrelsen har på den baggrund fordelt eksporten på de enkelte producenter ved brug af en fordelingsnøgle, hvorefter hver enkelt producent tildeles en andel af eksporten svarende til producentens andel af den samlede produktion og import.

274. Det relevante produktmarked omfatter som tidligere nævnt den samlede vstdanske elproduktion tillagt nettoimport. Elsams markedsandel kan derved som udgangspunkt opgøres ved brug af følgende formel:

$$\text{Markedsandel} = \frac{\text{Elsams produktion} - \text{Elsams eksport}}{\text{Samlet produktion} + \text{import} - \text{eksport}}$$

275. Elsams markedsandel udgør 42 pct. i 2005, 50 pct. i 1. halvår 2006 og [xx] pct. i 2. halvår 2006, jf. tabel 14-15.

276. Ifølge praksis er der således en formodning om dominans i 2005 og 1. halvår 2006, da Elsams markedsandel overstiger 40 pct., mens Elsams markedsandel på [xx] pct. i 2. halvår 2006 ikke i sig selv er tilstrækkelig til at statuere dominans på det relevante marked, jf. pkt. 248. Under alle omstændigheder indebærer Elsams markedsandele, at det er nødvendigt at inddrage andre faktorer end selve markedsandelen i vurderingen af, om Elsam besidder en dominerende stilling.

Vurdering af Elsams faktiske markedsstyrke

277. Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at Elsams markedsandel ikke er udtryk for Elsams faktiske markedsstyrke på det vstdanske marked og at Elsams markedsstyrke således klart undervurderes, såfremt der alene fokuseres på Elsams markedsandel. Elsam har i praksis langt større mulighed for at fastsætte den vstdanske pris, end Elsams markedsandel umiddelbart indikerer.

278. Det skyldes, at den vstdanske efterspørgsel i næsten alle timer vil overstige produktionen fra vind, decentrale værker eller VPP. Herved må en andel af efterspørgslen nødvendigvis skulle dækkes af enten vstdanske producenter med fleksibel produktion eller af udenlandske producenter gennem nettoimport. Kun disse producenter kan sikre, at det samlede vstdanske udbud af elektricitet svarer til den samlede vstdanske efterspørgsel.

279. Det betyder, at produktionen fra vind, decentrale værker og VPP udøver et begrænset konkurrencepres på de producenter, der råder over fleksibel produktion. Disse producenter kan således i betydeligt omfang sætte deres pris uafhængigt af de producenter, der råder over produktion fra vind, decentrale værker og VPP. På grund af Nord Pools prisme-konstant, hvor der findes en fælles markedspris for alle handler i et prisområde, vil disse producenter således i høj grad fastsætte markedsprisen på Nord Pool.

280. Henset til de betydelige kapacitetsbegrænsninger på transmissionskablerne, som begrænser importen, betyder det, at de producenter, der råder over centrale kraftværker i Vestdanmark reelt befinder sig i en meget fordelagtig position, hvad angår muligheden for at fastsætte elprisen ved sine bud på Nord Pool.

281. I praksis resulterer det forhold, at produktionen fra vind, decentrale værker og VPP ikke kan dække efterspørgslen i Vestdanmark således i, at den vstdanske pris i næsten alle timer bliver bestemt af vstdanske producenter med en fleksibel produktionsform (centrale kraftværker) eller af udenlandske producenter gennem nettoimport. Det kan i denne sammenhæng fremhæves, at Elsam var prisbestemmende i Vestdanmark i ca. [xx] pct. af alle timer i 2005 og i ca. [xx] pct. af alle timer i 2006, jf. pkt. 547-551.

282. Desuden kan Elsam i betydeligt omfang forudsige produktionen fra vind og decentrale værker, jf. pkt. 260-270.

283. Ovenstående taler for, at man ved vurderingen af Elsams faktiske markedsstyrke alene skal se på Elsams markedsandel af de centrale værkers produktion og nettoimporten. Jo større denne markedsandel er, jo større sandsynlighed er der for, at Elsam vil være prisbestemmende på det vstdanske marked, og at Elsams faktiske markedsstyrke derved er høj.

284. Elsams markedsandel kan på denne vis opgøres til 58 pct. i 2005 og henholdsvis 79 pct. og [xx] pct. i de to halvår i 2006, jf. tabel 14-15. I Elsam II sagen blev Elsams tilsvarende markedsandel opgjort til 82 pct. i 2003 og 72 pct. i 2004.

Tabel 14: Elsams markedsandel (beregnet på produktionstal) for 2005

(GWh)	Produktion	Eksportandel	Prod. – eksport
Centrale værker Elsam	10.307	2.809	7.498
Decentrale værker Elsam	897	253	644
Vindmølle Elsam	703	210	493
Øvrige decentrale værker	5.084	1.434	3.650
Øvrige vind	4.319	1.289	3.030
Produktion i alt (P)	21.310		

Import (I)	7.362	1.954	5.409
Eksport (E)	7.948		
P + I – E	20.724	7.948	20.724
P + I – E – VM			17.201
P + I – E – VM – DKV			12.906
Elsams andel af P + I – E			42 %
Elsams andel af P + I – E – VM			47 %
Elsams andel af P + I – E – VM – DKV			58 %

Note: Forkortelserne P, I, E, VM og DKV står henholdsvis for el-produktion på centrale værker, el-import, el-eksport, el-produktion ved vindmøller og el-produktion på decentrale værker.

Tabel 15: Elsams markedsandel (beregnet på produktionstal) for 2006

(GWh)	Produktion		Eksportandel		Prod. – eksport	
	F 1. juli	E 1. juli	F 1. juli	E 1. juli	F 1. juli	E 1. juli
Centrale værker Elsam	6.740	[xx]	1.981	[xx]	4.759	[xx]
Decentrale værker Elsam	524	[xx]	155	[xx]	369	[xx]
Vindmølle Elsam	306	[xx]	91	[xx]	214	[xx]
Øvrige centrale værker	0	[xx]	0	[xx]	0	[xx]
Øvrige decentrale værker	2.749	[xx]	811	[xx]	1.938	[xx]
Øvrige vind	1.878	[xx]	560	[xx]	1.318	[xx]
VPP	1.086	[xx]	309	[xx]	777	[xx]
Produktion i alt (P)	13.282	[xx]		[xx]		[xx]
Import (I)	1.732	[xx]	465	[xx]	1.266	[xx]
Eksport (E)	4.372	[xx]		[xx]		[xx]
P + I – E	10.642	[xx]	4.372	[xx]	10.642	[xx]
P + I – E – VM					9.110	[xx]
P + I – E – VM – DKV					6.803	[xx]
P + I – E – VM – DKV – VPP					6.025	[xx]
Elsams andel af P + I – E					50 %	[30-40] %
Elsams andel af P + I – E – VM					56 %	[30-40] %
Elsams andel af P + I – E – VM – DKV					70 %	[40-50] %
Elsams andel af P + I – E – VM – DKV – VPP					79 %	[40-50] %

Note: Forkortelserne P, I, E, VM og DKV står henholdsvis for el-produktion på centrale værker, el-import, el-eksport, el-produktion ved vindmøller og el-produktion på decentrale værker. Note: Tallene i tabellerne er inkl. produktion til regulerkraft. Netto udgør produktionen af regulerkraft

(opregulering - nedregulering) mindre end 1 pct. af den samlede el leveret til det danske marked. Dette vil derfor ikke have betydning for størrelsen af de beregnede markedsandele.

285. Supplerende kan Elsams markedsandele opgøres på baggrund af produktions- og importkapacitet. Herved var Elsams markedsandel 43 pct. i 2005, 43 pct. i 1. halvår 2006 og [xx] pct. i 2. halvår 2006, jf. tabel 16. Dette er dog inklusiv kapaciteten af vindmøller og decentrale værker. Ses der af tidligere nævnte grunde bort fra kapaciteten på vindmøllerne og decentrale kraftvarmeværker var Elsams markedsandel 65 pct. i 2005, 64 pct. i 1. halvår 2006 og [xx] pct. i 2. halvår 2006.

Tabel 16: Elsams markedsandel (beregnet på kapacitetstal)

(MW)	2005	2006	
		Før 1. juli	Efter 1. juli
Centrale værker Elsam	3.661	3.568	[xx]
Decentralværker Elsam	177	184	[xx]
Vindmølle Elsam	337	337	[xx]
Øvrige centrale værker	0	0	[xx]
Øvrige decentrale værker	1.452	1.442	[xx]
Øvrige vindmøller	2.056	2.055	[xx]
Kapacitet i alt	7.683	7.586	[xx]
Importkapacitet	1.967	1.793	[xx]
Eksportkapacitet	2.310	1.975	[xx]
Kapacitet i alt + import	9.650	9.561	[xx]
K + I – VM	7.257	7.169	[xx]
K + I – VM – DKV	5.628	5.543	[xx]
Elsams andel af K + I	43 %	43 %	[20-30] %
Elsams andel af K + I – VM	53 %	52 %	[30-40] %
Elsams andel af K + I – VM – DKV	65 %	64 %	[40-50] %

Note: Forkortelserne P, I, E, VM og DKV står henholdsvis for el-produktion på centrale værker, el-import, el-eksport, el-produktion ved vindmøller og el-produktion på decentrale værker.

286. Elsam har således i 2005-06 haft en betydelig markedsandel – uanset om den ufleksible produktion fra vindmøller, decentrale værker og VPP indregnes eller ej.

Elsams fald i markedsandel fra 2. halvår 2006 som følge af frasalget til Vattenfall

287. Det fremgår, at Elsams markedsandel i perioden efter 1. juli 2006 er faldet pga. Vattenfalls overtagelse af to centrale kraftværker i Vestdanmark.

288. Det er Elsams opfattelse, at "Konkurrencestyrelsen klart undervurderer effekten af disse frasalge". Det skyldes bl.a. at den frasolgte kapacitet udgør 37 pct. af Elsams hidtidige centrale

kraftværkskapacitet, og at Vattenfalls overtagelse af værkerne allerede fra overtagelsesdatoen den 1. juli 2006 fik betydning for konkurrenceforholdene på markedet.

289. Det bemærkes indledningsvist, at selvom Elsams andel af den fleksible produktionskapacitet er faldet fra 100 pct. til [xx] pct. efter frasalget til Vattenfall, har Elsam fortsat en meget høj andel af den fleksible produktion. Det siger sig selv, at en andel på 100 pct., som Elsam har haft siden liberaliseringen af markedet, giver anledning til større konkurrenceretlige bekymringer end Elsams andel på [xx] pct. i 2. halvår 2006, men det kan på ingen måde udelukkes, at en markedsaktør, der ejer [xx] pct. af den fleksible produktionskapacitet kan besidde en dominerende stilling på markedet.

290. Endvidere viser retspraksis, at endog et betydeligt fald i markedsandele ikke i sig selv er bevis for, at der ikke foreligger en dominerende stilling. Efter retspraksis lægges der således vægt på, at dominansvurderingen ikke udelukkende baseres på virksomhedens markedsandel, [note: Dom af 8. oktober 1996 i de forenede sager T-24/93 m.fl., Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, præmis 77-79 og dom af 17. december 2003 i sag T-219/99, British Airways mod Kommissionen, præmis 223-224. I den første sag havde linjekonferencen Cewal i den undersøgte periode haft en markedsandel på 90 pct. i 1988-89, mens denne var faldet de efterfølgende år til over 80 pct. i 1990 og over 70 pct. i 1991, og til 64 pct. i 1992. I den anden sag fandt Retten, at nedgangen i British Airways' markedsandel ikke i sig selv udgjorde bevis for, at der ikke forelå en dominerende stilling. Hverken det forhold, at British Airways markedsandel var faldet eller at konkurrenternes markedsandele var steget, kunne sætte spørgsmålstegn ved den dominerende stilling] og i denne sammenhæng kan særligt henvises til pkt. 312-336, hvor Elsams residuale efterspørgsel bliver opgjort. Denne opgørelse viser, at Elsam også i 2. halvår 2006 var residual monopolist i et væsentligt antal timer.

291. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt Vattenfalls overtagelse af værkerne havde en konkurrenceeffekt allerede fra overtagelsesdatoen den 1. juli, skal det bemærkes, at det ikke er afgørende for en dominansvurdering, at Elsam mister markedsandele til Vattenfall allerede fra den 1. juli 2006, men snarere at vurdere, hvorvidt Elsam fortsat har mulighed for at handle uafhængigt af andre markedsaktører.

292. Det er i denne sammenhæng væsentligt, at faldet i Elsams markedsandel kun i begrænset omfang indebærer, at Elsam bliver mere usikker på sine konkurrenters reelle muligheder for at producere el i hver time. Elsam har således igennem sit tidligere ejerskab et nærgående kendskab til de frasolgte værker, og derfor må Elsam forventes i høj grad at kunne forudsige Vattenfalls reelle produktionsmuligheder. Herved kan Elsam forudsige Vattenfalls mest effektive produktionsniveau på værkerne i alle timer, hvilket Elsam ikke på samme måde ville være i stand til, såfremt faldet i markedsandele skyldtes, at Vattenfall havde etableret nye centrale kraftværker i Vestdanmark.

293. Konkurrencestyrelsen har endvidere undersøgt Vattenfalls budkurver til Nord Pool i 2. halvår 2006, for på denne vis at vurdere, hvorvidt Vattenfall allerede fra overtagelsesdatoen den 1. juli 2006 har haft en klar strategi for sin indmelding af produktion på Nord Pool. Hermed kan det vurderes, hvorvidt Vattenfall i en periode har haft behov for at teste forholdene på det vestdanske marked.

294. Undersøgelsen indikerer, at [...]

295. Der kan endelig henvises til pkt. 329-336, hvoraf det fremgår, at Elsam i 2. halvår 2006 fortsat er residual monopolist i Vestdanmark i et betydeligt omfang. Elsam er således residual monopolist i 61 pct. af peak-timerne i 2. halvår 2006, mens selskabet tilsvarende var residual monopolist i ca. 82 pct. af peak-timerne i 2005 og 1. halvår 2006.

Produktion af el via VPP-optioner har kun i begrænset omfang mindsket Elsams faktiske markedsstyrke i 2006

296. Konkurrencerådet godkendte den 24. marts 2004 fusionen mellem Elsam og NESA på baggrund af en række tilsagn. Elsam gav bl.a. tilsagn om at bortauktionere rådigheden over en mængde central kraftværkskapacitet ("VPP-auktioner"). Elsam har således med virkning fra 1. januar 2006 udbudt 250 MW virtuel kapacitet til konkurrenter til Elsam på 3 måneders produkter. Elsams udbud af virtuel kapacitet stiger til 500 MW i 2007 og 600 MW fra og med 2008, hvor kapaciteten i disse år bliver solgt på både 3 måneders, 1 års og 3 års kontrakter.

297. En vinder på en VPP-auktion opnår en rettighed (option), men ikke en forpligtelse til at få produceret en mængde el på Elsams centrale kraftværker. Efterfølgende skal vinderen i hver time af døgnet beslutte sig for, om der skal produceres eller ej. Såfremt vinderen beslutter sig for at producere el, skal der betales en såkaldt "Energipris" til Elsam svarende til marginalomkostningerne på Elsams mest effektive kraftværk.

298. Det bemærkes, at den samlede tilsagnspakke fra Elsam/NESA fusionen ikke vil forbedre konkurrencen men alene opveje de konkurrenceskadelige effekter, der fulgte af fusionen, jf. konkurrencelovens § 12e, stk. 1. Formålet med VPP-tilsagnet var således ikke at mindske Elsams dominans, men snarere at sikre, at fusionens skadelige virkninger ville blive elimineret.

299. Konkurrencestyrelsen har undersøgt, i hvor høj grad VPP-auktionerne har påvirket Elsams faktiske markedsstyrke på det vestdanske marked og fundet, at effekten har været begrænset i 2006, da VPP-auktionerne kun i meget begrænset omfang har mindsket Elsams muligheder for at fastsætte markedsprisen i Vestdanmark, jf. nedenfor.

300. Selvom det i princippet er muligt for en VPP-køber at udøve strategisk adfærd ved at indmelde produktionen til en høj pris og derved forsøge at blive prisbestemmende i Vestdanmark, er det ifølge oplysninger fra markedet ikke muligt i praksis pga. følgende to forhold:

301. For det første er 2006 det første år for VPP-auktionerne, og den bortauktionerede mængde er fastsat til kun at udgøre 250 MW (svarende til ca. 6 pct. af Elsams samlede kapacitet i Vestdanmark). Til sammenligning vil den bortauktionerede mængde fra 2008 og fremefter udgøre ca. 25 pct. af Elsams samlede kapacitet i Vestdanmark. [Note: Efter den 1. juli 2006 udgjorde Elsams samlede kapacitet 2.363 MW, jf. tabel 16, mens den bortauktionerede mængde i 2008 og fremefter vil udgøre 600 MW]

302. Hertil kommer, at [...]

303. For det andet [...]

304. Elsam anfører hertil, at [...]

305. Det bemærkes i den sammenhæng, at en lav energipris er hensigtsmæssig, da det herved sikres, at hele den udbudte VPP-mængde rent faktisk bliver udnyttet og derved mindsker Elsams markedsandel. Såfremt energiprisen er høj, vil der være mange timer, hvor VPP-produktion ikke anvendes, og Elsam vil i disse timer kunne opretholde en høj markedsandel.

306. Imidlertid er det vurderingen, at [...]

Adgangsbarrierer og potentiel konkurrence

307. Det vstdanske marked er præget af betydelige adgangsbarrierer, som forhindrer potentielle konkurrenter i at udøve et konkurrencemæssigt pres.

308. For det første er etablering af ny kapacitet i form af fx nye kraftværker forbundet med omfattende omkostninger og den fornødne myndighedsgodkendelse, og for det andet er Vestdanmark nettoeksportør af elektricitet. Samlet betyder disse forhold, at det er mindre attraktivt og usandsynligt, at der vil blive etableret yderligere produktionskapacitet – og dermed øget konkurrence - i Vestdanmark.

309. Den væsentligste adgangsbarriere til det vstdanske marked er imidlertid den begrænsede kapacitet på udlandskablerne, samt den måde kablernes kapacitet bruges og administreres på, som bevirker, at Elsam bliver residual monopolist i et betydeligt antal timer, jf. nedenfor.

310. De eksisterende kabler har en vis maksimumskapacitet, som sætter overgrænsen for importen til et område, og i praksis er importen yderligere begrænset i mange timer på grund af havari og vedligeholdelse. Endvidere er kablet mellem Vestdanmark og Tyskland ikke administreret af en børs, således som det er tilfældet med kablerne til Norge og Sverige. Tysklandskablet fungerer i stedet efter et eksplicit auktionsprincip, som bevirker, at der ikke sker automatisk import fra Tyskland, selv om den vstdanske pris ligger over den tyske.

311. Samlet set er adgangsbarriererne af stor betydning for den begrænsede konkurrence i Vestdanmark, idet adgangsbarriererne forstærker betydningen af Elsams høje markedsandele.

Elsams residuale efterspørgsel

312. Et centralt element i vurderingen af Elsams mulighed for at fastsætte prisen i Vestdanmark uafhængigt af andre markedsaktører er opgørelsen af Elsams såkaldte ”residuale efterspørgsel”.

313. Elsams residuale efterspørgsel kan i hver time defineres som det vstdanske forbrug fratrukket andre markedsaktørers produktion samt importen. Den residuale efterspørgsel kan således både være positiv og negativ.

314. I timer, hvor Elsams residuale efterspørgsel er positiv, er det ensbetydende med, at en andel af den efterspurgte mængde el kun kan dækkes af Elsam. Elsam er i disse timer såkaldt ”residual monopolist” og kan sætte markedsprisen uafhængigt af andre markedsaktører og uafhængigt af Elsams omkostninger ved at producere. I princippet er der i disse timer ingen grænser for, hvor høj en markedspris Elsam kan sætte.

315. Omvendt gælder, at i timer, hvor Elsams residuale efterspørgsel er negativ, kan hele det vestdanske forbrug blive dækket af andre producenter og af import. I disse timer vil Elsam være udsat for et effektivt konkurrencepres fra andre markedsaktører, der gør det vanskeligt for Elsam at sætte en markedspris, der væsentligt overstiger Elsams omkostninger ved at producere.

316. Generelt set kan et selskabs residuale efterspørgsel anvendes som et element i en vurdering af selskabets faktiske markedsstyrke på et marked. I denne sammenhæng er det afgørende at vurdere, hvorvidt selskabet har været i stand til at forudsige, i hvilke timer selskabet vil være residual monopolist. Hvis dette er tilfældet, må selskabets markedsstyrke formodes at være betydelig. [Note: I Kommissionens "Report on Energy Sector Inquiry" har Kommissionen i pkt. 434-436 foretaget en undersøgelse af den procentdel af peak-timer, hvor den største "price setter" kontrollerede mere end 50 % af de bud, der befandt sig omkring markedsprisen på Nord Pool. Undersøgelsen viser, at Elsam i gennemsnit var denne "price setter" i 87 % af timerne i den undersøgte periode.]

317. Vurderingen af Elsams markedsstyrke vil derfor for det første indeholde en opgørelse af, i hvor mange timer Elsam rent faktisk har haft en positiv residual efterspørgsel. I opgørelsen af Elsams residuale efterspørgsel anvendes per definition de faktisk producerede mængder fra de øvrige markedsaktører og det faktiske forbrug. Der er således tale om et udtryk, som bliver opgjort ex post.

318. For det andet vurderes det, i hvor høj grad Elsam har været i stand til at forudsige, hvornår dette forhold indtræffer. Til denne brug opgøres Elsams forventede residuale efterspørgsel, der bliver opgjort ex ante på baggrund af Elsams forventninger til forbruget og de øvrige markedsaktørers produktion. Elsams mulighed for at forudsige de øvrige aktørers adfærd, jf. pkt. 260-270 og pkt. 306, betyder, at Elsams forventede residual efterspørgsel i vid udstrækning svarer til den faktiske.

Elsams residuale efterspørgsel i 2005 og 1. halvår 2006

319. Konkurrencestyrelsens undersøgelse i Elsam II sagen viste, at Elsam i 2003-04 var residual monopolist i ca. 91 pct. af de såkaldte "peak" timer fra kl. 8.00 til 20.00, hvor forbruget af el er størst, og at Elsam med stor sandsynlighed havde mulighed for at forudsige størrelsen af sin residuale efterspørgsel.

320. De samme undersøgelser viser nu for det første, at Elsam i 2005 og 1. halvår 2006 mødte en positiv residual efterspørgsel i 5.397 timer af i alt 6.552 peak-timer. Elsam var således residual monopolist i 82 pct. af denne periodes peak-timer, jf. tabel 17.

Tabel 17: Oversigt over residual efterspørgsel i peak-timer i 2005 og 1. halvår 2006

Residual efterspørgsel (R), MWh	Gennemsnit, MWh									
	Antal		Forbrug	Import	Vindmøller	Decentrale værker	VPP (kun for 2006)	Residual efterspørgsel	Samlet produktion i GWh	
R < 0	1.155	18 %	2.638	843	1.133	853	32	-223	3.475	18 %

0 < R < 500	2.275	35 %	2.737	826	705	890	57	259	6.662	34 %
500 < R < 1000	2.217	34 %	2.811	729	366	872	104	740	6.727	34 %
R > 1000	905	14 %	2.892	508	221	814	159	1191	2.967	15 %
I alt	6.552	100 %	11.078	2.906	2.425	3.429	351	1967	19.832	100 %

321. Hermed er der også peak-timer, hvor den residuale efterspørgsel er negativ, fx på grund af lavt forbrug eller stor produktion fra vindmøller, decentrale værker eller VPP. Der er dog langt flere timer, hvor Elsam står over for en positiv residual efterspørgsel.

322. I Elsam II sagen viste Konkurrencestyrelsens undersøgelser endvidere, at Elsam tilsvarende var residual monopolist i ca. 78-85 pct. af de såkaldte ”off-peak” timer fra kl. 20.00 til 8.00.

323. I perioden 2005-06 er Elsam også residual monopolist i en meget stor del af off peak timerne.

Tabel 18: Oversigt over residual efterspørgsel i off peak timer i 2005-06

	Sommer				Vinter			
	Antal timer off peak		Samlet produktion i GWh		Antal timer off peak		Samlet produktion i GWh	
R < 0	738	20 %	1.350	20 %	2.063	41 %	5.637	41 %
0 < R < 500	1.494	41 %	2.573	38 %	1.776	35 %	4.620	33 %
500 < R < 1000	1.180	32 %	2.181	32 %	1.063	21 %	2.974	21 %
R > 1000	260	7 %	672	10 %	186	4 %	625	5 %
I alt	3.672	100 %	6.777	100 %	5.088	100 %	13.857	100 %

324. I off peak timerne om sommeren er Elsam således residual monopolist i 80 pct. af timerne og selv i off peak timerne om vinteren, hvor der er større produktion fra de decentrale værker, er Elsam residual monopolist i 59 pct. af timerne, jf. tabel 18.

325. For det andet er det afgørende for vurderingen af Elsams markedsstyrke også at opgøre Elsams forventede residuale efterspørgsel på baggrund af Elsams forventninger til forbruget og de øvrige markedsaktørers produktion.

326. Det er i denne sammenhæng – ligesom i Elsam II sagen – Konkurrencestyrelsens opfattelse, at Elsams forventede residuale efterspørgsel omtrent svarer til Elsams residuale efterspørgsel, da Elsam i høj grad både kan forudsige det veldanske forbrug og produktionen fra de øvrige markedsaktører.

327. Det skyldes, at Elsam i denne periode er den eneste ejer af fleksibel produktion i form af centrale værker, mens Elsam som tidligere nævnt kan forudsige den ufleksible produktionsformer (vind, decentral) og VPP med stor sikkerhed. Endelig kan Elsam med en vis sikkerhed forudsige

priserne i henholdsvis Sverige/Norge og Tyskland, og derved den faktiske nettoimport til Vestdanmark.

328. Det kan på denne baggrund konkluderes, at Elsams faktiske markedsstyrke i perioden 2005 og 1. halvår 2006 har været meget stor, da Elsam både har været residual monopolist i mange timer og været i stand til at forudsige dette. Herved har Elsam haft gode muligheder for at bestemme den vestdanske pris uafhængigt af andre markedsaktører.

Elsams residuale efterspørgsel i 2. halvår 2006

329. På tilsvarende vis kan Elsams markedsstyrke i 2. halvår 2006 vurderes ved indledningsvist at opgøre Elsams residuale efterspørgsel og derefter Elsams forventede residuale efterspørgsel.

330. Elsams residuale efterspørgsel er positiv i 60 pct. af periodens peak-timer, jf. tabel 19.

Tabel 19: Oversigt over residual efterspørgsel i peak-timer i 2. halvår 2006

Residual efterspørgsel (R), MWh	Gennemsnit, MWh											
	Antal		Forbrug	Import	Vind	Decentrale værker	Øvrige centrale værker	VPP	Residual efterspørgsel	Samlet produktion i GWh		
R < 0	889	40 %	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]
0 < R < 500	740	34 %	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]
500 < R < 1000	527	24 %	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]
R > 1000	52	2 %	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]
I alt	2.208	100 %	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]

331. Det konkluderes på denne baggrund, at selvom Vattenfalls indtræden har mindsket antallet af timer, hvor Elsam er residual monopolist på det vestdanske marked (fra 82 pct. til 60 pct.), er Elsam fortsat residual monopolist i et betydeligt omfang.

332. Med hensyn til hvorvidt Elsam i 2. halvår 2006 har været i stand til at forudsige, hvornår selskabet møder en positiv residual efterspørgsel, er det Konkurrencestyrelsens opfattelse, at opgørelsen af Elsams forventede residuale efterspørgsel nu skal inddrage det forhold, at en anden producent end Elsam har mulighed for at variere størrelsen af sin elproduktion, når markedsprisen på el er høj. Det er med andre ord formentlig ikke retvisende at antage, at Elsam med stor sikkerhed kan forudsige Vattenfalls produktion i hver time.

333. Det er efter Konkurrencestyrelsens opfattelse retvisende at antage, at Elsam i hver time kan forudsige Vattenfalls maksimalt tilgængelige kapacitet, da det må formodes, at Elsam igennem sit tidligere ejerskab af værkerne har opnået et særligt kendskab til værkernes produktionsmulighedsområde og dermed den faktisk tilgængelige kapacitet i hver time.

334. Vattenfalls maksimalt tilgængelige kapacitet i hver time kan opgøres på baggrund af Vattenfalls indmeldte udbudskurver på Nord Pool. Vattenfall har (ligesom alle andre producenter) for hver time oplyst Nord Pool om, hvor meget selskabet er villig til at producere, hvis den vestdanske pris udgør 15.000 kr./MWh. Når Vattenfall ikke ønsker at levere mere elektricitet til denne pris, der er ca. 46 gange større end den gennemsnitlige pris i 2006, må det antages, at Vattenfall ikke er i stand til at producere mere.

335. Ved at anvende Vattenfalls maksimalt tilgængelige kapacitet i hver time viser Konkurrencestyrelsens undersøgelser, at Elsams forventede residuale efterspørgsel i 2. halvår 2006 er positiv i [xx] timer af i alt [xx] peak-timer, svarende til ca. [xx] pct. periodens peak-timer.

336. Det kan på denne baggrund konkluderes, at Elsam i 2. halvår fortsat er residual monopolist i et betydeligt antal timer, og at Elsam i en vis grad er i stand til at forudsige, hvornår dette er tilfældet. Herved har Elsam fortsat en markedsstyrke på det vestdanske marked, der gør selskabet i stand til at være prissætter i stedet for pristager, dvs. at Elsam har mulighed for at fastsætte en markedspris i Vestdanmark, der maksimerer Elsams profit.

Elsam er residual monopolist i væsentligt flere timer end Vattenfall er i 2. halvår 2006

337. Elsam anfører i sit høringssvar, at det i 2. halvår 2006 er tilfældigt, om det er Elsam eller Vattenfall, der dækker den residuale efterspørgsel, da begge selskaber besidder fleksibel produktionskapacitet.

338. Hertil fremhæves, at man i princippet kan opgøre en residual efterspørgsel for hver enkelt producent på det vestdanske marked. Konkurrencestyrelsen har i de foregående afsnit alene vist Elsams residuale efterspørgsel og ikke Vattenfalls tilsvarende residuale efterspørgsel.

339. Efterfølgende har Konkurrencestyrelsen dog fundet anledning til at opgøre Vattenfalls forventede residuale efterspørgsel i 2. halvår 2006. Den valgte metode er fuldstændig identisk med opgørelsen af Elsams residuale efterspørgsel, idet alle ufleksible produktionsformer og importen medregnes med de faktiske produktionstal, mens udbydere med en fleksibel produktionsform (her Elsam) medregnes med den maksimalt tilgængelige kapacitet, som den kom til udtryk gennem selskabets udbudskurve på Nord Pool i den relevante time.

340. Undersøgelsen viser, at Vattenfalls forventede residuale efterspørgsel i 2. halvår 2006 var positiv i ca. [xx] pct. af alle peak-timer, mens Elsam tilsvarende mødte en positiv forventet residual efterspørgsel i ca. [xx] pct. af periodens peak-timer.

341. Beregningen afkræfter således, at det er tilfældigt, om det er Elsam eller Vattenfall, der dækker den residuale efterspørgsel. Elsam besidder en væsentligt større fleksibel produktionskapacitet end Vattenfall, og denne produktion er i langt højere grad end Vattenfalls produktion nødvendig for at kunne dække hele det vestdanske forbrug af el. Vattenfalls markedsstyrke er således væsentlig mindre end Elsams, da Vattenfall kun i begrænset omfang er i stand til at forudsige, hvornår selskabet selv er residual monopolist i Vestdanmark.

Anvendelse af "pivot analyser" giver et fejlagtigt indtryk af Elsams markedsstyrke

342. Elsam gør både i Elsam II sagen og i denne sag gældende, at Konkurrencestyrelsen burde anvende såkaldte ”pivot analyser” ved opgørelsen af Elsams residuale efterspørgsel. Ifølge Elsam viser en foretaget pivot analyse, at Elsams elproduktion var uundværlig i gennemsnitligt [xx] pct. af timerne i 2003-06, og at der ikke er sammenhæng mellem disse timer og KS’ kritiske timer.

343. Af KAN’s præmisser i Elsam II sagen fremgår som tidligere nævnt, at Elsam var dominerende i 2003 og 2004, og dermed at pivot-analysernes resultat - som er baseret på medtagelse af den fulde import-kapacitet - ikke skulle tillægges den betydning, at Elsam ikke var dominerende.

344. Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at pivot-analyserne ikke giver et retvisende billede af det konkurrencepres Elsam var udsat for i perioden 2005-2006, idet det bemærkes, at en afgørende forskel mellem Elsams pivot analyse og Konkurrencestyrelsens analyse er, at styrelsens beregninger inkluderer den faktiske import i hver time, mens Elsams pivot analyser inkluderer den fulde importkapacitet på alle kabler.

345. Med andre ord bygger Elsams pivot analyser på en forudsætning om, at der ved beregning af den residuale efterspørgsel skal fratrækkes den maksimale importkapacitet til Vestdanmark fra såvel Norge, Sverige som Tyskland. Dette er en fejlagtig forudsætning som følge af to forhold.

346. For det første har der kun i ca. 1,1 pct. af timerne i 2005-06 været import fra både Norge, Sverige og Tyskland til Vestdanmark samtidig, idet det specielt bemærkes, at der i 0 pct. af timerne har været fuld import fra alle landene samtidig.

347. For det andet vil Elsam først møde konkurrence fra Norge og Sverige i det øjeblik, hvor den vstdanske pris overstiger den norsk/svenske pris. I timer, hvor disse priser er meget høje, kan Elsam søge at skabe ensartede priser i områderne for at forhindre en flaskehals og dermed import. Importkapaciteten er således i denne situation ikke udtryk for det reelle konkurrencepres på Elsam.

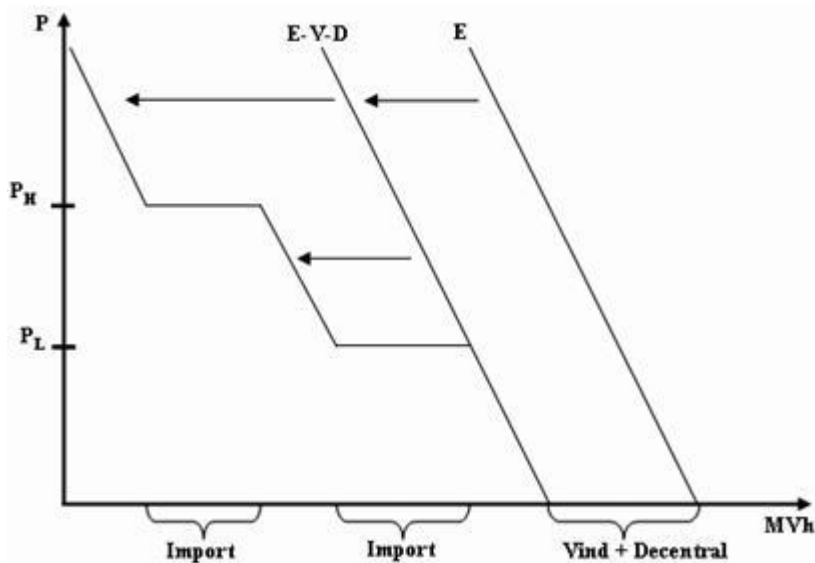
348. For det tredje fungerer tysklands-kablet ikke effektivt, jf. pkt. 90-91, hvilket indebærer, at importkapaciteten på tysklands-kablet således heller ikke er udtryk for det reelle konkurrencepres på Elsam.

349. På den baggrund konkluderes, at anvendelsen af Elsams pivot analyser leder til en overvurdering af konkurrencepreset, som Elsam er udsat for gennem import, og at analysen herved undervurderer Elsams faktiske markedsstyrke på det vstdanske marked.

Elsams muligheder for at fastsætte markedsprisen og skabe flaskehalse

350. En illustration af Elsams muligheder for at opnå økonomisk fordel af stillingen som residual monopolist fremgår af figur 2.

Figur 2: Illustration af residual efterspørgsel



Note: Vestdanmark er forbundet med tre nabolandepriser (Tyskland, Sydnorge og Sverige). For overskuelighedens skyld er der kun tegnet to nabolandepriser ind i figuren, den højeste nabolandepris (PH) og den laveste nabolandepris (PL).

351. Den markerede linje illustrerer en time, hvor Elsam møder en positiv residual efterspørgsel, når vind og decentral produktion samt import fra henholdsvis et højpris-naboland og et lavpris-naboland er trukket fra den oprindelige efterspørgselskurve. Det ses, at Elsam i sådanne timer med en positiv residual efterspørgsel står over for tre forskellige prisstrategier:

352. For det første kan Elsam vælge at sætte en pris, der er lavere end den laveste nabolandepris (PL). Herved er der som udgangspunkt ingen import, og Elsam vil kunne sælge en stor mængde. Det er imidlertid sjældent, at den vestdanske pris bliver lavere end den laveste nabolandepris (kun i ca. 8 pct. af alle timer i 2005-06).

353. For det andet kan Elsam sætte en pris, som ligger mellem den højeste nabolandepris (PH) og den laveste nabolandepris (PL), hvilket er sket i ca. 84 pct. af alle timer i 2005-06. En sådan pris vil som udgangspunkt medføre, at der importeres el fra lavprisområdet, indtil der opstår flaskehals på forbindelsen. Elsam vil derved kunne afsætte en lidt lavere mængde men til en måske væsentligt højere pris.

354. I dette tilfælde vil det normalt være økonomisk fordelagtigt for Elsam at sætte en pris, der omtrent svarer til den højeste nabolandepris. Det skyldes, at en lavere pris kun i yderst begrænset omfang medfører en øget mængde, på grund af den inelastiske efterspørgselskurve.

355. For det tredje kan Elsam sætte en pris, der overstiger den højeste nabolandepris (PH). Herved vil der importeres el fra begge nabolande, og Elsam vil kunne afsætte en forholdsvis lille mængde til en i princippet uendelig høj pris. Konkurrencestyrelsens undersøgelse viser, at den vestdanske pris er højere end den højeste nabolandepris i ca. 8 pct. af alle timer i 2005-06.

356. Det fremhæves, at der ikke er noget entydigt svar på, hvilken prisstrategi, der giver Elsam den højeste profit, da det vil afhænge af de konkrete forhold i hver time. I nogle timer er det profitabelt

at afsætte en lille mængde til en meget høj pris, mens det i andre timer er profitabelt at afsætte en stor mængde til en lavere pris.

357. Det er afgørende for Elsams prisstrategi, at selskabet kan forudsige priserne i nabolandene med en vis sikkerhed. Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at Elsam i høj grad kan forudsige både den tyske og den norsk/svenske pris, jf. nedenfor.

358. Elsam har store muligheder for at forudskikke den tyske pris gældende for den følgende dag. For det første er det tyske engrosmarked for el (ligesom det danske) relativt koncentreret med fire store aktører med vertikal integration til detailmarkedet. For det andet handles hovedparten af elektriciteten på OTC vilkår, hvilket giver Elsam mulighed for at indhente pristilbud fra eksempelvis E.ON, der viser det aktuelle prisniveau på det tyske marked. For det tredje holder EEX lukket i weekenden, og prissætningen i weekenden og om mandagen følger derfor af priser fastsat om fredagen. [Note: udeladt] Alle markedsaktører har altså fuldt kendskab til de tyske priser søndag og mandag, når de skal melde udbudskurver ind til Nord Pool for disse dage.

359. Hertil kommer, at der som tidligere anført ikke gælder samme mekanisme med import til udjævning af prisforskelle - market-splitting - på kablet mellem Vestdanmark og Tyskland. Der er således ikke tale om en reel konkurrencesituation mellem Tyskland og Vestdanmark. Dette illustreres også af, at Elsam i mange tilfælde eksporterer el til Tyskland, selvom prisen i Vestdanmark i en given time er højere – det benævnes at ”strømmen løber den forkerte vej”.

360. Elsams strategi i forbindelse med fastsættelse af den pris, som selskabet ønsker for at levere mængder udover sin vind- og varmebundne elproduktion, afhænger af de forventede priser i henholdsvis Sverige/Norge og Tyskland, jf. nedenfor.

Strategien i timer, hvor den tyske pris er højere end prisen i Norge/ Sverige

361. [...]

362. [...]

Strategien i timer, hvor prisen i Norge/Sverige er højere end den tyske pris

363. [...]

364. [...]

365. [...] [Note: udeladt]

366. Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at Elsam ved sin indmeldelse af udbudskurver på Nord Pool har mulighed for at anvende en prisstrategi, der indebærer, at Elsam i et ikke ubetydeligt antal timer opnår en pris, der væsentligt overstiger Elsams omkostninger.

367. Elsams prisstrategi kan således indebære, at der i nogle timer skabes flaskehalse på forbindelserne til Norge/Sverige, så Vestdanmark bliver et særskilt prisområde med en høj pris, mens prisstrategien i andre timer kan betyde, at der undgås at skabe flaskehalse til Norge/Sverige, så Vestdanmark undgår at blive et særskilt prisområde med en lav pris.

368. [...]

Elsams faktiske indmeldelse af udbudskurver på Nord Pool

369. Ligesom alle andre producenter i Nord Pools område indmelder Elsam for hver time en udbudskurve, der angiver Elsams ønskede kombination af pris og mængde. En udbudskurve vil normalt afspejle det forhold, at en producent er villig til at sælge en større mængde, hvis prisen er høj, da virksomhedens omkostninger normalt stiger ved større produktion.

370. Konkurrencestyrelsens undersøgelse af Elsams udbudskurver viser [...]:

371. [...]

372. [...]

373. [...]

374. [...]

375. [...]

Den tidsmæssige udstrækning af dominansen

376. Elsam er dominerende i alle timer på det vstdanske marked, da Elsam i høj grad selv kan bestemme, hvorvidt der opstår flaskehalse på forbindelserne til Norge/Sverige ved hjælp af selskabets indmeldelse af bud til Nord Pool.

377. Elsam kan dermed forudsige, hvornår selskabet opnår en stilling som residual monopolist og indrette deres bud på Nord Pool i overensstemmelse hermed, således at Elsam opnår økonomisk fordel af stillingen som residual monopolist. Elsam kan kun gøre dette, fordi de kan handle uafhængigt af konkurrenter og forbrugere.

378. Konkurrencestyrelsen vurderer på denne baggrund, at kravet til den tidsmæssige udstrækning af den dominerende stilling er opfyldt. Det bemærkes, at kravet om tidsmæssig udstrækning relaterer sig til tilstedeværelsen af dominans og ikke til selve misbruget.

379. I kraft af indretningen af markedet, herunder de eksisterende kapacitetsbegrænsninger, sin store markedsandel og sin stilling som residual monopolist, besidder Elsam i alle timer den fornødne markedsmagt til at handle uafhængigt af andre aktører. Uanset om Elsam vælger i en konkret time at udnytte sin stilling til fx at skabe eller forhindre en flaskehals for at opnå høje priser eller ej, er det den blotte mulighed for at handle uafhængigt af andre aktører, der er afgørende – og tilstrækkelig – til at opfylde kravet om tidsmæssig udstrækning af dominansen. Elsam har igennem hele den undersøgte periode haft muligheden for at handle uafhængigt af andre aktører og kravet til den tidsmæssige udstrækning af dominansen er således opfyldt.

Konklusion - dominansvurdering

380. Konkurrencestyrelsen har foretaget de samme undersøgelser af Elsams dominans som i Elsam II sagen, og undersøgelserne viser samlet set, at Elsam ligesom i 2003-04 indtager en dominerende stilling på det relevante marked i 2005-06.

381. Elsams markedsandel i Vestdanmark på det relevante produktmarked kan umiddelbart opgøres til mellem [30-40] og 50 pct. i 2005-06, men meget taler for, at man ved vurderingen af Elsams faktiske markedsstyrke alene skal se på Elsams markedsandel af de centrale værkers produktion og nettoimporten, hvor Elsams markedsandel kan opgøres til mellem [40-50] og 79 pct. i 2005-06.

382. Øvrige forhold taler endvidere for, at prisdannelsen i Vestdanmark er uafhængig af andre aktører end Elsam. Der er således betydelige adgangsbarrierer til markedet, som forhindrer potentielle konkurrenter fra at udøve et konkurrencepres på Elsam, samtidigt med at de eksisterende konkurrenter i Vestdanmark i høj grad har en ufleksibel produktionsform. Elsam er i kraft af sin fleksible produktionskapacitet derved reelt den eneste leverandør, der kan imødekomme den residuale efterspørgsel i Vestdanmark. Elsam er således residual monopolist i 82 pct. af peak-timerne i perioden 2005 og 1. halvår 2006 og i 60 pct. af peak-timerne i 2. halvår 2006. I off peak-timerne om sommeren er Elsam residual monopolist i 80 pct. af timerne, mens Elsam har denne stilling i 59 pct. at vinterens off peak-timer i den undersøgte periode.

383. Elsams position som residual monopolist gør, at Elsam i stor udstrækning selv kan bestemme i hvilke timer, der opstår flaskehalse på forbindelserne til Norge/Sverige.

384. Det er på denne baggrund Konkurrencestyrelsens vurdering, at Elsam indtager en dominerende position på det vestdanske marked, idet Elsam i udstrakt grad kan handle uafhængigt af øvrige aktører og dermed er i stand til at hindre effektiv konkurrence på markedet.

Misbrug

385. En dominerende virksomheds påtvingelse af urimelige priser udgør et misbrug og er dermed forbudt efter konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 1, og EFT art. 82, stk. 1, jf. art. 82, stk. 2, litra a.

386. Ved vurderingen af, om der foreligger urimelige salgspriser, skal det afgøres, om prisen eller avancen klart overstiger, hvad der kunne opnås på et marked med virksom konkurrence i relation til såvel størrelse som varighed. [Note: Dette er fastslået i EF-domstolens afgørelser i sag 26/75 General Motors Continental mod Kommissionen, Saml. 1975, s. 1367, sag 27/76 United Brands mod Kommissionen, Saml. 1978, s. 207. Tilsvarende i afgørelsen fra Office of Fair Trading af 30. marts 2001 i Napp-sagen og under anken i Competition Commission Appeal Tribunal's afgørelse af 15. januar 2002], [Note: FT 1996/97, Tillæg A, side 3668-3669] Dette må nødvendigvis ske gennem en hypotetisk præget bedømmelse af forholdene, som de ville være i et konkurrencepræget marked. [Note: Ft 1996/97, Tillæg A, side 3668 højre spalte]

387. Retspraksis om dominerende virksomheders påtvingelse af urimelige priser er forholdsvis begrænset. Det er dog fastslået af EF-Domstolen i United Brands-afgørelsen [note: Sag C-27/76, United Brands mod Kommissionen, Saml. 1978, s. 207], at der er tale om urimelige salgspriser ("excessive pricing"), når prisen på en vare ikke står i rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede vare.

388. Hvorvidt denne betingelse er opfyldt eller ej, bliver i United Brands-afgørelsen vurderet ved brug af en to-leddet test (herefter benævnt ”United Brands-testen”). For det første vurderes om der er et urimeligt forhold mellem de faktisk afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris. I bekræftende fald vurderes for det andet, om den opkrævede pris er urimelig - enten i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer. [Note: United Brands-afgørelsen, præmis 252]

389. Ved vurderingen af, om der foreligger et misbrug, er det vigtigt at holde for øje, at misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som ikke forudsætter, at det bevises, at en virksomhed med en dominerende stilling har haft til hensigt at fordreje eller begrænse konkurrencen. [Note: Dom af 13. februar 1979 i sag 86/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 91 og dom af 3. juli 1991 i sag C-62/86. AKZO Chemie mod Kommissionen, præmis 69] Vurderingen skal således alene tage de faktiske forhold i betragtning.

390. Ifølge Elsam skal en misbrugsvurdering tage hensyn til, at elektricitet i nogle situationer har en økonomisk værdi, der er højere, end der umiddelbart kan beregnes på baggrund af marginalomkostningerne for den sidst producerede enhed. Det kan fx skyldes, at forbrugere af el i nogle situationer er villige til at betale en højere pris for at undgå, at deres efterspørgsel ikke dækkes, og markedsaktørerne er derved villige til at betale en betydelig risikopræmie for at minimere risikoen for at være i underskud af el.

391. Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at Elsam herved mener, at så længe der efterspørges elektricitet til en given pris, kan denne pris ikke være urimelig, da den marginale køber pr. definition vil have en betalingsvillighed svarende til elektricitetens pris.

392. Herved vil det i praksis næppe være muligt, at en elpris er så høj, at den udgør misbrug af dominerende stilling i form af urimeligt høje priser. Det bemærkes kort, at dette ikke er i overensstemmelse med formålet med konkurrenceloven og Traktaten, hvorfor synspunktet må forkastes.

Generelt om Konkurrencestyrelsens misbrugstest

393. I det følgende foretager Konkurrencestyrelsen en vurdering af, hvorvidt Elsam har opnået urimeligt høje priser i 2005 på det vstdanske marked. Vurderingen foretages på baggrund af en misbrugstest, der tilsvarende lå til grund for Konkurrencerådets afgørelse i Elsam II sagen, og som tager udgangspunkt i United Brands-testen.

394. Misbrugstesten består af i alt syv tests (A – G). Test A og B identificerer samlet set de såkaldte ”kritiske timer”, hvor Elsam har opnået en fortjeneste, der er væsentlig højere, end hvad der kan opnås på et marked med virksom konkurrence. I test C-G sker en prøvelse af, om test A – B giver et retvisende resultat.

395. Den nærmere opbygning af Konkurrencestyrelsens misbrugstest i Elsam II sagen og den foreliggende afgørelse (Elsam III) fremgår af tabel 20.

Tabel 20: Indhold i misbrugstest i Elsam II og Elsam III sagerne

		Elsam II	Elsam III
--	--	-----------------	------------------

	Test A: Er prisen højere end en pris, der ville have givet Elsam en rimelig indtjening?	2003-04	2005-06	2005	2006
United Brands 1. led	1) Omkostninger i henhold til Elsams årsregnskab	√	√	100	100
	2) Fordeling af omkostninger time for time	√	√	+ 17	+ 18
	Faktisk afholdte omkostninger i alt			117	118
	3) Normalfortjeneste	√	√	+ 32	+ 26
United Brands 2. led	4) "Prisvariations-tillæg"	√	√	+ 40	+ 41
	5) CO2-tillæg	n/a	√	+ 43	+ 50
	Teststørrelse for om Elsams pris er rimelig			232	235
	Test B:				
	Er prisen i sig selv urimeligt høj?	√	√		
	Test C-G:				
	Prøvelse af resultatet i test A-B	√	√		

396. Det fremgår af tabel 20, at den eneste forskel i forhold til Elsam II sagen er, at misbrugstesten nu inkluderer et CO2-tillæg, jf. indførelsen af CO2-kvotestystemet med virkning fra 1. januar 2005. Da CO2-tillægget ikke udtrykker faktisk afholdte omkostninger, er tillægget ligesom det såkaldte "prisvariations-tillæg" inddraget på en måde, der er konsistent med United Brands-testens 2. led.

397. Tabellen viser endvidere, at misbrugstesten beregner en teststørrelse, der anvendes til at vurdere, om Elsams pris er rimelig eller ej. Teststørrelsen overstiger i høj grad de omkostninger, som fremgår af Elsams årsregnskab. Herved tillader Konkurrencestyrelsens misbrugstest i gennemsnit priser, der overstiger Elsams omkostninger med ca. 132 pct. i 2005 og 135 pct. i 2006. Misbrugstesten udtrykker herved et yderst konservativt skøn for, hvorvidt Elsams pris er rimelig eller ej.

398. I de følgende afsnit gennemgås indholdet i misbrugstesten nærmere.

Test A) Kritiske timer, hvor de vstdanske priser er væsentligt højere end priser, der havde givet en rimelig indtjening

399. I test A identificeres de såkaldte "kritiske timer". Det er timer, hvor Elsam opnår en pris på det vstdanske marked, der er væsentlig højere end Elsams faktisk afholdte omkostninger. En kritisk time defineres som en time, hvor mindst en af følgende betingelser er opfyldt:

a. Gennemsnit af prisen i Vestdanmark i 3 sammenhængende timer overstiger gennemsnittet af Elsams totale gennemsnitlige omkostninger (inkl. en rimelig fortjeneste) tillagt prisvariations-tillæg og CO2-tillæg, eller

b. Gennemsnit af prisen i Vestdanmark i 10 sammenhængende timer overstiger gennemsnittet af Elsams totale gennemsnitlige omkostninger (inkl. en rimelig fortjeneste) tillagt prisvariations-tillæg og CO₂-tillæg.

400. I en kritisk time har Elsam således opnået en fortjeneste, der er væsentlig højere, end hvad der kan opnås på et marked med virksom konkurrence. Valget af henholdsvis 3 og 10 sammenhængende timer skyldes, at udbyderne af el på Nord Pool har mulighed for at afgive de såkaldte ”blokbud”. Et blokbud er et bud hvor udbyderen betinger udbudet i en time af, at udbudet i en anden time bliver afsat. De hyppigst anvendte blokbud ligger fra kl. 8.00 til kl. 18.00, dvs. 10 sammenhængende timer.

401. Overordnet set er følgende fem forhold nødvendige for at kunne udpege de kritiske timer:

402. For det første skal Elsams samlede omkostninger opgøres. Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at det relevante omkostningsbegreb er Elsams gennemsnitlige omkostninger (ATC), som udgøres af summen af Elsams gennemsnitlige faste omkostninger (AFC) og Elsams gennemsnitlige variable omkostninger (AVC). Ved anvendelse af ATC sikres, at Elsam får dækket alle sine faktisk afholdte omkostninger. Både Elsams gennemsnitlige faste omkostninger og gennemsnitlige variable omkostninger fremgår af Elsams eksterne årsregnskab. Opgørelsen af det relevante omkostningsbegreb uddybes i pkt. 429-439.

403. For det andet skal Elsams omkostninger fordeles time for time. Af Elsams årsregnskab fremgår ikke, hvordan de gennemsnitlige variable omkostninger fordeler sig på hver time, og Konkurrencestyrelsen har derfor på baggrund af oplysninger fra Elsam estimeret de gennemsnitlige variable omkostninger på timebasis. Opgørelsen af Elsams totale gennemsnitlige omkostninger uddybes i pkt. 444-463.

404. For det tredje skal Elsams rimelige fortjeneste fastsættes. Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at Elsam skal kunne opnå en rimelig fortjeneste (”mark-up”) på sine gennemsnitlige totale omkostninger. I misbrugstesten anvendes derfor en normalfortjeneste på ca. 10 pct. af Elsams egenkapital svarende til den gennemsnitlige egenkapitalforrentning i andre danske industrier, hvilket giver en beregnet mark-up på [xx] pct. i 2005 og [xx] pct. i 2006, jf. pkt. 464-476.

405. For det fjerde er det Konkurrencestyrelsens opfattelse, at Elsam skal kompenseres for det økonomiske tab i de timer, hvor en lav elpris på markedet ikke sikrer Elsam dækning af selskabets gennemsnitlige totale omkostninger (inklusive normalfortjenesten). Kompensationen sker gennem et såkaldt ”Prisvariations-tillæg” på ca. 34 pct. i 2005-06, jf. pkt. 477-489.

406. For det femte har Konkurrencestyrelsen ud fra et forsigtighedsprincip valgt at inkludere et CO₂-tillæg, hvori 100 pct. af den relevante CO₂-pris indregnes. CO₂-tillægget kompenserer herved Elsam for den maksimale økonomiske værdi af selskabets CO₂-kvoter, jf. pkt. 490-524.

407. Samlet set identificerer test A i alt 1.484 kritiske timer, jf. tabel 21. Hver enkelt kritisk time fremgår af bilag 5.

Tabel 21: Resultat af test A

	Kritiske timer	Gns. pris i	Gns. markup
--	-----------------------	--------------------	--------------------

		kritiske timer (kr./MWh)	i kritiske timer (pct)
1. halvår 2005	128	441	[xx]
2. halvår 2005	356	514	[xx]
1. halvår 2006	485	399	[xx]
2. halvår 2006	515	396	[xx]
I alt	1.484		

408. Det bemærkes yderligere, at den gennemsnitlige pris i de kritiske timer i 2. halvår 2005 lå betydeligt over de øvrige halvår i den undersøgte periode.

409. Til sammenligning identificerede Konkurrencestyrelsen i Elsam II sagen 728 kritiske timer i 2. halvår 2003, 110 kritiske timer i 1. halvår 2004 og 62 kritiske timer i 2. halvår 2004 svarende til i alt 900 timer.

410. Det bemærkes, at Elsam ikke er prisbestemmende i alle timer på det vstdanske marked, dvs. at der er timer, hvor prisen i Vestdanmark er højere end den af Elsam maksimale indmeldte pris på Nord Pool i den pågældende time. Det er på denne baggrund Konkurrencestyrelsens opfattelse, at en time, hvor Elsam ikke er prisbestemmende, kun er en kritisk time, hvis den pågældende time også ville have været en kritisk time, hvis den af Elsam maksimale indmeldte pris på Nord Pool havde været gældende i Vestdanmark.

Test B) Prisen i de kritiske timer er væsentlig over prisen i andre tilsvarende timer

411. Denne test undersøger, om prisen i de kritiske timer i sig selv er urimelig. Dette gøres ved at beregne gennemsnits priser for hhv. kritiske og ikke-kritiske timer over analyseperioden. Testen viser, at der har været tale om urimelige priser.

412. Når det skal vurderes, om der er tale om påtvingelse af en pris, som enten i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer er urimelig, er det normalt muligt at sammenligne med konkurrerende produkter, dvs. produkter udbudt fra andre producenter. Denne fremgangsmåde vil imidlertid være misvisende i denne sammenhæng, da de produkter, der kommer tættest på at være konkurrerende produkter, er udbud af elektricitet fra producenterne i Norge og Sverige. Og sammenligning med disse priser lider som omtalt i pkt. 210-212 af "the Cellophane Fallacy".

413. Det er imidlertid muligt at vurdere, om priserne i de timer, der er identificeret med test a, er urimelige i forhold til de priser, der gælder i andre tilsvarende ikke-kritiske timer i Vestdanmark. Med tilsvarende timer menes timer på samme tidspunkt i døgnet og i samme måned. Dermed undgås at sammenligne med timer, hvor forskelle kan tilskrives døgnvariation eller sæsonvariation.

414. Testen er udført ved at beregne den gennemsnitlige pris for kritiske timer i hver måned for hvert timetal. Det vil sige, at der er beregnet en gennemsnitlig pris for alle kritiske timer mellem kl. 0 og 1 samt mellem kl. 1 og 2 frem til kl. 23 til 24 for hver måned i hele analyseperioden.

415. På samme måde regnes gennemsnitspriser for alle ikke-kritiske timer i hver måned for hvert timetal. Det giver i alt 576 gennemsnit (24 timer gange 24 måneder).

416. Det er nu muligt at sammenligne gennemsnitsprisen i de kritiske timer i hvert timetal i hver måned med den tilsvarende gennemsnitlige pris for alle ikke-kritiske timer. Dette viser, at der er meget væsentlige forskelle mellem prisen i de kritiske timer – der er identificeret efter test a – og de tilsvarende ikke-kritiske timer.

417. Tabel 22 viser, at priserne i de kritiske timer overstiger priser i de ikke kritiske timer.

Tabel 22: Gennemsnitlige prisforskelle mellem timer identificeret efter test a og tilsvarende ikke-kritiske timer (2005-06)

	Time 1-4	Time 5-8	Time 9-12	Time 13-16	Time 17- 20	Time 21- 24
Pris i kritiske timer	309	355	496	452	460	378
Pris i ikke-kritiske timer	229	254	346	322	319	293
Forskel i kr.	80	101	150	131	141	85
Forskel i pct.	35 %	40 %	43 %	41 %	44 %	29 %

418. Denne test viser, at Elsam i de kritiske timer har påtvunget køberne en pris, som i forhold til priser i ikke-kritiske tilsvarende timer er urimelig. Dermed viser testen, at Elsams priser i de kritiske timer er urimelige i sig selv. [Note: Jf. sag 27/76 United Brands mod Kommissionen, præmis 252]

Test B udgør en selvstændig test af om prisen i en kritisk time er urimelig i sig selv

419. Ifølge Elsam udgør test B ikke en selvstændig test af, hvorvidt Elsams priser i sig selv har været urimeligt høje. Det er således alene en intetsigende bekræftelse af test A og ikke nogen selvstændig analyse af, om priserne i sig selv er urimelige.

420. Konkurrencestyrelsen er – af de følgende årsager – ikke enig i Elsams synspunkt.

421. Test A identificerer som bekendt timer, hvor prisen er væsentligt højere end Elsams omkostninger, men da omkostningerne varierer betragteligt fra time til time, vil test A kunne karakterisere en time, hvor prisen er relativt lav, men hvor omkostningen også er lav, som en kritisk time.

422. Hensigten med test B er at undersøge, hvorvidt dette er tilfældet, samt undersøge om der er behov for at frasortere sådanne timer. Test B sikrer således, at prisen i en udpeget kritisk time ikke karakteriseres som misbrug, hvis markedsprisen i mange andre timer er væsentligt højere.

423. I denne sammenhæng kan henvises til, at den spanske konkurrencemyndighed i en parallel sag om misbrug i form af urimeligt høje priser på elmarkedet har gennemført en lignende test vedr. 2. led i United Brands-testen. [Note: Sag 552/02, Empresas eléctricas, jf. bilag 10]. I testen sammenlignes priserne på de dage, hvor misbruget var konstateret, med priserne på de samme dage i de foregående år. Bortset fra at Konkurrencerådets test B gennemfører sammenligningen inden for de enkelte måneder og ikke på tværs af år og dermed, at sammenligningsgrundlaget i Konkurrencerådets test B umiddelbart synes mere retvisende, fremhæver den spanske misbrugssag, at Konkurrencerådets test B er egnet til at vurdere, om Elsams priser i de kritiske timer er urimelige i sig selv.

424. Endelig kan Konkurrencestyrelsen anføre, at det er korrekt, at test B ikke har frasorteret nogle timer i forhold til test A. Dette skyldes imidlertid ikke en fejl ved test B, men snarere det forhold, at test A indeholder en række elementer (såsom prisvariationstillægget og CO₂-tillægget), som har mere karakter af United Brands-testens 2. led. Test A inkluderer således omkostninger, der ikke er faktisk afholdte for Elsam, men som kan forklare, at Elsam tager en højere pris, end de faktisk afholdte omkostninger umiddelbart kan retfærdiggøre. Hvis disse omkostninger i stedet kun medregnes i test B og ikke i test A, vil test A identificere væsentligt flere kritiske timer, der efterfølgende ville blive frasorteret i test B.

Delkonklusion

425. Samlet set viser Konkurrencestyrelsens test A og B, at Elsam i 2005-06 har opnået urimeligt høje priser i 1.484 timer. Det er således Konkurrencestyrelsens opfattelse, at der er et urimeligt forhold mellem Elsams faktisk afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris i den undersøgte periode, og at der er tale om påtvingelse af en pris, som i forhold til prisen for el i tilsvarende timer er urimelig.

426. I de efterfølgende tests (C – G) sker en prøvelse af, om test A – B giver et retvisende resultat. De gennemførte tests (C – G) viser samme entydige resultat; nemlig at test A – B er en forsigtig vurdering af, i hvilke timer Elsam har påtvunget en urimelig høj pris på det vestdanske marked.

427. På den baggrund finder Konkurrencestyrelsen, at Elsam har misbrugt sin dominerende stilling, jf. art. 82, stk. 1, litra a) og konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1.

Uddybende forklaring af Konkurrencestyrelsens misbrugstest

428. I det følgende gennemgås Konkurrencestyrelsens misbrugstest (test A og B) nærmere, herunder de principper og antagelser, som Konkurrencestyrelsen har lagt til grund for testen.

Valg af relevant omkostningsbegreb i misbrugstest

429. Det fremgår af bemærkningerne til konkurrenceloven [note: FT 1996/97, Tillæg A, s. 3668], at der efter EF-Domstolens praksis kræves detaljeret bevis for, at der kan statueres 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.

430. En analyse af omkostningsstrukturen vil tage udgangspunkt i enkeltvarekalkulationsprincippet. [Note: FT 1996/97, Tillæg A, s. 3668] I enkeltvarekalkulationsprincippet tages udgangspunkt i de omkostninger, der medgår til produktion af den relevante vare. Enkeltvarekalkulationsprincippet kan dog afviges, hvis vægtige hensyn taler herfor, herunder hvis der er tale om forsknings- og udviklingstunge områder. Det vurderes, at sådanne forhold ikke er gældende for Elsam.

431. De omkostninger, der medgår til produktion af den relevante vare, skal som udgangspunkt opgøres ved brug af de regnskabsmæssige vurderingsprincipper, som branchen eller virksomheden normalt anvender. Dette er ensbetydende med, at kostprincippet skal anvendes. [Note: Kirsten Levinsen, Konkurrenceloven med kommentarer, 2001, s. 352] Anvendelse af kostprincippet indebærer, at virksomhedens omkostninger svarer til de faktisk afholdte omkostninger.

432. Udgangspunktet ved vurderingen af, om der foreligger urimeligt høje priser, er de priser, der ville kunne dannes på et marked med virksom konkurrence. [Note: Kirsten Levinsen, Konkurrenceloven med kommentarer, 2001, s. 351]

433. Økonomisk teori foreskriver, at en virksomhed på et marked med virksom konkurrence over tid vil få dækket sine totale omkostninger tillagt en rimelig fortjeneste. Det svarer til, at den producerede vares salgspris over tid vil svare til virksomhedens totale gennemsnitlige omkostninger (ATC) tillagt en rimelig fortjeneste. Netop til denne pris vil virksomheden få dækket sine totale omkostninger og få en rimelig fortjeneste.

434. En virksomheds totale omkostninger udgøres dels af en række faste omkostninger, der er omkostninger, som virksomheden skal afholde uanset den producerede mængde, dels af en række variable omkostninger, der er omkostninger, som varierer med den producerede mængde. De gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC) består således af summen af de gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) og de gennemsnitlige faste omkostninger (AFC).

$$\begin{array}{l} ATC \\ \text{Average total cost} \end{array} = \begin{array}{l} AVC \\ \text{Average variable cost} \end{array} + \begin{array}{l} AFC \\ \text{Average fixed cost} \end{array}$$

435. Definitionen af de totale gennemsnitlige omkostninger viser, at såfremt prisfastsættelsen på et marked kun sker til de gennemsnitlige variable omkostninger, vil virksomheden ikke få dækket sine gennemsnitlige faste omkostninger. I så tilfælde vil virksomheden på et tidspunkt blive tvunget ud af markedet.

436. På den baggrund bør en test for urimeligt høje priser tage udgangspunkt i virksomhedens totale gennemsnitlige omkostninger (ATC). Hvis virksomhedens salgspris overstiger virksomhedens totale gennemsnitlige omkostninger tillagt en rimelig fortjeneste, kan der være tale om urimeligt høje priser, jf. første led i United Brands-testen.

Elsams gennemsnitsomkostning er det relevante omkostningsbegreb

437. Elsam gør i sit høringssvar gældende, at Konkurrencestyrelsen anvender et forkert omkostningsbegreb i sin misbrugstest, da testen bygger på gennemsnitsomkostninger i stedet for marginalomkostningerne på den sidste, dyreste og dermed prisfastsættende enhed. Herved undervurderer testen Elsam omkostninger og finder for mange kritiske timer.

438. Konkurrencestyrelsen kan hertil anføre, at det valgte omkostningsbegreb (gennemsnitsomkostningen) også blev anvendt i Elsam II sagen. Anvendelsen af dette begreb er økonomisk konsistent, da begrebet sikrer Elsam en dækning af både de faste og de variable omkostninger (inkl. en rimelig forrentning). Herved sikres, at Elsam opnår en profit der langsigtet kan opretholdes på et marked med virksom konkurrence.

439. Endvidere skal tilføjes, at Konkurrencestyrelsens teststørrelse tillader priser, der er ca. 132 pct. i 2005 og 135 pct. i 2006 højere end Elsam oplyste omkostninger i det eksterne regnskab, jf. pkt. 397. Der er således ikke belæg for at påstå, at Konkurrencestyrelsens test undervurderer Elsam omkostninger.

Misbrugstesten identificerer kritiske timer i både 2005 og 2006

440. Endelig argumenterer Elsam for, at den anvendte misbrugstest særligt i 2006 giver fejlagtige resultater. For det første er det påfaldende, at misbrugstesten identificerer en række kritiske timer i 2. halvår 2006, selvom Elsam i denne periode har anvendt udbudskurver under hensyntagen til selskabets marginalomkostninger uden noget tillæg til disse omkostninger.

441. Konkurrencestyrelsen kan hertil anføre, at misbrugstesten tager udgangspunkt i Elsams faktisk afholdte omkostninger, som de kommer til udtryk i Elsams årsregnskab. Når testen finder kritiske timer, selvom Elsam tilsyneladende har anvendt marginalomkostninger i forbindelse med selskabets udbudskurver, er det udtryk for, at de anvendte marginalomkostninger ikke afspejler Elsams faktiske omkostninger i selskabets årsregnskab.

442. For det andet er det ifølge Elsam påfaldende, at misbrugstesten identificerer en række kritiske timer i 2006, når de markedsaktører, som skulle være påført skade ved det påståede misbrug, offentligt har udtalt det modsatte. Eksempelvis fremgår det af Energi Danmark A/S's årsrapport, at *"Prisdannelsen i hele år 2006 i Danmark var i overensstemmelse med lærebøgenes teori om en fri vares prisdannelse, og dette var til glæde for alle energiekporterende aktører i Danmark."*

443. Hertil kan Konkurrencestyrelsen anføre, at misbrugstesten bygger på omfattende oplysninger om Elsams omkostninger, som kun Konkurrencestyrelsen, og ikke markedets øvrige aktører, har adgang til.

Fordeling af Elsams faste gennemsnitlige omkostninger

444. Konkurrencestyrelsen har ud fra de samme principper som i Elsam II (2005) beregnet de gennemsnitlige faste omkostninger (AFC). Styrelsen har således modtaget oplysninger fra Elsam om de samlede faste omkostninger til el-produktion på de centrale kraftværker samt oplysninger om den totale produktion på disse værker.

445. Elsams gennemsnitlige faste omkostninger kan her opgøres til [xx] kr/MWh i 2005 og [xx] kr./MWh i 2006, jf. tabel 23.

Tabel 23: Elsams gennemsnitlige faste omkostninger (AFC)

	2005	2006
Faste omkostninger (mio. kr.)	[xx]	[xx]
Produktion (TWh)	[xx]	[xx]
Gennemsnitlige faste omkostninger (kr./MWh)	[xx]	[xx]

446. Det skal fremhæves, at tabel 23 viser Elsams faste omkostninger, efter at Konkurrencestyrelsen har foretaget en korrektion af de af Elsam oplyste regnskabstal, jf. nedenfor.

447. Elsam har i forbindelse med frasalget af Nordjyllandsværket og Fynsværket til Vattenfall opnået en regnskabsmæssig avance på ca. [xx] mia. kr., idet salgsværdien oversteg værkernes bogførte værdi. Yderligere oplysninger fra Elsam viser, at ca. [xx] mia. kr. kan tilskrives el-produktionen.

448. I det modtagne materiale fra Elsam er avancen af frasalget blevet registreret som en negativ afskrivning under posten ”Øvrige faste omkostninger”, da den regnskabsmæssige avance skyldes, at Elsam i tidligere år har haft for store afskrivninger på de frasolgte værker. Resultatet er, at Elsams øvrige faste omkostninger umiddelbart bliver negative i 2006.

449. Konkurrencestyrelsen anvender ikke de negative faste omkostninger i sin misbrugstest, da det i givet fald ville undervurdere Elsams faktisk afholdte omkostninger i 2006. Styrelsen har derfor korrigeret regnskabstallene således, at avancen på ca. [xx] mia. kr. ikke indgår i de faste omkostninger, hvorefter Elsams faste omkostninger i 2006 bliver [xx] mio. kr., jf. tabel 23.

450. Der er en regnskabsmæssig sammenhæng mellem Elsams omkostninger i 2006 og Elsams egenkapital ultimo 2006, idet en højere omkostning medfører en lavere egenkapital. Af denne grund skal korrektionen på ca. [xx] mia. kr. også foretages på Elsams egenkapital for el-aktiviteterne, så egenkapitalen korrigeres fra ca. [xx] mia. kr. til ca. [xx] mia. kr. I 2005 var egenkapitalen [xx] mia.kr. Denne del af korrektionen har betydning for Elsams normalfortjeneste.

Fordeling af Elsams variable gennemsnitlige omkostninger på timer

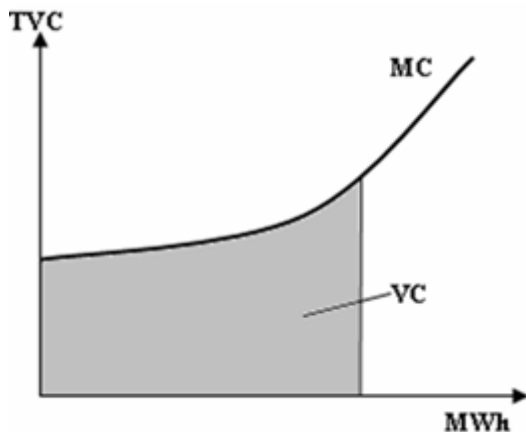
451. Som vist i pkt. 114 har Elsam over for Konkurrencestyrelsen oplyst, at selskabets totale variable omkostninger vedr. elproduktion på de centrale værker kan opgøres til [xx] mio. kr. i 2005.

452. Elsams gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) varierer fra time til time, da de afhænger af, hvilke værker der producerer, og af hvor meget de producerer.

453. Elsam har i forbindelse med Konkurrencestyrelsens misbrugstest i Elsam II sagen redegjort for, at virksomheden ikke er i stand til at fordele de i årsregnskabet anførte totale variable omkostninger på timebasis. Af denne grund var det i Elsam II sagen – og i den foreliggende misbrugstest – nødvendigt for styrelsen at foretage en estimation af Elsams gennemsnitlige variable omkostninger for hver time.

454. Konkurrencestyrelsens valg af estimationsprincip bygger på økonomisk teori. Der gælder således generelt, at en virksomheds variable omkostninger (VC) svarer til det samlede areal under virksomhedens marginale omkostningskurve (MC), jf. figur 4.

Figur 4: Sammenhæng mellem virksomhedens variable omkostninger (VC) og) marginalomkostninger (MC



455. Elsam har for hver time og hvert værk angivet oplysninger om marginalomkostningen ved den faktiske produktion. Det gennemsnitlige areal under marginalomkostningskurven (svarende til den gennemsnitlige variable omkostning (AVC)) kan herefter for hvert værk estimeres ved den oplyste marginalomkostning. Såfremt marginalomkostningskurven for hvert værk i hver time er konstant, er denne estimering helt korrekt, men hvis marginalomkostningskurven er stigende, vil estimeringen overvurdere den gennemsnitlige variable omkostning.

456. Det er på denne baggrund Konkurrencestyrelsens opfattelse, at Elsams gennemsnitlige variable omkostninger for alle værkerne kan estimeres ved et vægtet gennemsnit af de marginale omkostninger på hvert af de centrale kraftværker.

457. I misbrugstesten anvendes de af Elsam oplyste højeste marginalomkostninger (maks-last-mc) ud fra et forsigtighedshensyn. Elsams gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) i hver time estimeres således ved et vægtet gennemsnit af værkernes maks-last-mc i den pågældende time.

458. Elsams gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) kan på denne måde estimeres til i gennemsnit at udgøre [xx] kr./MWh i 2005 og [xx] kr./MWh i 2006. Omkostningen varierer imidlertid betydeligt i de enkelte timer. Den laveste omkostning i 2005 var således [xx] kr./MWh, mens den højeste omkostning i 2005 var [xx] kr./MWh.

459. Ved at vægte de estimerede gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) i hver time med produktionen i den pågældende time fås de samlede variable omkostninger, som anvendes i Konkurrencestyrelsens misbrugstest.

460. Elsam er ikke enig i, at Elsams opgjorte marginalomkostninger (maks-last-mc) giver et retvisende udtryk for værdien af det marginale ressourceforbrug ved produktion af en ekstra enhed. Omkostningerne ligger sandsynligvis på et for lavt niveau i forhold til dette formål.

461. Konkurrencestyrelsens valg af estimationsprincip – og de af Elsam opgjorte maks-last-mc omkostninger – kan imidlertid kontrolleres ved at sammenligne de estimerede samlede variable omkostninger med Elsams samlede variable omkostninger, som de fremgår af Elsams eksterne regnskab.

462. Denne kontrol viser, at misbrugstesten inddrager variable omkostninger, der er højere end Elsams variable omkostninger i det eksterne regnskab (27 pct. i 2005 og 22 pct. i 2006), jf. tabel 24. Herved udtrykker misbrugstesten et yderst konservativt skøn over Elsams variable omkostninger.

Tabel 24: Sammenligning af opgørelsen af Elsams variable omkostninger (AVC)

(kr./MWh)	2005	2006
AVC ifølge Konkurrencestyrelsens beregninger	[xx]	[xx]
AVC ifølge Elsams eksterne regnskab	[xx]	[xx]
Forskel i pct.	27 %	22 %

463. Til sammenligning inkluderede Konkurrencestyrelsen variable omkostninger, der oversteg Elsams variable omkostninger i regnskabet med 24 pct. i Elsam II sagen.

Fastsættelse af normalfortjenesten

464. Når Elsams totale gennemsnitlige omkostninger er opgjort, skal der fastsættes en normalfortjeneste, der sikrer, at Elsam kan opnå en indtjening med en dertilhørende rimelig egenkapitalforrentning.

465. Som gennemgået i pkt. 124-127, viser en amerikansk undersøgelse, at det er mindre risikofyldt at investere i elproduktions-branchen end at investere i gennemsnittet af andre brancher. [Note: Se http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/New_Home_Page/datafile/Betas.html] Med andre ord taler undersøgelsen for, at den gennemsnitlige indtjening i el-branchen bør være lavere end gennemsnittet af andre brancher.

466. Det er imidlertid Konkurrencestyrelsens opfattelse, at misbrugstesten af forsigtighedshensyn skal tillade Elsam en fortjeneste, der sikrer selskabet en egenkapitalforrentning svarende til gennemsnittet af egenkapitalforrentningen i dansk industri generelt.

467. I praksis udføres dette ved, at der i misbrugstesten beregnes, hvor stor en mark-up der skal til, for at Elsam kan opnå en egenkapitalforrentning svarende til den gennemsnitlige egenkapitalforrentning i dansk industri.

468. På baggrund af Elsams eksterne årsregnskab kan Elsams egenkapitalforrentning opgøres til ca. 15 pct. i 2005. Eftersom Elsam både har aktiviteter i varme- og elproduktion, er det imidlertid nødvendigt at antage, hvor stor en del af den investerede egenkapital, der kan henføres til henholdsvis el- og varmeproduktion. Det er dog ikke muligt direkte at adskille aktiviteterne, da el og varme produceres på det samme anlæg.

469. Konkurrencestyrelsen har derfor fordelt Elsams egenkapital mellem el og varme ved brug af en fordelingsnøgle, som udtrykker forholdet mellem el- og varmeproduktion. Den anvendte fordelingsnøgle indebærer, at Elsams el-aktiviteter i 2005 havde en egenkapitalforrentning på [xx] pct., mens den i 2006 var på [xx] pct. [Note: Egenkapitalen er fordelt mellem el- og varmeproduktion med ca. [xx] pct. til el-produktionen, svarende til den andel af omkostningerne der

anvendes til elproduktion ift.. varmereproduktion. Tilsvarende er egenkapitalen for 2006 blevet fordelt med [xx] pct. til el og 16 pct. til varme]

470. Overskuddet skal altså reduceres væsentligt, for at Elsams egenkapitalforrentning er tilsvarende den gennemsnitlige egenkapitalforrentning i dansk erhvervsliv på 10 pct. Dette er ensbetydende med, at overskudsgraden i 2005 reduceres fra [xx] pct. til [xx] pct. og i 2006 reduceres fra [xx] pct. til [xx] pct.

471. Mark-up'en fortæller noget om, hvor meget de samlede omkostninger skal ganges med, for at man får omsætningen. Overskudsgraden (OG) viser hvor stort overskuddet er i forhold til omsætningen.

$$OG = \frac{\text{Overskud}}{\text{Omsætning}} \text{ og } \text{Markup} \cdot \text{Omkostning} = \text{Omsætning} \Rightarrow$$
$$OG = \frac{\text{Markup} \cdot \text{Omkostning} - \text{Omkostning}}{\text{Markup} \cdot \text{Omkostning}} \Leftrightarrow OG = \frac{\text{Markup} - 1}{\text{Markup}} \Leftrightarrow \text{Markup} = \frac{1}{1 - OG}$$

[Note:

Der eksisterer derfor følgende sammenhæng mellem overskudsgraden og mark-up'en.

$$\text{Markup} = \frac{1}{1 - \text{Overskudsgrad}}$$

472. Med baggrund i Elsams reducerede overskudsgrader er det nu muligt at beregne den mark-up Elsam skal have for at opnå en indtjening svarende til en egenkapitalforrentning på 10 pct..

473. Beregningen viser samlet set, at såfremt Elsams totale gennemsnitlige omkostninger (ATC) ganges med en mark-up på [xx] pct. i 2005 og [xx] pct. i 2006 vil Elsam opnå en egenkapitalforrentning på 10 pct. i 2005-06.

Den regnskabsmæssige værdi af Elsams egenkapital skal anvendes ved fastsættelsen af normalfortjenesten

474. Elsam har både i Elsam II sagen og i denne sag gjort gældende, at Konkurrencestyrelsen ikke må bruge Elsams regnskabsmæssige egenkapital men i stedet skal anvende markedsværdien af Elsams egenkapital. Ifølge Elsam vil en konsekvens af at anvende en lav regnskabsmæssig værdi være, at der opstår et nedadgående prispres på Elsams eksisterende anlæg, hvilket vil mindske incitamentet til at etablere ny kapacitet, da Elsam ikke i tilstrækkelig grad får forrentet den indskudte kapital.

475. Konkurrencestyrelsen er ikke enig med Elsam. Det skyldes for det første, at den normalfortjeneste, der tillades Elsam, netop svarer til den forrentning som gennemsnittet af dansk industri opnår af de regnskabsmæssige egenkapitalværdier. Med andre ord svarer overskuddet i dansk industri i gennemsnit til 10 pct. af den regnskabsmæssige egenkapital i disse virksomheder. Hvis Elsam blev tilladt en normalfortjeneste på 10 pct. af en markedsmæssig egenkapital, der – ifølge Elsam – overstiger Elsams regnskabsmæssige egenkapital, vil Elsams normalfortjeneste ikke være sammenlignelig med resten af dansk industri.

476. For det andet er det Konkurrencestyrelsens opfattelse, at det ikke kan udelukkes, at Elsams høje markedsmæssige egenkapitalværdi – som fremgår af handelsværdien – kan være medbestemt ud fra markedets forventninger om, at Elsam kan opnå en urimelig høj elpris i Vestdanmark. Det vil derfor være cirkulært at bruge denne markedsværdi i opgørelsen af, hvornår priserne er urimeligt høje. Tilsvarende kan anvendelse af en markedsværdi, der tager udgangspunkt i udenlandske elproducenters markedsmæssige egenkapital, også indeholde cirkularitet, idet konkurrencen på elområdet i Europa og specielt i Danmarks nabolande er præget af svag konkurrence, så markedsværdien af disse virksomheder dermed også kan indeholde elementer af for høje priser.

Opgørelse af ”Prisvariations-tillæg”

477. På et konkurrenceudsat marked vil en producent ikke producere og sælge sit produkt, hvis den opnåede salgpris er lavere end producentens omkostninger ved at producere. I en række timer om året er Elsam dog nødsaget til at gøre dette, pga. den varmebundne produktion på de centrale kraftværker.

478. Konkurrencestyrelsens undersøgelse viser, at Elsam i [xx] pct. af alle timer i perioden 2005-06 producerer el, selvom den opnåede salgpris er lavere end Elsams gennemsnitlige totale omkostning (tillagt en normalfortjeneste). Dette forhold indtræffer eksempelvis i en række nattetimer, hvor efterspørgslen efter el er forholdsvis lav og derfor i høj grad kan dækkes af produktion fra vindmøller og decentral kraftvarmeproduktion.

479. Elsams mistede indtjening kan i disse timer opgøres som den realiserede markedspris i Vestdanmark i forhold til den pris, der præcis ville give Elsam en fortjeneste svarende til normalfortjenesten.

480. Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at Elsam skal have mulighed for at indhente den mistede indtjening ved i andre timer at opnå en højere fortjeneste end normalfortjenesten. Det indebærer, at misbrugstesten inkluderer et yderligere tillæg til normalfortjenesten i de timer, hvor markedsprisen er højere end Elsams gennemsnitlige totale omkostninger (ATC) tillagt en normalfortjeneste.

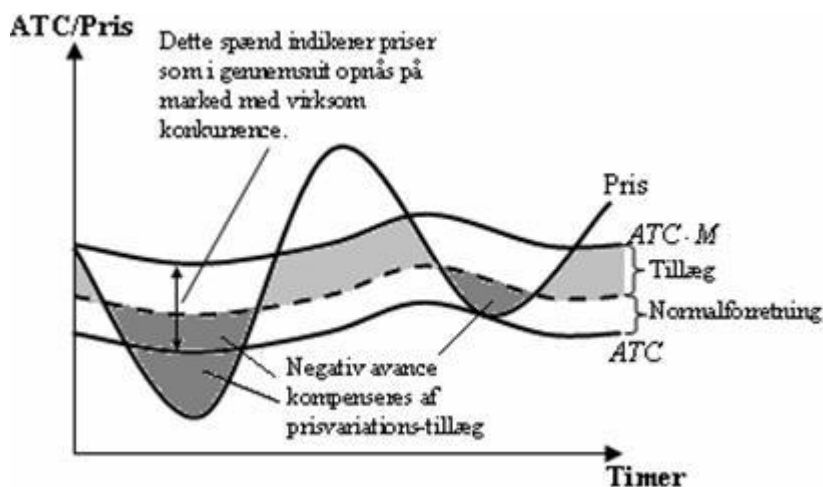
481. Opgørelser fra Elsam viser, at Elsams gennemsnitlige totale omkostninger (ATC) ved elproduktion i 2005 var [xx] kr./MWh. Indregnes en normalfortjeneste på [xx] pct. skal Elsam kompenseres for alle priser, der ligger under tærskelværdien på [xx] kr./MWh.

482. Ser man på 3 sammenhængende timer, der i gennemsnit er mindre end tærskelværdierne på [xx] kr./MWh er priserne i disse timer i gennemsnit (vægtet med den producerede mængde) omtrent [xx] pct. mindre. På den baggrund får Elsam i 2005 mulighed for at lægge et tillæg på [xx] pct. (tillæg 1) til normalfortjenesten i 3 sammenhængende timer.

483. Tillægget til normalfortjenesten i 10 sammenhængende timer (tillæg 2) er mindre end tillæg 1, da der overfor køberne er en sammenhæng mellem den tidsmæssige udstrækning af en høj pris og niveauet for denne pris. Da en 10-timers periode er $3 \frac{1}{3}$ så lang som en 3-timers periode er tillægget i 10-timers perioden $3 \frac{1}{3}$ mindre end i 3-timers perioden. Dette svarer til, at tillæg 2 udgør ca. [xx] pct..

484. Intuitionen bag prisvariations-tillægget kan illustreres grafisk, jf. figur 5.

Figur 5: Illustrativt eksempel på intuitionen i prisvariationstillægget



485. Intuitionen i prisvariations-tillægget er, at arealet over prisen og under normalforretningen (mørkt markeret område) modsvares af et tillæg pr. time (lyst markerede område) som kompenserer for den negative avance i timer, hvor prisen ligger under de totale gennemsnitlige omkostninger tillagt en normalforretning. Et prisvariations-tillæg, der nøjagtigt kompenserer for den negative avance, vil indebære, at de mørkt markerede områder i figur 5 svarer nøjagtigt til de lyst markerede områder.

486. Konkurrencestyrelsen har ved beregning af prisvariations-tillægget foretaget en konservativ vurdering ud fra et forsigtighedshensyn, jf. beregning af kompensation i Elsam II sagen (KAN afgørelse s. 54). Forsigtighedshensynet medfører, at arealet i det lyse område overstiger tilsvarende areal i det mørke område. [Note: Konkurrencestyrelsens opgørelse viser, at Elsam overkompenseres med 71 pct. ved anvendelsen af prisvariationstillægget, dvs. at det lyst markerede område i figur 5 er 71 pct. større end det mørkt markerede område.]

Prisvariationstillægget sikrer Elsam kompensation for tab i timer med lave priser

487. Elsam gør gældende, at Konkurrencestyrelsen anvender en asymmetrisk fremgangsmåde for at kompensere for tab i perioder med stort udbud og lave priser, som ikke fører til retvisende resultater, og at prisvariations-tillægget alene kompenserer Elsam for ca. 15 pct. af det opgjorte tab.

488. Hertil skal Konkurrencestyrelsen bemærke, at der efter styrelsens opfattelse ikke findes en objektiv metode til beregning af et prisvariations-tillæg. Styrelsens valg af metode tilgodeser imidlertid Elsam, idet test C viser, at Elsam ville have opnået en egenkapitalforrentning på 14,4 pct. i 2005 og på 24,7 pct. i 2006, såfremt Elsam udelukkende havde opnået priser i markedet, der ikke ville blive betegnet som kritiske timer i styrelsens misbrugstest. [Note: Elsams egenkapitalforrentning i 2005 og 2006 var henholdsvis 15,2 og 25,3 pct.]

489. Der er således ikke belæg for at påstå, at prisvariations-tillægget ikke tillader Elsam en kompensation for tab i timer med lave priser.

CO2-tillæg

490. Konkurrencestyrelsens misbrugstest skal – i modsætning til tidligere – håndtere Elsams omkostning til CO2-kvoter, da kvotesystemet først blev indført med virkning fra 1. januar 2005.

491. Det skal indledningsvist bemærkes, at Elsam kun i begrænset omfang har haft bogførte omkostninger til CO2 i sine eksterne regnskaber for 2005-06, da Elsam er blevet tildelt flere gratis CO2-kvoter fra den danske stat, end Elsam havde brug for i 2005-06.

492. Ifølge Elsam er der tale om en såkaldt ”alternativomkostning”, når Elsam anvender en CO2 kvote i forbindelse med elproduktion. En alternativomkostning defineres, i økonomisk teori, som værende den mistede værdi af de muligheder der forbigås, hvis ressourcen ikke bruges i dens bedste anvendelse.

493. Alternativomkostningen ved CO2 opstår – ifølge Elsam – ved, at Elsam i et vist omfang kan mindske sin produktion af el og i stedet sælge den tildelte CO2-kvotepå en markedsplads. Den økonomiske omkostning ved at anvende en tildelt CO2-kvotepå i produktionen er herved markedsprisen for CO2-kvoter frem for den faktiske afholdte omkostning på 0 kr.

494. Nedenstående analyse viser på den ene side, at elmarkedets aktører (herunder bl.a. Energistyrelsen og Energinet.dk) har en klar forventning om, at alternativomkostninger til CO2 i høj grad er blevet overvæltet i elprisen, og at dette formentlig også vil ske under fuldkommen konkurrence. På den anden side kan økonomisk teori ikke udelukke, at en alternativomkostning til CO2 på lang sigt kun i begrænset omfang vil blive overvæltet i producenternes ATC og derved i elprisen. Endvidere har den tyske konkurrencemyndighed udsendt en advarsel til den tyske elproducent RWE AG for at have overvæltet mere end 25 pct. af CO2-prisen i elprisen.

495. Konkurrencestyrelsen har ud fra et forsigtighedsprincip valgt at udvide misbrugstesten med et CO2-tillæg, hvori 100 pct. af den relevante CO2-pris indregnes. CO2-tillægget kompenserer herved Elsam for den maksimale økonomiske værdi af selskabets CO2-kvoter.

496. I det følgende gennemgås en række forhold, der er relevante for at vurdere, hvorvidt Konkurrencestyrelsens misbrugstest skal inkludere en alternativomkostning til CO2 eller ej.

Markedsundersøgelser vedrørende CO2's påvirkning af elprisen

497. Konkurrencestyrelsen har i april 2007 foretaget en markedsundersøgelse vedrørende CO2-kvoter. En række markedsaktører [note: DONG, Vattenfall, Foreningen af Danske Kraftvarmeværker, Energi Danmark, Energinet.dk, Energistyrelsen, Foreningen af Danske Slutbrugere, Norenergi] har i den forbindelse givet deres vurdering af, hvorvidt elprisen i Vestdanmark og Østdanmark er steget som følge af indførelsen af CO2 i 2005-06, og hvorvidt elprisen ville være steget, hvis der var fuldkommen konkurrence på elmarkederne i Vestdanmark og Østdanmark.

498. Undersøgelsen viser for det første, at alle de adspurgte markedsaktører vurderer, at elprisen i Vestdanmark er steget i perioden 2005-06 som følge af indførelsen af CO2-kvotesystemet. Markedsaktørerne vurderer således, at elprisen er steget med et beløb svarende til 50-100 pct. af den til enhver tid gældende CO2 pris, jf. tabel 25.

Tabel 25: Hvor stor en andel af CO2-prisen vurderes at være overvæltet i elprisen i Vest- og Østdanmark i 2005-06?

	Andel af CO2-pris
Vattenfall (Konkurrent til Elsam)	100 %
Energistyrelsen (Myndighed)	Ca. 90 %
Energi Danmark (Kunde)	Ca. 82 %
Energinet.dk (Infrastruktur-ejer)	Ca. 80 %
Foreningen af Danske Kraftvarmeværker (Konkurrent til Elsam)	60 - 70 %
Foreningen af Slutbrugere af el (Kunde)	50 - 75 %
Norenergi (Konsulent)	50 - 75 %

Kilde: Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse (2007)

499. For det andet viser undersøgelsen, at 5 ud af 7 markedsaktører forventer, at 100 pct. af CO2-prisen vil blive overvæltet i elprisen under fuldkommen konkurrence, selvom producenterne har fået tildelt kvoterne gratis af staten.

500. Eksempelvis fremgår det af besvarelsen fra Foreningen af Slutbrugere af el (FSE), at:

”Med de eksisterende allokeringsskemaer for gratiskvoter vil markedet under fuldkommen konkurrence sørge for, at CO2 omkostningen indgår i elprisen.”

og af besvarelsen fra Energistyrelsen, at:

”Når en elproducent skal tage stilling til produktion af en ekstra kWh, vil CO2-kvoterne optræde som en ekstra produktionsomkostning på marginalen. Dette gælder uanset hvor mange gratiskvoter, elproducenten har modtaget.”

501. To markedsaktører (Energi Danmark og Vattenfall) vurderer dog, at gratiskvoter slet ikke vil blive overvæltet i elprisen under fuldkommen konkurrence, men at det kun vil være de faktisk afholdte CO2-omkostninger, der kan overvæltet i elprisen.

502. Af forarbejderne til kvoteloven fremgår det endvidere, at gennemførelsen af kvoteordningen på europæisk plan forventes at føre til prisstigninger på det europæiske elmarked i størrelsesordenen 2-4 øre pr. kWh, og at elproducenterne forventes at få øgede nettoindtægter som følge af gennemførelsen af kvotedirektivet.

503. Elprisen forventes således at stige med ca. 50-100 pct. af CO2-kvotepriisen, hvis den forventede prisstigning på 2-4 øre pr. kWh er beregnet på baggrund af en forventet kvotepris på 50 kr./stk og en anvendelse af 0,8 enheder CO2-kvoter pr. produceret MWh.

504. Konkurrencestyrelsen vurderer samlet set, at det generelt er markedets forventning, at indførelsen af CO2 – isoleret set – vil medføre en vis stigning i elprisen i Vestdanmark.

505. Bundeskartellamt har endvidere påbegyndt en undersøgelse af, hvorvidt de tyske elskaber RWE og E.ON har øget elprisen til stor- og industrikunder i Tyskland ved at overvælte alternativomkostninger for handel med CO2-kvoter på elprisen.

506. Bundeskartellamt har på den baggrund den 20. december 2006 sendt en advarsel til RWE, hvor det vurderes, at RWE har misbrugt sin dominerende stilling ved at overvælte mere end 25 pct. af CO2-omkostningen i den opkrævede elpris. [Note: Bundeskartellamts advarsel til RWE AG: http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2006/2006_12_20.php]

CO2-omkostninger i Elsams ATC

507. Konkurrencestyrelsens misbrugstest tager som bekendt udgangspunkt i Elsams gennemsnitlige totale omkostninger (ATC), da det på lang sigt er denne omkostning, der vil være prisfastsættende på et konkurrencepræget marked, mens det på kort sigt vil være producentens gennemsnitlige variable omkostning (AVC), der vil være prisfastsættende.

508. Misbrugstesten tager udgangspunkt i Elsams faktisk afholdte omkostninger [note: Sag 27/76 United Brands mod Kommissionen, præmis 252], og derved vil CO2 umiddelbart alene blive inkluderet, såfremt Elsam har købt yderligere CO2-kvoter, end selskabet er blevet tildelt gratis. I givet fald vil disse afholdte CO2-omkostninger blive medregnet 100 pct. i Elsams gennemsnitlige variable omkostninger ligesom Elsams øvrige omkostninger.

509. Men som det fremgår af pkt. 136-137 har Elsam i perioden 2005-06 fået flere gratis kvoter, end selskabet har haft behov for. Hermed har Elsam ingen faktisk afholdte omkostninger til CO2 i 2005-06.

510. Hvis Elsams ATC derimod opgøres på baggrund af den økonomiske markedsværdi af Elsams produktionsfaktorer, vil tildelingen af gratis kvoter have to (modsatrettede) effekter på Elsams ATC:

511. For det første vil Elsams gennemsnitlige faste omkostninger (AFC) falde, da Elsam tildeles en økonomisk værdi i form af gratis kvoterne. Den økonomiske værdi opstår ved, at Elsam pga. gratis kvoterne kan undlade selv at købe CO2-kvoter, når selskabet producerer el.

512. Værdien af gratis kvote-beholdningen kan opgøres ved at gange antallet af CO2-kvoter i beholdningen med markedsværdien af en CO2-kvoter, hvor markedsværdien af en CO2-kvoter kan estimeres som markedsprisen på en markedsplads for CO2-kvoter.

513. For det andet vil Elsams gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) stige som følge af, at Elsam har en alternativomkostning, når selskabet anvender en kvote til at producere med i stedet for at sælge den på en markedsplads. Det skyldes, at når Elsam efterfølgende producerer el, falder værdien af Elsams kvotebeholdning svarende til antallet af anvendte CO2-kvoter ganget med markedsværdien af en CO2-kvoter.

514. Den samlede effekt på Elsams ATC vil være, at indførelsen af CO2 medfører en faldende ATC, hvis Elsam har modtaget flere gratis kvoter, end selskabet behøver (svarende til at den negative effekt på AFC overstiger den positive effekt på AVC). ATC vil omvendt stige ved indførelsen af CO2, såfremt Elsam har behov for flere kvoter end de tildelte gratis kvoter.

515. Konkurrencestyrelsen vurderer på denne baggrund, at økonomisk teori umiddelbart ikke kan udelukke, at en alternativomkostning til CO₂ på langt sigt kun i begrænset omfang vil blive overvæltet i producenternes ATC og derved i elprisen. Samtidig er der indikationer for, at en alternativomkostning til CO₂ på kort sigt kan blive inkluderet 100 pct. i producentens AVC og dermed i elprisen.

Opgørelse af CO₂-tillæg

516. Konkurrencestyrelsen har ud fra et forsigtighedsprincip valgt at inkludere en alternativomkostning på 100 pct. CO₂ som et tillæg til Elsams ATC i styrelsens misbrugstest. Da misbrugstesten udføres på timebasis, er det nødvendigt at opgøre alternativomkostningen til CO₂ for hver time.

517. CO₂-tillægget bliver opgjort i enheden kr./MWh. Tillægget afhænger dels af elværkernes efficiensgrad, der udtrykker hvor mange CO₂-kvoter der skal bruges til at producere 1 MWh el på det pågældende værk, dels af den relevante CO₂-pris i hver time.

518. Efficiensgraden for hvert værk i hver time kan beregnes på baggrund af oplysninger fra Elsam omkring CO₂ udledningen på månedsbasis pr. værk, når det antages, at andelen af CO₂ udledning i hver time svarer til andelen af den faktiske produktion i hver time. De beregnede efficiensgrader varierer mellem [xx] og [xx].

519. For hver time beregnes CO₂-tillægget herefter ved at gange efficiensgraden med den til enhver tid gældende kvotepris. Konkurrencestyrelsen har på den baggrund beregnet et gennemsnitligt CO₂-tillæg svarende til [xx] kr./MW, dog med væsentlige udsving i perioden, jf. figur 6.

Figur 6: CO₂-tillæg i misbrugstesten

[...]

520. Elsam har tidligere indberettet en række marginalomkostninger inklusiv CO₂. Hvis disse omkostninger anvendes i Konkurrencestyrelsens misbrugstest vil det beregnede CO₂-tillæg udgøre [xx] kr./MW. Styrelsen har ikke været i stand til at identificere forskellene mellem de af Elsam anslåede beregninger og de af Elsam indberettede udledninger af CO₂ består.

Konklusion – CO₂

521. Det er samlet set Konkurrencestyrelsens vurdering, at misbrugstesten skal indeholde et CO₂-tillæg, hvori 100 pct. af den relevante CO₂-pris indregnes.

522. Inddragelsen af et CO₂-tillæg skal ses i lyset af, at Konkurrencestyrelsens misbrugstest generelt set giver et konservativt skøn over Elsams omkostninger, og da styrelsens markedsundersøgelse bl.a. har vist, at markedet forventer, at en lignende alternativomkostning til CO₂ ville blive overvæltet på elprisen i et konkurrencepræget marked, har styrelsen af forsigtighedshensyn valgt at inddrage et CO₂-tillæg.

523. Konkurrencestyrelsens misbrugstest har på den baggrund identificeret 1.484 kritiske timer i den undersøgte periode.

524. Graden af Konkurrencestyrelsens forsigtighedsprincip vedrørende opgørelsen af CO2 værdien kan illustreres ved at opgøre antallet af timer, der ville have været kritiske, såfremt CO2 værdien var indregnet med henholdsvis 0 og 50 pct. Denne opgørelse fremgår af tabel 26, der viser, at misbrugstesten identificerer 7.964 timer ved 0 pct. af CO2 værdien og 3.603 timer ved 50 pct. af CO2 værdien.

Tabel 26: Resultat af misbrugstest ved forskellige CO2-tillæg

	2005	1. halvår 2006	2. halvår 2006	I alt
0 pct. CO2				
Antal kritiske timer	2.071	3.201	2.692	7.964
Forbrugertab	195 mio. kr.	427 mio. kr.	161 mio. kr.	783 mio. kr.
50 pct. CO2				
Antal kritiske timer	983	1.914	706	3.603
Forbrugertab	106 mio. kr.	133 mio. kr.	62 mio. kr.	301 mio. kr.
100 pct. CO2				
Antal kritiske timer	484	485	515	1484
Forbrugertab	66 mio. kr.	21 mio. kr.	24 mio. kr.	111 mio. kr.

Prøvelse af Konkurrencestyrelsens misbrugstest

525. I de efterfølgende tests (C-G) sker der en prøvelse af, om Konkurrencestyrelsens misbrugstest (test A og B) giver et retvisende resultat. Disse test viser samme entydige resultat, nemlig at test A og B er en forsigtig vurdering af, i hvilke timer Elsam misbruger sin dominerende stilling.

Test C) Den høje indtjening i kritiske timer er ikke nødvendig for, at Elsam opnår et rimeligt overskud

526. I test C undersøges om Elsams indtjening i de kritiske timer var nødvendig for, at Elsam kunne opnå en rimelig forrentning af den investerede kapital. Det gøres ved at opgøre Elsams indtjening i de ikke-kritiske timer og vurdere om denne indtjening var tilstrækkelig høj til at sikre Elsam en rimelig fortjeneste.

527. Resultatet af test C er, at den høje indtjening i de kritiske timer ikke var nødvendig for, at Elsam kunne opnå en rimelig forretning af den investerede kapital.

528. Elsam har opgjort det samlede overskud før skat ved el-produktion (produceret på centrale værker, decentrale værker og vindmøller) i Elsam til i alt [xx] mio. kr. i 2005 og [xx] mio. kr. i 2006.

529. I 2005 var Elsams samlede omsætning i de kritiske timer på omkring [xx] mio. kr. Selv hvis Elsams overskud havde været [xx] mio. kr. mindre, havde overskuddet fra el-produktion og salg alene været på [xx] mio. kr. hvilket havde reduceret egenkapitalforrentningen fra [xx] pct. til [xx] pct. Den gennemsnitlige egenkapitalforrentning i danske industrivirksomheder var i undersøgte periode på ca. 10 pct. Selv ved at fratække hele omsætningen og ikke bare mer-overskuddet før skat i de kritiske timer opnår Elsam en forrentning af egenkapitalen i de øvrige timer, der stadig er højere end gennemsnittet i andre industrier.

530. Ligeledes havde Elsam i 2006 en omsætning i de kritiske timer på [xx] mio. kr. Hvis Elsams overskud før skat på [xx] mio. kr. reduceres med [xx] mio. kr. fås en egenkapitalforrentning på [xx] pct..

531. Den høje indtjening i de kritiske timer i den undersøgte periode var derfor ikke nødvendig for, at Elsam opnåede et rimeligt overskud i 2005 og 2006.

Test D) Marginalavancen i kritiske timer i forhold til marginalomkostningerne

532. Dette test undersøger om Elsams marginalavance i de kritiske timer adskiller sig væsentligt fra den gennemsnitlige marginalavance for alle timer i analyseperioden. Dette undersøges ved at sammenholde Elsams marginalavance i hhv. kritiske og ikke-kritiske timer. Testen finder, at Elsams marginalavance i de kritiske timer er større end den gennemsnitlige marginalavance i set over hele analyseperioden og bekræfter således konklusionen om urimelige priser.

533. Undersøgelsen er baseret på den gældende pris på spotmarkedet og marginalomkostningerne ved maksimal last (maks-last-mc). Marginalomkostningerne ved maksimal last anvendes, ligesom ved test A, ud fra et forsigtighedshensyn der kommer Elsam til gode, idet marginalavancen undervurderes.

534. Beregningen af marginalavancegraden sætter den opnåede pris i forhold til de marginale omkostninger. En høj marginalavancegrad er derfor udtryk for at forskellen mellem prisen og marginalomkostningen er stor hvilket svarer til en høj fortjeneste.

535. Tabel 27 præsenterer beregningerne af marginalavancen.

Tabel 27: Oversigt over pris og marginalavance – ift. alle timer

	1K 2005	2K 2005	3K 2005	4K 2005	1K 2006	2K 2006	3K 2006	4K 2006
	Alle timer							
Pris i DKK/MWh	216	315	340	350	358	342	389	329

Marginalavance i DKK/MWh	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]
Marginalavancegrad	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]
	Kritiske timer							
Pris i DKK/MWh	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]
Marginalavance i DKK/MWh	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]
Marginalavancegrad	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]

Note: Tallene i tabellen er vægtede gennemsnit i forhold produktionen.

536. Det ses for det første, at marginalavancen i de kritiske timer er markant større end den gennemsnitlige marginalavance set over hele analyseperioden. Marginalavancen er i flere tilfælde mere end dobbelt så høj i kritiske timer end gennemsnittet for alle timer.

537. For det andet ses, at marginalavancegraden generelt er høj, selvom den er beregnet på baggrund af marginalomkostninger ved maksimumlast, der undervurderer Elsams marginalavancegrad.

538. Det bemærkes, at marginalavancen i de kritiske timer er højere i 2005 end i 2006. I kombination med at der var færre kritiske timer i 2005 end 2006, var 2005 således præget af høje avancer på færre kritiske timer, hvorimod 2006 var præget af flere kritiske timer dog med mindre avance pr. time.

539. Samlet set viser testen, der er præsenteret i tabel 27, at Elsam i de kritiske timer opnår en pris, der ligger væsentligt over omkostningerne ved at producere. Dermed er en væsentlig forudsætning for overprissætning opfyldt.

540. Denne konklusion kan tilsvarende indses ved at illustrere Elsams udbudskurve og marginalomkostningskurve i et diagram, jf. figur 7, hvor udbudskurven og marginalomkostningskurven er illustreret for en illustrativ time.

Figur 7: Udbudskurve og marginalomkostningskurve, 17. april 2005 time 19

[...]

541. Det ses, at Elsams udbudskurve ligger markant over omkostningen ved at producere el, hvorfor det er muligt at opnå høje avancer.

Test E) Misbruget medfører betydeligt tab for køberne og i sidste instans for forbrugerne

542. Denne test undersøger, hvor meget aftagerne af el har betalt for meget i 2005-06 som følge af Elsams misbrug af dominerende stilling. Dette undersøges ved, at opgøre merbetalingen for priser der ligger over teststørrelsen bestående af den gennemsnitlige totale omkostning (ATC) tillagt en normalfortjeneste, prisvariationstillæg samt CO2-tillæg.

543. Tabel 28 viser forskellen i den rimelige pris og den faktisk observerede pris i forhold til produktionen på de centrale værker i den undersøgte periode. Beregningerne i tabel 28 er foretaget på baggrund af de gennemsnitlige samlede omkostninger og mark-up faktorer anvendt i test A.

544. Det fremgår, at forbrugernes merbetaling i 2005 har været over 66 mio. kr.. Merbetalingen i andet halvår 2005 var alene på ca. 50 mio. kr. og udgjorde derved 45 pct. af den samlede merbetaling i den undersøgte periode. Samlet set over 2005 og 2006 udgjorde merbetalingen ca. 111,3 mio. kr.

Tabel 28: Merbetaling

	1. halvår 2005	2. halvår 2005	1. halvår 2006	2. halvår 2006	I alt
Merbetaling (kr.)	16.230.463	50.032.260	21.278.074	23.818.606	111.359.403
Andel af merbetaling	15 %	45 %	19 %	21 %	100 %

545. Det bemærkes yderligere, at den reelle merbetaling må forventes at være væsentlig større end angivet i tabellen, eftersom omkostningerne er baseret på marginalomkostningerne ved maksimumlast, hvilket overvurderer omkostningerne og dermed undervurderer tabet.

546. Testen bekræfter at Elsams misbrug medfører betydelige tab for køberne og i sidste instans for forbrugerne.

Test F) Elsam er ofte prisbestemmende

547. Denne test undersøger i hvilken udstrækning Elsam var prisbestemmende i den undersøgte periode. Testen viser dels, at Elsam generelt er prisbestemmende i Vestdanmark, dels at Elsam i 294 kritiske timer ikke var prisbestemmende, men at deres indmeldte pris på Nord Pool, i tilfælde af at de var prisbestemmende, ville have medført en kritisk time.

548. Det er ikke i alle de kritiske timer, at Elsam har været prisbestemmende. [Note: Timer hvor Elsam ikke er prisbestemmende regnes kun som kritiske hvis den pågældende time også ville have været en kritisk time såfremt Elsams maksimale indmeldte pris alligevel havde medført en kritisk time] Men i de timer, hvor Elsam ikke har været prisbestemmende er prisen endt på et endnu højere niveau, end de priser Elsam meldte ind til Nord Pool for de pågældende timer. Én årsag til, at andre aktører bliver prisbestemmende i nogle timer i Vestdanmark er, at der i de kritiske timer eksporteres en væsentlig mængde el til Tyskland på trods af, at prisen i Vestdanmark er højere. Hvis denne eksport var foregået i mindre udstrækning, kunne prisen på det Vestdanske marked have været reduceret i de timer, hvor Elsam ikke er prisbestemmende.

549. Generelt har Elsam været prisbestemmende i ca. [xx] pct. af alle timer i 2005 og [xx] pct. af alle timer i 2006. Tabel 29 præsenterer i hvor mange timer Elsam var prisbestemmende i de kritiske timer i 2005-06.

Tabel 29 Kritiske timer, hvor Elsam er/ikke er prisbestemmende

	1. halvår 2005	2. halvår 2005	1. halvår 2006	2. halvår 2006
--	-----------------------	-----------------------	-----------------------	-----------------------

	Elsam	Ej Elsam	Elsam	Ej Elsam	Elsam	Ej Elsam	Elsam	Ej Elsam
Antal kritiske timer	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]
Gns. Pris i DKK/MWh	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]	[xx]

550. Der er således flere kritiske timer hvor Elsam er prisbestemmende, end hvor Elsam ikke er prisbestemmende. I 2005 var Elsam prisbestemmende i næsten alle de kritiske timer, mens dette var tilfældet i ca. [xx] pct. af de kritiske timer i 2006.

551. Ud af de i alt 1.484 identificerede kritiske timer, over hele den undersøgte periode, var der 294 tilfælde, hvor Elsam, til trods for at selskabet ikke var prisbestemmende, havde kritiske timer. Dette skyldes, at Elsams indmeldte pris på Nord Pool i disse timer var af sådan størrelse, at de ville have udgjort kritiske timer, såfremt Elsam havde været prisbestemmende i Vestdanmark. Til sammenligning var Elsam prisbestemmende i 748 timer ud af i alt 900 kritiske timer i Elsam II sagen svarende til ca. [xx] pct..

Test G) Misbrugets omfang og regelmæssighed

552. Denne test undersøger omfanget og karakteren af misbruget. Det undersøges, at på hvordan de kritiske timer fordeler sig pr. kvartal over den undersøgte periode. Dernæst undersøges hvorledes de kritiske timer er blevet identificeret ved hjælp af grænseværdierne for hhv. 3 og 10 sammenhængende timer. Testet viser, at Elsam regelmæssigt har misbrugt sin dominerende stilling på markedet.

553. Ser man på gennemsnitstal for de enkelte kvartaler er der stor forskel på omfanget af kritiske timer de enkelte kvartaler imellem, jf. tabel 31.

Tabel 31: Oversigt over kritiske timer

	Antal kritiske timer	Andel af alle timer	Andel af Elsams omsætning
1. kvartal 2005	68	3 %	9 %
2. kvartal 2005	60	3 %	7 %
3. kvartal 2005	68	3 %	5 %
4. kvartal 2005	288	13 %	26 %
1. kvartal 2006	295	14 %	17 %
2. kvartal 2006	190	9 %	13 %
3. kvartal 2006	368	17 %	24 %
4. kvartal 2006	147	7 %	10 %

Note: "Andel af alle timer" er udregnet som antallet af kritiske timer i forhold til det samlede antal timer i det kvartalet, ligesom "Andel af Elsams omsætning" er udregnet på baggrund af den samlede omsætning i kvartalet.

559. Misbruget var således i 2005 præget af højere mark-ups i færre timer, hvorimod 2006 var præget af misbrug med en lavere mark-up pr. kritisk time i til gengæld flere timer. Der kan ikke observeres et skift i misbruget en mellem 1. og 2. halvår 2006.

560. For at give et overblik over størrelsen af Elsams mark-up beregnet på baggrund af test a (som har en tendens til at overvurdere de gennemsnitlige samlede omkostninger) er der i bilag 6 til 9 angivet samtlige timer, hvor:

mark-up'en er større end 25 pct. (bilag 6)

mark-up'en er større end 50 pct. (bilag 7)

mark-up'en er større end 100 pct. (bilag 8)

mark-up'en er større end 200 pct. (bilag 9)

561. Samlet set viser denne test, at Elsam regelmæssigt har misbrugt sin dominerende stilling af betydelig karakter.”

2.0 Bilag til afgørelsen:

Til afgørelsen er knyttet følgende bilag:

2.1 Konkurrencerådet har som bilag 5 til afgørelsen fremlagt en oversigt over kritiske timer.

2.2 Konkurrencerådet har som bilag 6 til afgørelsen fremlagt en oversigt over timer med mark-up større end 25 pct.

2.3 Konkurrencerådet har som bilag 7 til afgørelsen fremlagt en oversigt over timer med mark-up større end 50 pct

2.4 Konkurrencerådet har som bilag 8 til afgørelsen fremlagt en oversigt over timer med mark-up større end 100 pct.

2.5 Konkurrencerådet har som bilag 9 til afgørelsen fremlagt en oversigt over timer med mark-up større end 200 pct.

3.0 Sagens behandling for Konkurrenceankenævnet.

Sagen har været behandlet mundtligt på et møde i Konkurrenceankenævnet den 10. december 2007.

4. Parternes påstande.

4.1 DONG Energy har nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 20. juni 2007 ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

4.2 Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

4.3 Energi Danmark A/S, Scan Energi A/S og OK A.m.b.a. er indtrådt som biintervenienter i sagen til støtte for Konkurrencerådet.

5. Konkurrencerådet har for ankenævnet fremlagt bl.a. følgende bilag:

5.1 Konkurrencerådet har som bilag A-E fremlagt en fortrolig version af de til afgørelsen knyttede bilag 5-9.

5.2 Konkurrencerådet har som bilag F fremlagt en ny oversigt over kritiske timer. Det fremgår heraf bl.a.:

”... [fortroligt] ...”

Bilaget indeholder en oversigt over 784 kritiske timer med en angivet merbetaling for hver enkelt time. Den samlede merbetaling er opgjort til 57 mio. kr. Merbetalingen er i knap 300 af disse timer angivet til 0. Det største beløb angår time 18 den 23. november 2005 og er på 1.259.280. I 2005 er der godt 100 timer med en merbetaling på 100.000 eller derover. I første halvår af 2006 er der godt 25 timer med en merbetaling på 100.000 eller derover. I 2. halvår 2006 er der et enkelt beløb på 100.000 eller derover.

5.3 Som bilag M har Konkurrencerådet fremlagt en pivot-beregning. Det hedder heri:

”... [fortroligt] ...”

6. DONG har for ankenævnet fremlagt bl.a. følgende bilag:

6.1 DONG har som deres bilag 2 fremlagt en beskrivelse af Elsams budpolitik i 2. halvår 2006. Det hedder heri bl.a.:

”Der gives i det følgende en uddybende beskrivelse af Elsams indmeldingspolitik i 2. halvår 2006, hvor Elsams indmeldinger til Nord Pool har været marginalomkostningsbestemt.

1. Marginalomkostningsbestemt indmeldingspolitik

Som følge af Konkurrencestyrelsens opsigelse af tilsagnsaftalen med Elsam, besluttede Elsam med virkning pr. 1. juli 2006 at ændre indmeldingspolitik, således at indmeldingspolitikken udelukkende har været marginalomkostningsbestemt.

Indmeldingerne til Nord Pool har således afspejlet marginalomkostningen ved at producere elektricitet, således at Elsam alene har fået dækning for de reelle produktionsomkostninger.

Denne indmeldingspolitik har været ført i hele 2. halvår 2006.

2. Opgørelse af marginalomkostningerne

...”

6.2 DONG har som deres bilag 4 fremlagt en Pivot-analyse gennemført af Frontier Economics. Det hedder heri bl.a.:

”... [fortroligt] ...”

6.3 DONG har som deres bilag 7 fremlagt en oversigt over prisudviklingen i brændselspriser. Det hedder heri bl.a.:

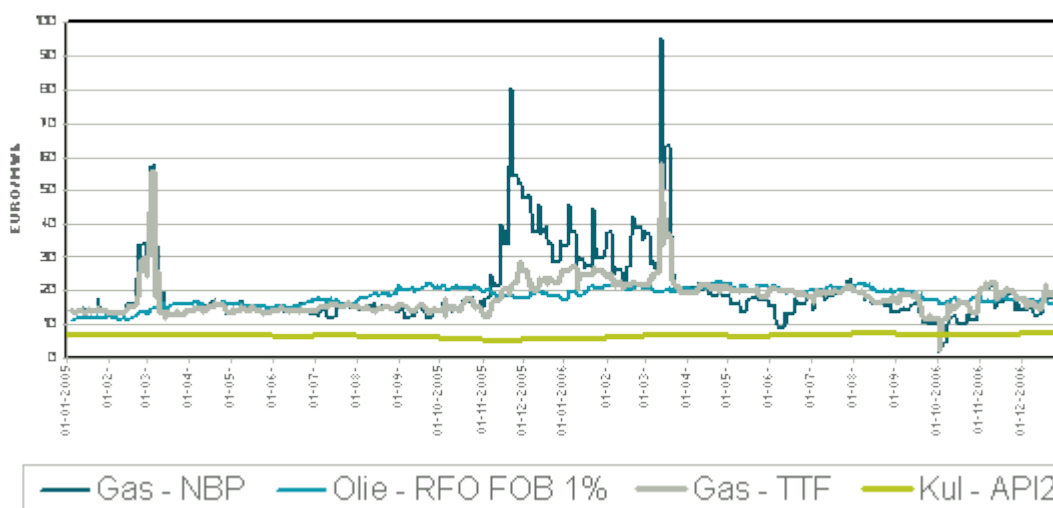
”Brændselspriser udgør den væsentligste del af kraftværkernes variable omkostninger. Der er imidlertid en betydelig variation i brændselspriserne på daglig basis. Eksempelvis har prisudviklingen for de forskellige brændselstyper kul, olie og gas på de daglige spotmarkeder været forskellig for perioden 2005-2006.

Priserne på gas er mest volatile med udsving mellem 2 - 97 Euro/MWh på det engelske spotmarked og mellem 2 - 58 Euro/MWh på det hollandske marked [Note: De angivne priser er pr. MWh indfyret brændsel og ikke pr. MWh el].

Prisen på fuelolie har varieret mellem 11 - 24 Euro/MWh, medens prisen på kul har varieret mellem 6,2 - 7,9 Euro/MWh.

Dette fremgår af nedenstående graf, der viser prisudviklingen for gas, olie og kul:

Figur 1: Prisudvikling for gas, olie og kul i perioden 2005-2006



Kilder: Argus (gas - NBP og TTF), Platts (olie og RFO) og McClosky (kul - API2) og Nationalbanken (valutakurser).

Priserne er daglige spotnoteringer for gas og olie. Prisen på kul er et månedsgennemsnit, da et egentligt spotmarked ikke eksisterer. Dong Energy's beregninger omregner spotpriserne til Euro pr. MWh indfyret brændsel.”

6.4 DONG har som deres bilag 8 fremlagt et notat af 10. juli 2007 fra KPMG C. Jespersen, Statsautoriseret Revisionsinteressentskab, indeholdende en regnskabsanalyse, som viser udviklingen over perioden 2000 til 2006 i Elsams resultat før skat, egenkapitalen og egenkapitalens forrentning. Det hedder heri bl.a.:

”... [fortroligt] ...”

6.5 DONG har som deres bilag 10 fremlagt en analyse udarbejdet af Frontier Economics vedrørende egenkapitalforrentningen for sammenlignelige internationale virksomheder. Det hedder heri bl.a.:

”Profitability of European electricity companies 2000-2006

...

Frontier has been asked by Dong to analyse the profitability of 15 European electricity companies over the time period 2000-2006, measured as return on equity (ROE).

Profitability analysis of European Electricity companies

This note presents calculations of profitability for European electricity firms from 2000 to 2006. In measuring profitability, we calculated the standard accounting measure *return on equity* (ROE), using companies’ Income Statements and Balance Sheet data as reported on Thomson Financial [note: See www.thomson.com/].

Methodology

The return on equity (ROE) essentially calculates the ratio of profits that accrue to holders of equity (the shareholders) to equity and is therefore a measure of what shareholders receive in return for their equity stake. More specifically, it is standard to use the accounting positions

“profits *before tax*” as a measure of profits;

equity defined as the sum of the accounting positions “minority interest”, “preferred stock” and “common equity”.

For a given year, ROE is calculated as profit before tax in that year divided by the average equity for that year [note: This average is derived by taking the average of the equity value reported in the balance sheet in the previous year and in the year in question. The reason for this is that it would not be appropriate to use one year’s equity value as reported in a firm's balance sheet as it is only a “snapshot” of the amount of equity employed in the firm, measured on the date of reporting, typically at the end of the financial year. Equity as reported in standard accounts is therefore not a good measure of the equity in the firm that was employed to generate the annual profit which is

earned over *the course* of the financial year. We therefore used account data for 1999 to 2006 to calculate ROE for 2000 to 2006].

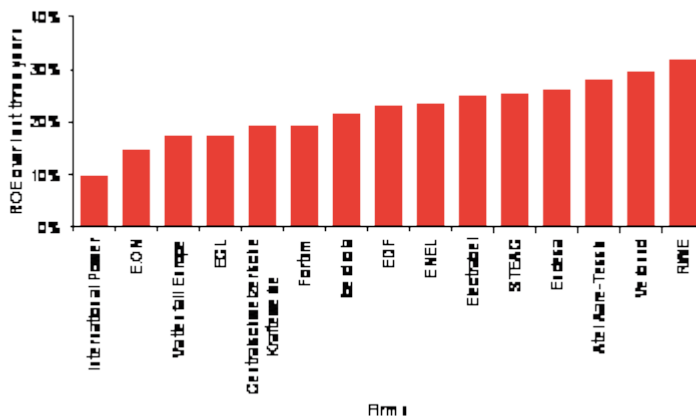
Sample

ROE was calculated for a sample of 15 major European electricity companies. As the aim was to compare profitability in electricity generation across Europe, we chose major energy suppliers in key European countries for whom electricity generation is an important part of their business activities and for which accounting data was publicly available. Moreover, our measures of profitability in electricity generation are conservative to the extent that most of the sampled companies also operate in less risky markets than electricity generation, such as electricity distribution and that therefore their ROEs are lower than if ROE were calculated for their generation activities in isolation [note: Note however that it has to be considered that any comparison of profitability between different companies may be somewhat inexact because accounting practices may vary]. These companies are Atel Aare-Tessin (CH), Centralschweizerische Kraftwerke (CH), EDF (F), EGL (CH), Electrabel (BE), Endesa (ES), ENEL (I), E.ON (DE), Fortum (FI), Iberdrola (ES), International Power (UK) [note: Note that International Power also has significant business activities outside of the UK], RWE (DE), STEAG (DE), Vattenfall Europe (DE), Verbund (A).

We show the *distribution* of the sample by looking at average ROEs for each company for the time period 2004-2006:

Figure 1: Distribution of average ROEs 2004-2006

Source: Frontier calculations, Thomson Financial data



Results

For each year in 2000-2006 and for the time period as a whole we present the following results for ROE:

the average and the median of the sample; and

the 25th and 75th percentile of the sample.

Percentiles and the *median* are statistical measures and refer to the position of an observation in an ordered series. The 25th percentile means choosing the observation of which it is true that 25% of observations have a lower value, the 75th percentile is interpreted analogously and the median is the observation with 50% of values higher and 50% lower.

The next table shows the results:

	'00	'01	'02	'03	'04	'05	'06	Average '00 - 06
Average	17%	22%	16%	15%	19%	22%	25%	19%
Median	16%	16%	15%	17%	20%	22%	26%	20%
25th percentile	13%	13%	12%	16%	17%	17%	19%	17%
75th percentile	22%	22%	23%	20%	22%	28%	29%	22%

Table 1: ROE comparison European electricity companies, 2000 -2006 [note: We note that due to outliers, the average ROE for the sample can be quite close to the 25th or 75th percentile. This happens when there are outliers so that the mean and the median are not close to each other.]

Source: Frontier calculations, Thomson Financial data

The results can also be seen graphically. We show the median over time compared to the 25th and 75th percentile [note: We have refrained from showing the average]:

6.6 DONG har som deres bilag 11 fremlagt en oversigt over priserne på spot-el. Det hedder heri følgende:

”1. Sammenligning af priserne på spot-el i norden

En sammenligning af de gennemsnitlige priser i Vestdanmark i perioden 2005-2006 med de gennemsnitlige højeste henholdsvis laveste priser, der er handlet spot-el for i Tyskland (på EEX børsen), Norge (på Nord Pool) og Sverige (Nord Pool), viser, at priserne i Vestdanmark ligger under de højeste gennemsnitlige priser på spot-el i Norden. De vstdanske priser ligger således mere på niveau med de laveste gennemsnitlige priser i Norge, Sverige og Tyskland.

Dette illustreres ved nedenstående sammenstilling af de realiserede priser på spot-el i perioden 2005-2006.

Tabel 1: Sammenligning af priser på spot-el i Norden

	20051. halvår	20062. halvår	2006	2005-2006
Pris i DKK/område				
Vestdanmark	277	326	334	303
Højeste pris i Norge, Sverige og Tyskland	348	432	466	398

Laveste pris i Norge, Sverige og Tyskland	212	292	301	254
Norge	217	337	397	292
Sverige	222	330	387	290
Tyskland (EEX)	343	388	370	361

Kilde: Sungard og DONG Energy

1: Den maksimale timepris på spot-el defineres som den højeste af de gennemsnitlige priser, der er handlet spot-el for i perioden 2005-2006 i Tyskland (på EEX børsen), Norge (Nord Pool) og Sverige (Nord Pool).

2: Den laveste timepris på spot-el defineres som den laveste af de gennemsnitlige priser, der er handlet spot-el for i perioden 2005-2006 i Tyskland (på EEX børsen), Norge (Nord Pool) og Sverige (Nord Pool).

2. Sammenligning af priserne på spot-el i norden og kontinental europa

En sammenligning af de gennemsnitlige priser på spot-el i Vestdanmark i forhold til de gennemsnitlige priser på spot-el indenfor Nord Pool området og i forhold til priserne i andre europæiske lande viser, at priserne i Vestdanmark i hele perioden 2005-2006 er på niveau med priserne indenfor Nord Pool området og at priserne i Vestdanmark ligger betydeligt under priserne i det øvrige Europa.

Ses der isoleret på 2006 har priserne i Vestdanmark i gennemsnit ligget under priserne i hele Nord Pool området og betydeligt under priserne i kontinental Europa.

Tabel 2: Sammenligning af priser på spot-el i Norden og kontinental Europa

<i>DKK/MWh</i>	<i>2005</i>	<i>1. halvår 2006</i>	<i>2. halvår 2006</i>	<i>2005-2006</i>
Nord Pool området	229	342	383	296
EU 8	380	440	393	398
Vestdanmark	277	326	334	303

Kilde: DONG Energy Sungard, Global Insight, Argus, Nord Pool, EEX (Tyskland), AEX (Østrig), Powernext (Frankrig), APX (Holland).

1: Priserne i Nord Pool området er de gennemsnitlige priser for Østdanmark, Finland, Norge 1 og Sverige.

2. Priserne i EU 8 er de gennemsnitlige priser for Belgien, Frankrig, Holland, Italien, Spanien, Tyskland, United Kingdom og Østrig.”

6.7 DONG har som deres bilag 13 fremlagt Morgan Stanleys opgørelse af sammenlignelige udelandske handelsværdier. Det hedder heri bl.a.:

”... [fortroligt] ...”

6.8 Som bilag 14 har DONG fremlagt en rapport af 19. oktober 2007 fra KPMG. Det fremgår heraf:

”... [fortroligt] ...”

6.9 DONG har som bilag 15 fremlagt et internt notat af 12. september 2007 om Elsams ageren på markedet. Det hedder heri:

”... [fortroligt] ...”

7. Biintervenienterne har for ankenævnet fremlagt bl.a. følgende bilag:

7.1 Som bilag BI-B har biintervenienterne fremlagt en rapport af 23. marts 2005 (”The Power Fallacy, Når priser vildleder – fælles elpris, men forskellige elmarkeder”) fra Copenhagen Economics. Det hedder heri bl.a.:

”1 Sammenfatning

Som systemansvarlig virksomhed i Vestdanmark har Eltra ansvar for at overvåge om betingelserne for el-markedet i Vestdanmark er bedst mulige. Det betyder blandt andet at Eltra løbende overvåger markedet og vurderer om prisdannelsen er et resultat af virksom konkurrence eller om enkeltvirksomheder utilsigtet har mulighed for at hæve prisen.

Eltra har konstateret at prisdannelsen i perioder ikke har været som tilsigtet. Således har mønstret i markedet i mange perioder været at prisen i Vestdanmark var lig en meget høj nordisk pris selvom der var ledig produktionskapacitet i Vestdanmark. I disse perioder opstod der ikke flaskehalse på transmissionslinjerne nordpå. Derfor forblev Vestdanmark og Norge/Sverige en del af samme prisområde med en pris der var langt højere end den forventede pris i et selvstændigt vestdansk prisområde. Eltra har bedt Copenhagen Economics om hjælp til at vurdere om dette mønster er et naturligt forekommende fænomen på et konkurrenceudsat marked eller et udtryk for misbrug af dominerende stilling.

For at kunne besvare Eltras spørgsmål skal vi igennem en analyse i to dele. For det første skal vi afgrænse det relevante marked for produktion af el i Vestdanmark og afgøre om der er virksomheder på markedet der har en dominerende stilling. Denne rapport beskæftiger sig med dette spørgsmål. For det andet skal vi undersøge om eventuelle dominerende virksomheder har misbrugt den dominerende stilling, for eksempel ved at byde produktion ind på det nordiske el-marked til meget høje priser eller i meget små mængder. I en senere rapport vil vi analysere om Elsams adfærd i konkrete perioder kan være et udtryk for misbrug af dominerende stilling.

I et velfungerende marked vil man forvente at hvis efterspørgslen i Norge er meget høj i forhold til udbudet, så vil kraftværker i Vestdanmark (og Tyskland) sælge meget strøm til Norge. Det vil skabe en stor efterspørgsel efter transmissionskapacitet i nordgående retning. Forudsat at efterspørgslen i Norge og udbudet i Vestdanmark er tilstrækkeligt stort vil der opstå en flaskehals på forbindelsen fra Vestdanmark til Norge. I det tilfælde deler Nord Pool (den nordiske el-børs) markedet op i to prisområder med en høj pris i Norge og en lavere pris i Vestdanmark. På den måde kan børsen

reducere efterspørgslen og/eller øge udbuddet i Norge for og skabe ligevægt i markedet. Omvendt i Vestdanmark.

Men i mange perioder virker markedet tilsyneladende ikke på denne måde. Tværtimod ser det ud til at der netop i perioder med høje priser i Norge ikke opstår eksportflaskehalse på transmissionslinjerne nordpå. Derfor forbliver Vestdanmark og Norge ofte en del af det samme prisområde med en pris der svarer til den høje pris i Norge – som kan være langt højere end den pris som man ville forvente i et selvstændigt vstdansk prisområde. I andre situationer deler Nord Pool godt nok markedet, men prisen i Vestdanmark er fortsat meget høj.

Prisdannelsen i vinteren 2002/03. I halvdelen af tiden i vinteren 2002/03 lå den vstdanske pris langt over de højeste vstdanske produktionsomkostninger og var lig med eller tæt på en meget høj norsk pris. Vinteren var ekstraordinært tør hvorfor de norske priser var meget højere end normalt. [Note: Den gennemsnitlige norske pris var i vinteren 2002/03 418 kr. pr. MWh. I vintrene 2000/01, 2001/02, 2003/04 var priserne i gennemsnit mellem 160 og 230 kr. pr. MWh.] Vi vil derfor forvente at de langt lavere produktionsomkostninger i Vestdanmark ville bevirke at kablerne til Norge blev brugt så meget som muligt. Men det var ikke tilfældet – ofte opstod der ikke eksportflaskehalse mod Norge.

Men var den vstdanske prisdannelse i vinteren 2002/03 et udtryk for misbrug af dominerende stilling? Det afhænger som udgangspunkt af om Elsam er dominerende på det relevante marked. ... Hvis konkurrencemyndighederne afgrænser det relevante marked til Vestdanmark, vil Elsam være dominerende. Hvis man afgrænser markedet bredere, vil Elsam ikke være dominerende.

Praksis er at kun flaskehalse isolerer Vestdanmark. Konkurrencemyndighedernes praksis på det nordiske el-marked har generelt været at afgrænse små relevante markeder ved eksistensen af importflaskehalse og store i alle øvrige situationer. Karakteristisk ved timerne i vinteren 2002/03 var at der næsten aldrig var importflaskehalse – kun i mindre end 0,5 pct. af timerne i perioden november 2002 til marts 2003. Hvis man skal følge myndighedernes hidtidige praksis, ville man vurdere at Vestdanmark var en del af et større nordisk relevant marked i alle andre timer i perioden end den halve procent. På dette større relevante marked har Elsam en markedsandel på under 10 pct. og kan derfor hverken dominere eller misbruge en dominerende stilling – hvis vel og mærke det relevante marked er afgrænset korrekt.

I denne rapport viser vi at myndighedernes afgrænsning af det relevante marked på el-markedet har været mangelfuld. Vi viser at der i myndighedernes hidtidige praksis er risiko for at begå en "Power Fallacy" – en fejl der har stærke lighedspunkter med den (inden for konkurrenceretten) berømte "Cellophane Fallacy". The Power Fallacy og The Cellophane Fallacy har det til fælles at de fører til en for bred afgrænsning af det relevante marked i de tilfælde hvor markedet er koncentreret [Note: Et marked kan være koncentreret hvis en enkelt virksomhed dominerer markedet eller hvis en gruppe af virksomheder koordinerer deres adfærd og derfor kollektivt dominerer markedet].

Men Vestdanmark kan også være isoleret uden flaskehalse. Vi viser at det relevante marked i konkrete tilfælde skal afgrænses snævert til Vestdanmark – også selvom der er ledig importkapacitet på transmissionslinjer fra nabomarkederne. Det indebærer at Elsam i disse tilfælde har en dominerende stilling som potentielt kan misbruges. Hvis man afgrænser det relevante marked bredt i disse tilfælde, så begår man en Power Fallacy. Det skyldes at produktionsomkostningerne er så meget højere i de konkurrerende områder at producenterne her ikke er reelle konkurrenter til

Elsam og derfor ikke i disse perioder vil kunne forhindre Elsam i at handle (i væsentlig omfang) uafhængigt på det vstdanske marked.

Analysen kan overføres på forbindelsen til Tyskland. Vi fokuserer i denne rapport på spørgsmålet om Vestdanmark er en del af et større nordisk relevant marked og ikke på spørgsmålet om Vestdanmark er en del af det samme relevante marked som det tyske. Hidtil har Konkurrencemyndighederne afgrænset det vstdanske og det tyske marked som to

2 Myndighederne risikerer at undervurdere dominansen på markedet

Eltra har bedt os vurdere om den vstdanske prisdannelse er bestemt på et marked som fungerer eller om Elsam gennem misbrug af dominerende stilling kan påvirke prisdannelsen så de vstdanske priser bliver højere end ellers. Eltra har bla. fokus på prisdannelsen i vinteren 2002/03 hvor de vstdanske priser – tilsyneladende uden gode forklaringer – fulgte de meget høje nordiske priser op. Eltras forventning var at de vstdanske priser havde fulgt de tyske priser som var mere normale (lavere). Prisdannelsen i sommeren 2003 var også sær. Ifølge Eltra fulgte de vstdanske priser mod forventning de høje tyske priser op i stedet for de mere normale (og lavere) nordiske priser.

Vi vil i denne rapport fokusere på markedet i vinteren 2002/03, og vi vil fokusere på forbindelsen mellem det vstdanske og det nordiske marked. Det skyldes at Elsam i vinteren 2002/03 tilsyneladende ikke var dominerende hvis man skal følge de metoder konkurrencemyndighederne sædvanligvis bruger på el-markedet. De afgrænser nemlig normalt det vstdanske marked som en del af et større nordisk marked når der er ledig importkapacitet på forbindelserne mellem Norden og Vestdanmark. Og det var der for det meste i vinteren 2002/03. Kun i 16 ud af 3.624 timer (under 0,5 pct.) i perioden fra november 2002 til marts 2003 var der importflaskehalse på begge forbindelser fra Norden til Vestdanmark. [Note: I disse timer var den vstdanske pris meget høj; i gennemsnit 492 kr. pr. MWH. Den norske var 371 kr. Det var i en af disse 16 timer at den allerhøjest pris i perioden blev sat – 1.189kr. i time 19-20 den 19. februar 2003].

Konkurrencemyndighederne risikerer imidlertid at begå en Power Fallacy ved kun at fokusere på importflaskehalse – en fejl som kan betyde at myndighederne afgrænser markedet for bredt og derved fejlvurderer Elsams reelle stilling på markedet. På et samlet nordisk marked er Elsam nemlig en lille producent mens Elsam er langt den største producent i Vestdanmark..

I sommeren 2003 var der derimod ofte importflaskehalse fra Norden og det vstdanske marked var isoleret fra det nordiske. Konkurrencen kunne kun komme fra Tyskland. Men konkurrencemyndighedernes praksis har hidtil været at afgrænse det vstdanske marked som et andet relevant marked end det tyske – uanset at der var ledig importkapacitet fra Tyskland. [Note: Se følgende sager i Bilag 2: VEBNVIAG, E.on/Sydkraft, Elsam-Energi E2 og Elsam/Nesa]. Det vil sige at tyske producenter (ifølge konkurrencemyndighederne) ikke udgjorde reelle konkurrenter til Elsam i Vestdanmark. Derfor var der ikke risiko for at konkurrence- myndighederne afgrænsede markedet for bredt mod syd. Men hvis myndighederne på et tidspunkt vurderer at det vstdanske marked tilhører det samme relevante marked som det tyske, vil de konklusioner som vi drager i denne rapport umiddelbart kunne overføres til en vurdering af forbindelsen mellem det vstdanske og det tyske marked. Ifølge Eltra tyder aktuelle data for aktørernes udnyttelse af handelskapaciteten på forbindelsen mellem Vestdanmark og Tyskland at markederne nu (i modsætning til i 2002 og 2003) er integreret på samme vilkår som Vestdanmark er integreret med Norge og Sverige.

En virksomhed skal have en dominerende stilling for at kunne misbruge den. Normalt betragter konkurrencemyndighederne virksomheder med markedsandele på over 40 pct. som dominerende. Før man kan beregne markedsandele, skal man afgrænse det relevante marked. Kun hvis det relevante marked kan afgrænses til Vestdanmark alene, vil Elsam være dominerende. Denne rapport omhandler denne del af analysen. Selve Elsans adfærd, og om der er tale om misbrug, vil vi analysere i en senere rapport.

Vi har disponeret dette kapitel så vi først præsenterer analysen bag The Power Fallacy og relationen til The Cellophane Fallacy. De to fejl er nært beslægtede – både den ene og den anden ”fallacy” gør at man risikerer at afgrænse relevante markeder for bredt. Derefter analyserer vi to afgørende forudsætning for at man kan afgrænse markeder som vi gør her. For det første skal timemarkedet være det korrekte udgangspunkt for markedsafgrænsningen. For det andet skal en virksomhed (som konsekvens af timemarkedet) kunne være dominerende i kortere perioder.

2.1 The Power Fallacy— Markedsafgrænsninger uden importflaskehalse

Det er generelt anerkendt af konkurrencemyndigheder i USA, EU og Norden at importflaskehalse i transmissionsnettet kan opdele ellers sammenhængende markeder i flere adskilte relevante markeder (se Bilag 2). I dette afsnit viser vi at markeder kan være adskilte også uden importflaskehalse. Vi viser at hvis konkurrencemyndighederne anvender SSNIP testen [Note: SSNIP står for Small, but Significant Non-transitory Increase in Prices. SSNIP-testen er den test som myndighedene traditionelt anvender når de afgrænset relevante markeder. Testen er beskrevet i Bilag 3 – Myndighedernes metode til at afgrænse relevante markeder] ukritisk i situationer uden importflaskehalse, risikerer de at begå en fejl – en Power Fallacy.

The Power Fallacy

Hvis produktionsomkostningerne på to markeder er meget forskellige, vil det være forkert at afgrænse et fælles relevant marked uanset at områderne har identiske priser. Hvis det ene marked i udgangspunktet er meget koncentreret kan en markedsafgrænsning på baggrund af observerede priser føre til en for bred markedsafgrænsning og en Power Fallacy. I det vestdanske tilfælde er risikoen for at begå en Power Fallacy særligt stor i situationer hvor vandværdien i de norske vandkraftværker er meget høj og hvor der ikke opstår eksportflaskehalse fra Vestdanmark til Norge. I sådanne situationer vil de vestdanske og norske priser være nøjagtigt ens. Hvis der var virksom konkurrence i Vestdanmark, ville man derimod forvente at der opstod flaskehalse og dermed forskellige priser.

The Power Fallacy har stærke paralleller til det anerkendte juridiske begreb The Cellophane Fallacy som stammer fra en sag i det amerikanske retssystem i 1950’erne. [Note: United States v. El. du Pont de Nemours & Co., 351 US. 377, 391-92, 1956]. Sagen handlede om virksomheden Du Ponts adfærd på markedet. I sagen skulle domstolen tage stilling til om cellofan udgjorde sit eget relevante marked eller om det var en del af et større relevant marked sammen med andre indpakningsmaterialer. Afgrænsningen af det relevante marked var afgørende for sagens udfald, da Du Pont havde en klar dominerende stilling på det snævre marked (cellofan), men havde lige så klart en ikke-dominerende stilling på det bredere marked (fleksible indpakningsmaterialer). Det er bredt anerkendt at domstolen begik en fejl og afgrænsede markedet for bredt. Sagen er beskrevet yderligere i boks 1.

Boks 1: The Cellophane Fallacy

1956 begik the Supreme Court i USA en fejl i forbindelse med markedsafgrænsningen i en konkurrencesag (United States v. El. du Pont de Nemours & Co., 351 US. 377, 391-92 1956). Retten afgrænsede — ved at anvende de rigtige metoder forkert — det relevante marked for bredt.

Sagen drejede sig om virksomheden du Ponts adfærd på markedet for cellofan. Retten annullerede en afgørelse fra konkurrencemyndigheden som afgrænsede det relevante marked snævert til cellofan alene. Retten valgte i stedet at afgrænse markedet bredere til markedet for "flexible wrapping materials".

Retten undersøgte krydspriselasticiteten mellem cellofan og de andre materialer og fandt at den var høj. På den baggrund konkluderede retten at cellofan var en del af et bredere relevant marked. Retten argumenterede for at fordi krydspriselasticiteten var høj, så ville en hypotetisk monopolist ikke kunne hæve prisen på cellofan med 5-10 pct. uden at miste så væsentlige markedsandele at prisstigningen ikke ville være rentabel. Denne argumentation var (og er) imidlertid fejlagtig og er i dag kendt under navnet Cellophane Fallacy. Det er enkelt at se hvorfor.

Lad os starte med at antage at cellofan ikke har væsentlige konkurrenter og derfor rent faktisk udgør sit eget relevante marked. Lad os endvidere antage at der er flere producenter af cellofan og at prisdannelsen på markedet for cellofan er underlagt virksom konkurrence. Hvis man i denne situation gennemfører en SSNIP-test, vil man finde en lille krydspriselasticitet og derfor korrekt konkludere at cellofan udgør sit eget relevante marked.

Nu var markedet for cellofan imidlertid stærkt koncentreret og den dominerende producent, Du Pont, bestemte reelt prisen på cellofan. I den situation var det rationelt for Du Pont at hæve prisen over et kompetitivt udgangspunkt netop fordi kunderne havde begrænsede substitutionsmuligheder — de andre materialer kunne kun i ringe grad erstatte cellofan. Dermed steg krydspriselasticiteten langsomt, men sikkert, fordi flere og flere kunder (normalt) vil falde fra når prisen stiger. Faktisk var det rationelt for Du Pont at hæve prisen netop så meget at hvis prisen steg yderligere, så ville den sidste prisstigning ikke være rentabel. Med andre ord ville Du Pont vælge at øge prisen lige til det niveau, hvor SSNIP-testen (fejlagtig) ville forkaste et snævert relevant marked. SSNIP-testen er derfor følsom overfor koncentrationen på det relevante marked man undersøger — jo større koncentrationen på markedet er, jo bredere bliver markedet afgrænset, og jo mindre koncentration vil man kunne observere.

Det er afgørende at SSNIP-testen gennemføres med udgangspunkt i de priser som ville have været gældende hvis konkurrencen havde været virksom. Såvel the cellofan fallacy som the power fallacy skyldes at man i afgrænsningen af det relevante marked tager udgangspunkt i de observerede priser og ikke i de priser som ville have været gældende hvis konkurrencen havde fungeret.

Det er generelt anerkendt at domstolen begik en fejl fordi markedet for cellofan var meget koncentreret. Du Pont havde i vid udstrækning mulighed for selv at sætte prisen som en monopolist, og satte prisen så yderligere stigninger nødvendigvis ville få mange forbrugere til at skifte til andre produkter. Dermed førte en naiv anvendelse af SSNIP-testen til en forkert beslutning, se fx Pitofsky

(1990) eller Sabbatini (2001).

EU-Kommissionen anerkender også at udgangspunktet for SSNIP-testen ikke nødvendigvis er faktiske priser på markedet hvis markedet ikke er underlagt tilstrækkelig konkurrence. Det korrekte udgangspunkt for SSNIP-testen er i sådanne tilfælde en lavere pris end den faktisk, observerede pris:

”Generally [...] the price to take into account will be the prevailing market price. This might not be the case where the prevailing price has been determined in the absence of sufficient competition. In particular for investigation of abuses of dominant positions, the fact that the prevailing price might already have been substantially increased will be taken into account” (EU-Kommissionen. 1997, side 4

Lad os starte med at antage at el produceret i Vestdanmark ikke har væsentlige konkurrenter og derfor rent faktisk udgør sit eget relevante marked. Det kan for eksempel være i en situation hvor der er vandmangel i Norge, således at de marginale produktionsomkostninger for den hydro-baserede norske el-produktion er meget højere end de marginale produktionsomkostninger i den termisk baserede for dansk produceret el.

Lad os endvidere antage at der er flere producenter af el i Vestdanmark således at markedet er underlagt en virksom konkurrence. Producenterne ville derfor producere al den el de kunne til hjemmemarkedet og til eksport til Norge. Der ville danne sig en eksportflaskehals på transmissionsforbindelsen til Norge, Vestdanmark ville blive afsnøret som et selvstændigt prisområde, og der ville danne sig en pris i nærheden af de danske marginale produktionsomkostninger som i dette tilfælde vil være betydeligt lavere end den norske pris. [Note: Medmindre produktionskapaciteten i Vestdanmark plus importen fra Tyskland ikke er tilstrækkeligt stor til at dække den vstdanske efterspørgsel og efterspørgslen efter eksport]

Hvis man i denne situation gennemfører en SSNIP-test, ville man finde at en hypotetisk monopolist kunne hæve prisen med 5-10 pct. uden at det ville føre til øget import af norsk produceret el. Der er el-knaphed i Norge, og prisen på det norske marked er langt over prisen på det vstdanske marked, Det er derfor ikke rentabelt at sende el til Danmark — heller ikke med en prisforhøjelse på 5-10 pct. Derfor udgør Vestdanmark sit eget relevante marked. Hvis man undersøgte priskorrelationen mellem Norge og Vestdanmark, ville man sandsynligvis også finde en lav korrelation der ville bekræfte konklusionen.

Nu er markedet for el i Vestdanmark imidlertid stærkt koncentreret og den dominerende producent, Elsam, bestemmer reelt udbuddet af el i Vestdanmark. I den situation er det rationelt for Elsam at reducere udbuddet og dermed hæve prisen fordi kunderne har begrænsede substitutionsmuligheder. Faktisk er det rationelt for Elsam at reducere udbuddet netop så meget at hvis prisen stiger yderligere, så ville denne sidste prisstigning ikke være rentabel. Med andre ord vil Elsam vælge at reducere udbuddet lige til det niveau hvor der ikke danner sig en flaskehals på

transmissionsforbindelsen til Norge. Dermed vil prisen i Vestdanmark og Norge blive præcis den samme.

I denne situation vil SSNIP-testen — fejlagtigt — forkaste at Vestdanmark udgør sit eget relevante marked, hvis den foretages på de faktiske priser i markedet. Årsagen er at Elsam ikke vil kunne hæve prisen uden at der strømmer import til Vestdanmark og med stor sandsynlighed gøre prisforhøjelsen uprofitabel. Norsk produceret el ville blive en substitut for el produceret i Vestdanmark. En korrelationsanalyse ville ligeledes vise en perfekt korrelation mellem priserne

i Norge og Vestdanmark og kunne derfor — fejlagtigt — bruges til at argumentere for sammenhængende markeder.

SSNIP-testen er derfor også på el-markedet følsom overfor koncentrationen på det relevante marked man undersøger. Faktisk kan SSNIP-testens følsomhed overfor koncentration på det relevante marked være ekstra stor på det vstdanske (nordiske) el-marked.

Den måde det nordiske el-marked er indrettet på bevirker nemlig at Elsams incitament til at reducere udbuddet er ekstra store. Markedsdesignet indebærer at Elsam i en situation med flaskehalse afregner hele sit salg til Nord Pool, herunder eksport, til den lave vstdanske pris, men så snart flaskehalsen forsvinder, afregner Elsam hele sit salg til den meget højere norske pris. Der opstår derfor et potentielt meget stort spring i Elsams indtjening i det øjeblik udbuddet reduceres så meget at der netop ikke danner sig en flaskehals på transmissionsforbindelsen til Norge.”

8. DONG Energys argumentation.

8.1 DONG's grundlæggende synspunkt er, at selskabets priser ikke har været urimelige, og at Konkurrencerådet ikke har tilvejebragt det fornødne grundlag for at konstatere misbrug af dominerende stilling i form af urimeligt høje priser i strid med artikel 82 og konkurrencelovens § 11.

Konkurrencerådet har ikke forholdt sig til Konkurrenceankenævnets kendelse i Elsam II-sagen. Konkurrencerådet indfører de facto det prispåbud, som Konkurrenceankenævnet ophævede ved kendelsen i Elsam II-sagen.

Denne sag (Elsam III-sagen) adskiller sig fra Elsam II-sagen på en række afgørende punkter - vel at mærke punkter, der har stor betydning for sagens vurdering, og som indebærer, at sagen skal vurderes på sine egne præmisser.

For det første fandt Konkurrenceankenævnet som bekendt i Elsam II-sagen, at Elsam kun ”i et vist omfang” havde haft mulighed for at styre prisdannelsen og kun ”i et vist omfang” havde misbrugt sin dominerende stilling. I ”et vist omfang” må betyde et mindre antal timer, end Konkurrencerådets model førte til i Elsam II-sagen. Da Konkurrencerådet imidlertid anvender den præcis samme misbrugstest - baseret på N1 og N2 - har rådet forsømt at iagttage ankenævnets kendelse for så vidt angår udsagnet ”i et vist omfang”.

For det andet er der i andet halvår 2006 meget væsentlige faktuelle forskelle mellem Elsam II- og Elsam III-sagerne. Elsam har løbende gennem perioden 2005 og 2006 frasolgt kraftværkskapacitet svarende til i alt 50 % af Elsams tidligere kapacitet. Som led i dette frasalg trådte Vattenfall,

Nordens største energikoncern, ind på det danske marked pr. 1. juli 2006. Vattenfall overtog Fynsværket og Nordjyllandsværket - sidstnævnte er et af de mest moderne centrale kraftvarmeværker i Vestdanmark. Dette indebærer, at Elsams markedsandel i andet halvår af 2006 alene er [...], og alligevel - på trods af denne lave markedsandel - har rådet lagt til grund i afgørelsen, at Elsam er dominerende.

Måske ved Konkurrencerådet godt, at det er problematisk at statuere dominans for Elsam i andet halvår af 2006, fordi rådet som bilag M har fremlagt en såkaldt pivotanalyse for ankenævnet. Rådet efterlader umiddelbart det indtryk, at pivotanalysen støtter en antagelse om, at Elsam kunne være såkaldt residualmonopolist - d.v.s. at Elsams produktion ikke kan undværes i visse perioder. Når man imidlertid går analysen efter viser det sig, at analysen er lavet med data - ikke for andet halvår 2006 - men for hele den to-årige periode 2005 og 2006.

Laver man rådets egen analyse med data fra den relevante periode, så bekræfter analysen – med rådets egne tal og grænseværdi – at Elsam ikke kan være dominerende.

Det ville da også stride imod enhver formodning, hvis Elsam skulle være dominerende med en markedsandel på blot [...]. På samtlige dage i andet halvår af 2006 kan det samlede forbrug i Vestdanmark dækkes uden Elsams termiske værker. Elsam er ikke residualmonopolist i andet halvår af 2006. Rådet har således ikke løftet sin bevisbyrde for dominans.

For det tredje er der i forhold til Elsam II-sagen en ændring i egenkapitalforrentningen, der indgår som et centralt element af misbrugstest A.

Da Konkurrencerådet traf sin afgørelse den 20. juni 2007 var afgørelsen baseret på oplysninger om den gennemsnitlige indtjening i danske industrivirksomheder i 2001 til 2003 - præcis som i Elsam II-sagen. Vi har gjort gældende, at dette var et forældet datagrundlag, og Konkurrencestyrelsen har så – på rådets vegne naturligvis og gennem sin advokat – erklæret sig enig i, at datagrundlaget for egenkapitalforrentningen skulle opdateres. De nye tal fra Danmarks Statistik, som er fra 2003 til 2005, viser en gennemsnitlig forrentning for dansk industri generelt på 22 %. Det tilsvarende tal i Elsam II-afgørelsen var 10 %. Problemet herved er, at Konkurrencestyrelsen derved har underkendt og ændret rådets grundlag for den indankede afgørelse. Den indankede rådsafgørelse identificerede 1.484 kritiske timer, medens de 22 % fører til blot 95 kritiske timer.

Dette forhold må i sig selv føre til, at afgørelsen ophæves eller i det mindste ophæves og hjemvises til fornyet behandling. Rådets skal have mulighed for at vurdere betydningen af, at man ser på et markant lavere antal kritiske timer end 1.484 som grundlag for at statuere, at der findes en strategi, som udgør misbrug.

95 timer ud af en periode på to år vil under alle omstændigheder være for få timer til, at det kan udgøre misbrug. Det vil aldrig kunne være udtryk for en ”strategi” eller have den karakter eller det omfang, som må kræves efter artikel 82. Men det har rådet ikke fået mulighed for at tage stilling til.

For det fjerde bemærkes, at ”den gennemsnitlige forrentning for dansk industri generelt” ikke udregnes som et gennemsnit, men efter en konstrueret beregningsmetode. Beregningsmetoden ses ikke anvendt hverken i Elsam II-sagen eller tidligere i Elsam III-sagen ved rådets afgørelse af 20. juni 2007.

I den forbindelse kan henvises til rådsafgørelsens punkt 465 og 466, hvor det fremgår, at det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at misbrugstesten af forsigtighedshensyn skal tillade Elsam en fortjeneste, der sikrer selskabet en egenkapitalforrentning svarende til "gennemsnittet af egenkapitalforrentningen i dansk industri generelt".

Imidlertid siger Konkurrencestyrelsen under den skriftlige forberedelse af ankesagen her, at der skal foretages en efterberegning af gennemsnittet. Det er igen ikke rådet, idet denne sag jo ikke har været drøftet i det kollegiale organ, Konkurrencerådet, siden 20. juni 2007.

I efterberegningen er tre elementer indgået.

For det første ses ikke længere på dansk industri generelt, men kun på visse brancher, idet bagervirksomhed - som har en høj forrentningsgrad - tages ud uden at styrelsen har forklaret, hvorfor de ikke er en del af dansk industri generelt. Ændringen synes alene at have til formål at reducere forrentningsgraden.

For det andet frasorteres man for såkaldte "ekstreme observationer" eller - altså andre ekstreme observationer end bagervirksomhed. Selv om man frasorterer både nogle høje og også nogle få lave, er resultatet igen en reduktion af forrentningsgraden.

Endelig for det tredje gang man - den således nu allerede reducerede egenkapitalforrentning - med en såkaldt "beta-værdi", som er mindre en 1. Dette er for at afspejle, at en elproducent bør have en lavere forrentning end "dansk industri generelt" - selv efter frasortering af bagervirksomhed og andre ekstreme observationer.

Gør man dette, bliver de 22 % reduceret til 14 %, og antallet af kritiske timer stiger fra 95 til 784.

Den af Konkurrencerådet anvendte forrentningsgrad er i øvrigt mangelbehæftet af følgende grunde:

For det første svarer den anvendte forrentningsgrad på 10 % til den gennemsnitlige forrentningsgrad for dansk industri efter skat på trods af, at rådet i sin afgørelse anfører, at der ved beregningen af Elsams normalfortjeneste er anvendt og skal anvendes den højere forrentningsgrad før skat. Korrigeres der for denne fejl og anvendes forrentningsgraden før skat på 16,8 % for perioden 2001-2003, reduceres antallet af misbrugstimer med 82 % til 267 timer i forhold til den indankede afgørelse.

For det andet er den anvendte forrentningsgrad uden grund baseret på den gennemsnitlige egenkapitalforrentning i perioden 2001-2003, hvor konjunktoren var lavere, og således ikke opdateret til det højere 2005-niveau. Elsam tillades således ikke en egenkapitalforrentning i overensstemmelse med den almindelige konjunkturudvikling til trods for, at der foreligger 2005-tal. Korrigeres der for denne fejl, og opdateres forrentningsgraden til 2005-niveau på 19,3, reduceres antallet af misbrugstimer med 91 % til 134 timer i forhold til den indankede afgørelse.

For det tredje er opgørelsesgrundlaget for forrentningsgraden anvendt i strid med EU-praksis, da det ikke relaterer sig til elproduktionsbranchen og således ikke giver et retvisende billede af, hvad der er en rimelig egenkapitalforrentning for Elsams elproduktionsvirksomhed.

Afgørelsen bør på denne baggrund ophæves med henvisning til, dels at det faktuelle grundlag for den trufne afgørelse, var forkert, jf. den markante forskel mellem bilag A og bilag F, dels at der til skade for DONG er ændret beregningsmetode fra bilag A til bilag F uden saglig grund.

At reducere egenkapitalforrentningen er en bebyrdende forvaltningsakt, som Konkurrencestyrelsen ikke er den rette myndighed til at træffe. Kun Konkurrencerådet ville kunne træffe denne beslutning. Også dette forhold skal i sig selv føre til ophævelse.

Tværtimod må medlemmerne af Konkurrencerådet sidde med den opfattelse, at de - som i Elsam II-sagen - af forsigtighedshensyn vedtog at tillade en forrentning, der svarer til dansk industri generelt. Det er i hvert fald det, som rådet har vedtaget med sin afgørelse.

Elsam har tidligere under både Elsam II og III modtaget de bagvedliggende regneark, der tilsammen udgør rådets misbrugstest A. Det kan ikke ud fra disse regneark konstateres, at rådet tidligere skulle have frasorteret ekstreme observationer eller ganget med beta-værdier. Regnearkene med de nye bagvedliggende beregninger fra Elsam II- og Elsam III-afgørelserne er ikke modtaget og Konkurrencestyrelsen har nu oplyst, at beregningerne er bortkommet.

Det har heller ikke været muligt at få en saglig begrundelse for, at der skal frasorteres for ekstreme observationer og ganges med beta-værdier, når nu der står det modsatte i rådsafgørelsen.

Det udgør en væsentlig overtrædelse af forvaltningsloven, hvis forrentningsgraden er efterberegnet, så antallet af kritiske timer stiger fra 95 til 784 uden at Elsam har haft mulighed for at udtale sig om beregningen. Det gælder naturligvis både i Elsam II- og Elsam III-sagerne.

Mindst lige så alvorligt er det, hvis forrentningsgraden er reduceret i rådsafgørelsen uden at rådet har været vidende om det. Rådet siger jo i hvert fald eksplicit, at rådet ikke ønsker at reducere forrentningsgraden. Igen er dette et forhold, der i sig selv bør føre til en ophævelse af afgørelsen.

8.2 DONG har desuden anført, at rådet ikke har løftet sin bevisbyrde for dominans.

Ved afgrænsningen af det geografiske marked negligerer Konkurrencerådet Vestdanmarks integration med et eller flere af de omkringliggende områder. Det er også forkert at frasortere produktionen fra decentrale værker, vindmøller og virtuelle auktioner. Pivot-analyser viser undværeligheden af Elsams produktion.

Rådet har beregnet Elsams markedsandel i 2. halvår 2006 til [...]. Faldet i markedsandelen skyldes de strukturelle ændringer på markedet, hvor Vattenfall pr. 1. juli 2006 overtog betydelig kraftværkskapacitet fra Elsam. Der er således i henhold til praksis en formodning imod dominans i 2. halvår 2006.

På trods af den lave markedsandel har rådet konkluderet, at Elsam er dominerende.

Elsam har på denne baggrund fået udarbejdet en pivot-analyse, der beregner Elsams uundværlighed på markedet og dermed kan bruges som indikator for, om Elsam har en sådan markedsstyrke, som det påstås af rådet. Pivot-analysen, der blev forelagt rådet i høringsfasen, og som er dokumenteret i bilag 4, viser, at Elsams produktion helt kan undværes i 2. halvår 2006, og at Elsam dermed ikke har markedsstyrke.

Pivot-analysen og den lave markedsandel viser, at Elsam ikke er dominerende i 2. halvår 2006.

Rådet har under anken af Elsam III-afgørelsen foretaget nye beregninger af Elsams uundværlighed i overensstemmelse med principperne anvendt af London Economics i undersøgelsen for Europa-Kommissionen. London Economics fastsætter i den forbindelse en grænseværdi på 20 % for at vurdere, om en aktør er uundværlig og derved dominerende.

Elsam er ikke enig i rådets nye beregninger, men selv hvis de lægges til grund, kan det konstateres, at grænseværdien for Elsam i 2. halvår af 2006 ligger på 10 % og dermed langt under grænseværdien på 20 % (bilag M). Rådets egne beregninger støtter dermed, at Elsam ikke er dominerende i 2. halvår 2006. Når rådet kommet frem til en højere procent ved sine egne beregninger, skyldes det, at rådet udregner procenten i gennemsnit over hele perioden 2005-2006 til trods for, at man godt ved, at der sker markante ændringer i 2. halvår 2006. Der er således ikke basis for rådets dominansvurdering.

I øvrigt bemærkes, at Elsam har anmodet rådet om dokumentation for beregningerne i bilag M, men har ikke kunnet få fyldestgørende oplysninger udleveret af rådet.

8.3 DONG har vedrørende tilsagnsaftalen bl.a. anført, at denne blev indgået for at undgå, at prisdannelsen i Vestdanmark kunne resultere i urimeligt høje priser.

Tilsagnsaftalen var markedskonform og rigtig i forhold til Konkurrencelovens § 11, da den sikrede, at priserne i Vestdanmark, når der var flaskehalse på udlandsforbindelserne, ikke blev højere end det forbrugerne i Sverige, Norge og Tyskland betaler for den samme vare.

Aftalen var overholdt, hvis Elsam samlet set over kvartalet lå under højeste naboopråde. Da Elsam ikke med nogen rimelig grad af sikkerhed kan forudsige markedet, tog aftalen således højde for, at der kunne foreligge enkelt dage/timer, hvor der blev meldt ind til over nabopriserne, uden at aftalen dermed var overtrådt.

Det er efter Elsams opfattelse ubestridt, at tilsagnsaftalen ikke har været overtrådt i den undersøgte periode. Rådet har heller ikke i sin misbrugsvurdering forholdt sig til, at tilsagnsaftalen i det mindste var "medbestemmende" for Elsams indmeldinger til Nord Pool, jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 14. november 2006.

Elsam har indrettet sig i tillid til, at en indmeldingspolitik i overensstemmelse med en tilsagnsaftale indgået med Konkurrencerådet efter grundige analyser af markedet og som samtidig har været behandlet af Konkurrenceankenævnet og Vestre Landsret, var til hinder for, at der kunne statueres misbrug, når dette var baggrunden for aftaleindgåelsen.

8.4 DONG har videre anført, at misbrugstest A grundlæggende er metodisk forkert, idet gennemsnitsomkostninger sammenholdes med pris i enkelttimer.

Parterne er enige om, at United Brands-afgørelsen, er den ledende dom om urimeligt høje priser. Det centrale i United Brands i denne henseende er afgørelsens afsnit 251 og 252, hvoraf fremgår, at der skal være to selvstændige tests. Efter testens første led skal der foretages en vurdering af om prisen er "excessive". Det gøres ved en vurdering af salgsprisen. Det kan gøres objektivt, siger Domstolen, ved at sammenligne salgsprisen med produktionsomkostningerne. Ved testens andet led

undersøges – og det er en ufravigelig betingelse – om prisen også er urimelig. Det er her, at myndigheden eller domstolen skal anskue sagen lidt fra oven eller i kontekst for at vurdere, om den høje pris har et sådant skær af urimelighed over sig, at det udgør misbrug.

Det er de to tests i United Brands, som rådet skal tilvejebringe et grundlag for, før man kan konkludere, at begge tests er opfyldt.

Rådet har anvendt en model – misbrugstest A – der ikke tidligere er anvendt af nogen konkurrencemyndighed og som i betydeligt omfang indeholder parametre, hvor man har prøvet sig frem i Elsam II-sagen. Det er dermed i virkeligheden her i Elsam III-sagen, hvor modellen udsættes for et helt nyt datasæt, at modellen skal stå sin store prøve.

Rådets test baserer sig på en gennemsnitsberegning af Elsams omkostninger: rådet tager dels en række variable omkostninger, dels en række faste omkostninger, og dette omregnes så til gennemsnitlige totale omkostninger. Misbrugstest A sammenligner så de beregnede gennemsnitlige omkostninger pr. time med elpriserne i enkelttimer. Det er ganske enkelt usammenlignelige størrelser.

Elmarkeder fungerer i enkelttimer, og en sammenligning med gennemsnitspriser giver derfor store fejlkilder. Hvis man f.eks. tager udgangspunkt i egenkapitalforrentningen, da indebærer et gennemsnitligt loft på 22 % overført til enkelttimer, at prisen er i orden i alle de timer, hvor forrentningen er 10, 15 eller 20 %. Derimod foreligger der i rådets model misbrug, hvis forrentningen i en enkelttime er 25%. Hvis gennemsnittet således er et loft, så kan Elsam ikke opnå det tilladelige gennemsnit på 22 %, hvis man aldrig må gå over gennemsnittet.

Dette er vel at mærke ikke noget, som prisvariationstillægget yder nogen form for kompensation for. Det er en modelfejl at overføre et gennemsnit til enkelttimer, hvor det lovlige gennemsnit kommer til at udgøre et loft. Hvis ingen enkelttime må gå over gennemsnittet, vil den realiserede pris afspejle et væsentligt lavere gennemsnit end 22 %.

Dette skal sammenholdes med hvordan en elproduktionsvirksomhed, som Elsam, fungerer. Elsam har forskellige værker med forskellige produktionsomkostninger. Fra time til time og fra dag til dag - året rundt - svinger priserne og omkostningerne. Strøm kan ikke lagres og efterspørgslen på kort sigt, er dels helt uelastisk og dels utrolig svingende fra stort set 0 i en sen nattetime til peak i en morgentime. Derfor har man en time med produktion på billig kapacitet og øjeblikket efter på meget dyr kapacitet. De reelle marginale omkostninger for de operationelle værker svinger derfor også. Dette er realiteten for den vagthavende ingeniør i Skærbæk, der hver dag på baggrund af de konkrete forhold skal tilrettelægge næste døgns produktion. Den vagthavende skal beslutte, hvilke blokke der skal producere næste dag og hvor meget. I praksis gøres dette ved at bestemme, i hvilken rækkefølge og med hvilken kapacitet de enkelte værker skal sættes ind. Man ”stakker” værkerne, fordi størrelsen af Elsams samlede produktion i hver enkelt time afhænger af Nord Pools markedspris. Det samme er tilfældet for andre el-producenter, der hver dag byder på og leverer til Nord Pool. Så længe Elsam konsistent byder ind til sine marginale omkostninger, så kan det ikke gøres bedre. Det er præcis den adfærd, som karakteriserer et perfekt konkurrencemarked.

Ingeniøren i Elsams kontrolrum laver hver dag 24 såkaldte trappekurver - en for hver time i det efterfølgende døgn. Trappekurverne meldes ind til Nord Pool, og det samme gør de andre 100 el-producenter. Nord Pool laver så en aggregeret udbudskurve, og afgør så på basis af efterspørgslen,

hvad pris og produktion skal være - time for time. Gennemsnitsomkostningerne i Konkurrencerådets Misbrugstest A afspejler ikke trappekurvens virkelighed.

Værre endnu, ingeniøren i kontrolrummet har ingen chance for at forudse, hvad den lovlige pris efter misbrugstest A vil være. I giver fald skulle han kunne forudse regnskabstal, som først foreligger i marts måned året efter og forrentningsgrader, som først foreligger fra Danmarks Statistik 1½ efter årets udgang.

Dette betyder, at Elsams ingeniører aldrig vil kunne vide sig sikker efter rådets model. Elsam ved således ikke, om de er kørt over for rødt før længe efter, at det er for sent at gøre holdt. Derimod kender ingeniøren jo de marginale omkostninger, som han kan agere efter.

Misbrugstest A er utrolig følsom over for en mængde faktorer og modellen kan højst udgøre en indikation af timer, hvor det kunne være relevant at undersøge forholdene nærmere.

Kommissionen har udlagt United Brands krav om to selvstændige tests i sagen Scandlines mod Helsingborg Havn.

Konkurrencestyrelsen har kun én test, og det er misbrugstest A. Afgørelsen angiver at indeholde hele 6 andre tests - helt op til Misbrugstest G - men realiteten er, at ingen af disse tests har noget selvstændigt indhold, og ingen af dem reducerer de 784 kritiske timer med så meget som 1 time - ikke engang nogen af de 62 timer, hvor der er budt ind til 0 kr. bliver opfanget.

Ser man i afgørelsen, hvad indholdet er af den væsentligste af disse øvrige tests, Misbrugstest B, så står der i afsnit 411, at *"denne test undersøger, om prisen i de kritiske timer i sig selv er urimelig. Dette gøres ved at beregne gennemsnits priser for hhv. kritiske og ikke-kritiske timer over analyseperioden. Testen viser, at der har været tale om urimelige priser."*

Konkurrencerådet tager altså gennemsnittet af nogle timer med høje priser og konstaterer, at det er højere end gennemsnittet af de øvrige timer. Derimod ser rådet ikke engang på de enkelte timer.

Hvis rådet skulle have foretaget en reel fairness vurdering, ville der blandt de 784 kritiske timer være sket en frasortering af 62 timer, hvor Elsam havde et bud på 0 kr. for den faktisk solgte mængde.

Rådet kunne videre have sammenlignet priserne i Vestdanmark med nabopriserne. Rådet afviser imidlertid at lave denne sammenligning. I afsnit 412 anføres, at det ville være "misvisende i denne sammenhæng, da de produkter, der kommer tættest på at være konkurrerende produkter, er udbud af elektricitet fra producenterne i Norge og Sverige". Rådet har videre anført, at "sammenligning med disse priser lider af "the Cellophane Fallacy".

The Cellophane Fallacy er et velkendt fænomen ved fastlæggelsen af det relevante marked, men giver ingen mening som begrundelse for ikke at kunne sammenligne priser.

Rådet synes ikke opmærksomt på, at der ikke var flaskehalse i 210 timer ud af de 784 kritiske timer. Altså i næsten en tredjedel af de kritiske timer var der ledig kapacitet imod enten Norge eller Sverige eller begge lande. Rådets argumentation er kun meningsfyldt, hvis rådet mener, at Elsam med sin meget begrænsede markedsandel på nordisk plan skulle kunne styre priserne i nabolandene.

Der er intet grundlag for at undlade en sammenligning med priserne i for eksempel Norge og Sverige og – for den sags skyld – Tyskland. Hvis det endelig var, kunne rådet have sammenlignet med priserne andre steder i EU.

Som en anden oplagt ting kunne rådet have set på Elsam's egenkapitalforrentning og sammenlignet den med konkurrenternes.

Det skal understreges, at misbrug i form af excessive pricing kun kan statuere, såfremt der foreligger forholdsvis robuste afvigelser – noget der reelt er udtryk for en strategi.

8.5 DONG har videre anført, at Elsam's indmeldelsespolitik i 2. halvår af 2006 udelukkende har været marginalomkostningsbestemt.

Elsam har efter Konkurrencestyrelsen opsagde tilsagnsaftalen ændret indmeldingspolitik og således i 2. halvår 2006 udbudt sin produktion alene til de kortsigtede marginale produktionsomkostninger, som bekræftet af KPMG-notatet (bilag 14). Dette er en mere konservativ indmeldingspolitik end den fremgangsmåde, som var foreskrevet i det nu ophævede prispåbud, idet Elsam ved sine indmeldinger alene får dækket sine helt kortsigtede marginale omkostninger og dermed ikke dækket faste omkostninger.

Den marginalomkostningsbestemte indmeldingspolitik indebærer, at Elsam på det sidste og dyreste værk alene får dækning for de marginale produktionsomkostninger. Rådet synes i den forbindelse, at gøre gældende, at Elsam derved får "overdækning" på de andre, billigere værker.

Rådet synes at overse, at Elsam nødvendigvis også skal have dækning for de faste omkostninger, hvilket alene sikres i form af prisen på det sidste og dyreste værk. De første og billigere værker er således afhængige af prisen, der fastsættes på de sidste og dyreste værker, for at få dækning for de faste omkostninger, der typisk er højest på de billigere værker.

I øvrigt negligerer rådet, at prisdannelsesmekanismen er markedsbestemt og anerkendt af Europa-Kommissionen.

Selv om Elsam således i hele 2. halvår 2006 har budt priser ind til Nord Pool, der alene modsvarer de marginale produktionsomkostninger, identificeres der i rådets misbrugstest A kritiske timer. I Elsam III-afgørelsen opgjort til 515 kritiske timer og nu ændret til 282 i 2. halvår 2006. Dette beviser, at misbrugstest A som følge af sin metode er forkert og ikke egnet som grundlag for en analyse af prisdannelsen på markedet.

Rådet anfører i duplikken, at spørgsmålet om misbrugstestens metode reelt skal ses i forhold til, hvilke oplysninger Elsam har indsendt til rådet. Elsam har indsendt de oplysninger, som rådet har bedt om og har ikke før 2. halvår 2006 budt ind til marginale produktionsomkostninger og har derfor ej heller før dette tidspunkt data tilgængelige, som viser, hvad disse omkostninger har været i de enkelte timer.

9. Konkurrencerådets argumentation.

9.1 Konkurrencerådet har overordnet anført, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte rådets afgørelse af 20. juni 2007, hvorved rådet fandt, at Elsam igen har misbrugt sin dominerende stilling

på markedet for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark ved i perioden 1. januar 2005 til 30. juni 2006 at anvende en strategi for indmeldelse på Nord Pool, der resulterer i urimelige salgspriser i strid med EF-traktatens artikel 82, stk. 1, jf. artikel 82, stk. 1, litra a, og konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. § 11, stk. 3, nr. 1.

I den forbindelse bemærkes, at Konkurrenceankenævnet ved kendelse af 14. november 2006 efter en samlet vurdering af omstændighederne fandt, at Konkurrencerådet med sine omfattende og dybdegående undersøgelser og analyser i hvert fald havde påvist, at Elsam i perioden 2. halvår 2003-2004 havde mulighed for i et vist omfang at styre prisdannelsen på markedet og i et vist omfang gjorde det i strid med konkurrencelovens § 11/EF-traktatens artikel 82 (Elsam II-sagen).

Rådet har i sin afgørelse af 20. juni 2007 taget udgangspunkt i den samme misbrugsanalyse som i Elsam II-sagen, men naturligvis med et opdateret datasæt. Afgørelsen er således truffet på et grundlag og efter analyser, der er stort set identisk med det grundlag og de analyser, som lå til grund for Konkurrenceankenævnets kendelse i Elsam II-sagen. For 2. halvår 2006 er der dog ydermere foretaget en omhyggelig og grundig vurdering af betydningen af, at Vattenfall var aktiv på markedet.

Den indbragte afgørelse bygger på et helt unikt og meget omfattende datamateriale og indeholder mindst lige så omfattende og dybdegående undersøgelser og analyser af Elsams adfærd i perioden 2005-2006, som rådets afgørelse gjorde i Elsam II-sagen.

Der er i den anvendte misbrugstest indlagt endog meget betydelige sikkerhedsmarginer, men ikke desto mindre viser undersøgelserne og beregningerne, at Elsam i en række timer har taget så høje priser, der er uden sammenhæng med selskabets omkostninger, at det er ubetænkeligt at lægge til grund, at Elsam har misbrugt sin dominerende stilling. Efter rådets opfattelse er der ingen tvivl om, at rådet på tilsvarende vis som i Elsam II-sagen har påvist, at Elsam også har misbrugt sin dominerende stilling i 2005-2006.

Rådet har i afgørelsen taget meget nøje stilling til betydningen af de ændringer i markedet, der er indtrådt i den i nærværende sag undersøgte periode, herunder særligt Vattenfalls indtræden på markedet i 2. halvår 2006. Rådet har på baggrund af de foretagne grundige analyser af markedssituationen fundet, at forholdene ikke har ændret på, at Elsam i den pågældende periode har haft en dominerende stilling på markedet.

9.2 Konkurrencerådet har videre anført, at der ikke er sket ændringer af væsentlig betydning for afgrænsningen af det geografiske marked siden ankenævnets afgørelse i Elsam II-sagen, hvor ankenævnet godkendte den foretagne markedsafgrænsning.

I forbindelse med sagens behandling ved ankenævnet blev Elsams indsigelser mod den geografiske markedsafgrænsning, herunder betragtningen om markedsintegrationen i timer uden flaskehalse, behandlet tilbunds gående, men ankenævnet fandt altså ikke anledning til at kritisere markedsafgrænsningen. Det skal i den forbindelse også fremhæves, at markedsafgrænsningen er fuldt ud i overensstemmelse med hidtidig praksis på området og med Kommissionens praksis.

9.3 Konkurrencerådet har desuden vedrørende rådest dominansvurdering anført, at vurderingen af, om Elsam i den relevante periode havde en dominerende stilling på det relevante marked, skal foretages ud fra, om virksomheden indtager en økonomisk magtposition, som sætter den i stand til

at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd overfor sine konkurrenter og kunder og sidste instans overfor forbrugerne.

Elsams betydelige markedsandel (konkret 42 % i 2005, 50 % i 1. halvår af 2006, og [...] % i 2. halvår 2006) er naturligvis en vigtig faktor i vurderingen, men markedsandelen er langt fra eneafgørende, idet den ikke nødvendigvis siger noget om den reelle markedsstyrke.

Som anført i afgørelsen må der derfor yderligere lægges vægt på en række andre faktorer. Konkret vurderer rådet udover markedsandelene betydningen af den inelastiske efterspørgsel og markedets særlige beskaffenhed og funktion, herunder hvor fleksible de forskellige produktionsformer er, da det har betydning for, om Elsam udsættes for et effektivt konkurrencepres. Endvidere vurderer rådet de betydelige adgangsbarrierer, størrelsen af den residuale efterspørgsel, som Elsam mødes med, og den anvendte prisstrategi.

En vurdering af disse yderligere faktorer viser, at Elsams faktiske markedsstyrke er langt større end markedsandelene umiddelbart tilsiger, og at Elsam derfor kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd overfor sine konkurrenter og kunder og sidste instans overfor forbrugerne.

Eksempelvis fremgår det af rådets undersøgelser, at Elsam var residual monopolist i 82 % af peak timerne i 2005 og 1. halvår 2006, og i 60 % af peak timerne i 2. halvår 2006, og at Elsam i høj grad var i stand til at forudsige, hvornår Elsam havde denne særligt stærke position.

Det er naturligvis ikke i strid med markedsafgrænsningen, at der i forbindelse med dominansvurderingen foretages en analyse af Elsams markedsandel af den fleksible produktion (dvs. uden decentrale kraftværker, vindmøller og VPP-auktioner), men blot en logisk konsekvens af, at der foretages en mere dybdegående undersøgelse af Elsams faktiske markedsstyrke.

Som det fremgår af afgørelsens punkt 296-306, er det rådets vurdering, at VPP-auktionerne, der alene er indført med virkning fra 1. januar 2006 og således ikke vedrører 2005, kun i meget begrænset omfang har mindsket Elsams muligheder for at fastsætte markedsprisen i Vestdanmark.

Endelig hvad angår anbringendet om, at rådet burde have taget hensyn til Elsams frasalgsforslag til Vattenfall i forbindelse med dominansvurderingen i 2. halvår 2006 bemærkes, at rådet efter en grundig analyse netop nåede frem til, at Vattenfalls overtagelse af en del af kraftværkskapaciteten ikke har haft en sådan indvirkning på markedet i 2. halvår 2006, at Elsam ikke længere er dominerende (afgørelsens punkt 287-295).

Om anvendelse af pivot-analyser bemærkes, at de af Elsam indhentede pivot-analyser på samme vis som i Elsam II-sagen ikke giver et retvisende billede af det konkurrencepres, som Elsam var udsat for i 2005 og 2006, idet også de nye pivot-analyser indregner den fulde importkapacitet fra alle lande på samme tid og ikke den faktiske import i hver time. Elsams anbringende om, at Elsam kun er uundværlig i få timer, bestrides.

9.4 Konkurrencerådet har videre vedrørende tilsagnsaftalens betydning anført, at det overordnet bemærkes, at Konkurrenceankenævnet allerede i Elsam II-sagen fandt, at tilsagnsaftalen ikke er til hinder for, at der statueres misbrug.

Om forståelsen af tilsagnsaftalen skal det fremhæves, at tilsagnsaftalen blev indgået med henblik på at lukke konkurrencemyndighedernes undersøgelse af Elsams adfærd i 2000-2001, at tilsagnsaftalen ikke udelukker konkurrencemyndighederne fra at genoptage sagen og da slet ikke fra at undersøge efterfølgende perioder, at Elsam ikke ved sin indmeldingspolitik kan have forladt sig på tilsagnsaftalen i hovedparten af den af nærværende sag omfattede periode, idet tilsagnsaftalen som nævnt blev ophævet i juni 2005, at Elsam under alle omstændigheder allerede i 2003 havde overtrådt aftalens indhold, og at tilsagnsaftalen udelukkende sætter en øvre grænse for prisindmeldingerne, men på ingen måde forpligter Elsam til at indmelde den under aftalen højst mulige pris eller medfører, at Elsam frit kan fastsætte sine priser uden hensyntagen til omkostningsniveauet.

9.5 Konkurrencerådet har yderligere vedrørende misbrugsvurderingen anført, at rådet finder anledning til for det første at fremhæve, at rådets afgørelse bygger på et helt unikt og meget omfattende datamateriale, og rådet har ved beregningerne anvendt de af Elsam indsendte tilgængelige data og oplysninger.

For det andet, er det i sagens natur ikke muligt præcist at fastlægge, hvad der udgør den "rigtige" pris, hvorfor rådet i misbrugstesten har indføjet en række sikkerhedsmarginer, der medfører, at der er indbygget en endog meget høj tærskel, førend timer identificeres som kritiske. På trods heraf identificerer testen et betydeligt antal kritiske timer.

Og for det tredje, så indeholder de fremlagte bilag B-F 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 endda i nogle tilfælde over 200 %) over den i forvejen meget høje tærskel indbygget i misbrugstesten, hvilket har medført et betydeligt forbrugertab. Elsam har ikke kunnet give nogle objektive begrundelser for, hvorfor priserne er så høje, som det fremgår af listerne i bilag B-F.

Når tallene i bilagene sammenholdes med Konkurrencerådets test a og b, bliver resultatet ganske klart, idet bilagene B-F viser Elsams adfærd i den konkrete time og herunder svingningerne i priserne fra time til time, mens test a og b viser misbruget i et større perspektiv over den vurderede periode.

Begge dokumentationsgrundlag udviser samme resultat, nemlig at Elsams priser i mange timer i den vurderede periode har været urimeligt høje, og hver enkelt af disse timer kan udpeges konkret som sket ved bilagene B-F. Konkurrencerådet har således ved test a og b samt bilagene B-F til fulde dokumenteret det stedfundne misbrug.

Hertil kommer, at misbrugstest a og b er underbygget af en række yderligere test, der viser, at misbrugstest a og b undervurderer omfanget af misbruget, og at indmeldingerne på Nord Pool i al fald indtil 2. halvår 2006 var udtryk for en bevidst strategi.

Samlet foreligger der en omfattende og solid dokumentation for, at Elsam har misbrugt sin dominerende stilling, og der er ikke belæg for Elsams anbringender om, at misbrugstesten ikke er robust. Der er ikke tale om, at Elsam bliver "fanget" af små marginaler i sagen, men derimod om, at der foreligger klar dokumentation for, at Elsam i betydeligt omfang har opnået urimelige priser.

Det bemærkes, at det efter rådets opfattelse er klart, at rådets afgørelse lever op til beviskravene efter dansk ret (og EU-retten), idet rådets afgørelse indeholder omfattende og dybtgående undersøgelser og analyser. Elsams indsigelser vedrører da også i realiteten spørgsmålet om, hvorvidt prisen efter en konkret vurdering af forholdene er urimelig høj og ikke selve bevisgrundlaget.

Til Elsams indsigelser mod misbrugstest a og b, bemærkes følgende:

Om valget af omkostningsbegreb i misbrugstest a bemærkes, at misbrugstesten i denne sag er identisk med testen i Elsam II-sagen (dog er der givet et yderligere CO₂-tillæg, der er opgjort meget konservativt og fuldt ud kompenserer Elsam), og Konkurrenceankenævnet har allerede i Elsam II-sagen været forelagt Elsams indvendinger mod testens anvendelighed, herunder valget af omkostningsgrundlag. Ankenævnet fandt ikke desto mindre efter en samlet vurdering i Elsam II-sagen, at der var grundlag for at statuere misbrug.

Herudover bemærkes, at valget af omkostningsgrundlag, fordelingen af omkostningerne, beregninger af tillæg mv. nødvendigvis må være baseret på en række skøn over, hvad der giver det mest retvisende resultat. Ved disse skønmæssige vurderinger vil der typisk kunne vælges mellem flere alternativer, hvor det ikke kan siges, at det ene alternativ er mere rigtigt end andre. Det afgørende i sådanne tilfælde er selvsagt derfor, at de skønmæssige vurderinger bag valget er baseret på saglige overvejelser om, hvad der giver det mest retvisende resultat.

Efter Konkurrencerådets opfattelse er det dog oplagt, at det er mest retvisende at anvende gennemsnitsomkostninger og ikke marginalomkostninger på det sidste, dyreste og dermed prisfastsættende værk.

Elsams indsigelser om, at der ikke skal anvendes et gennemsnitsomkostningsbegreb, men i stedet alene ses på marginalomkostningerne på den sidste, dyreste og dermed prisfastsættende enhed, er allerede kommenteret i rådets afgørelse punkt 429-439.

Det skal dog fremhæves, at det valgte omkostningsbegreb også blev anvendt i Elsam II-sagen og dermed er godkendt af Konkurrenceankenævnet.

Det erindres desuden om, at såfremt en af Elsam indmeldt udbudskurve bliver prisbestemmende, gælder den fastsatte pris for al el produceret i den pågældende time, uanset om den måtte være produceret på den sidste, dyreste og dermed prisfastsættende enhed. Den højere fortjeneste, der tilfalder sådanne øvrige billigere blokke, har rådet fundet, at det vil være rimeligt at lade Elsam beholde i de timer, hvor der meldes ind til marginalomkostningerne, hvorimod det ikke skønnes rimeligt, hvis der meldes ind over marginalomkostningerne.

Anvendelsen af gennemsnitsomkostningerne er tillige økonomisk konsistent, da begrebet sikrer Elsam fuld dækning af både de faste og de variable omkostninger inklusiv en rimelig forrentning, hvorved det sikres, at Elsam opnår en profit, der langsigtet kan opretholdes på et marked med virksom konkurrence.

Desuden sikrer anvendelse af gennemsnitsomkostningerne også, at de ganske store opstartsomkostninger på blokkene fordeles på flere timer, hvilket ikke vil ske ved anvendelse af marginalomkostningerne.

Hertil kommer, at Konkurrencerådet ved beregningerne tillader priser, der er ca. [...] % højere i 2005 og [...] % højere i 2006 end Elsams oplyste omkostninger i det eksterne regnskab, jf. tabel 20 i afgørelsen. Tallene er på [...] % henholdsvis [...] % ved den reviderede egenkapitalforrentning. Der er dermed ikke belæg for at påstå, at testen undervurderer Elsams omkostninger.

Det er heller ikke rigtigt, når det af Elsam anføres, at anvendelsen af ATC i stedet for marginalomkostninger altid vil føre til, at der vil forekomme misbrugstimer i en given periode.

Det skal herved fremhæves, at da Elsams gennemsnitlige variable omkostninger varierer fra time til time, da de afhænger af, hvilke værker der producerer, og af, hvor meget de producerer, anvendes de af Elsam oplyste højeste marginalomkostninger ved maksimal last i misbrugstesten, og Elsams gennemsnitlige variable omkostninger i hver time estimeres således ved et vægtet gennemsnit af værkernes maksimallast og marginalomkostninger i den pågældende time, jf. punkt 451-463 i afgørelsen.

Elsam har imidlertid i forbindelse med undersøgelserne i Elsam II-sagen redegjort for, at virksomheden ikke er i stand til at fordele de i årsregnskabet anførte totale variable omkostninger på timebasis, hvorfor det har været nødvendigt at foretage en estimation af Elsams gennemsnitlige variable omkostninger for hver time.

Elsam har dog for hver dag og hvert værk angivet oplysninger om marginalomkostningen ved den faktiske produktion, og de gennemsnitlige variable omkostninger kan på denne baggrund for hvert værk estimeres ved den oplyste marginalomkostning. Denne fremgangsmåde sikrer, at estimeringen vil være korrekt, hvis marginalomkostningskurven for hvert værk i hver time er konstant, hvortil kommer, at hvis marginalomkostningskurven er stigende, vil estimeringen overvurdere den gennemsnitlige variable omkostning (og dermed give Elsam højere kompensation end nødvendigt).

En sammenligning af de estimerede samlede variable omkostninger med Elsams samlede variable omkostninger, der fremgår af de eksterne regnskaber, viser, at misbrugstesten inddrager variable omkostninger, der er [...] %, henholdsvis [...] %, højere for 2005 og 2006.

Det kan ikke afvises, at der teoretisk set kan forekomme timer, hvor gennemsnitsbetragtningen "fejlagtig" identificerer kritiske timer. Dette er dog højst usandsynligt, da beregningerne som nævnt overkompenserer de variable omkostninger med [...] % henholdsvis [...] % i 2005 og 2006, og da der herudover gives et mark up for normalfortjenesten samt et prisvariationstillæg mv. Som anført ovenfor ganges Elsams regnskabsmæssige variable omkostninger altså med [...] henholdsvis [...] i 2005 og 2006 ved beregningen af, om en given time skal identificeres som kritisk, hvorfor en "fejlagtig" identifikation af en time som kritisk må forudsætte meget høje marginalomkostninger. Efter den reviderede egenkapitalforrentning er tallene forøget til [...] henholdsvis [...].

Det er i øvrigt overraskende, at Elsam – der tidligere har oplyst ikke at kunne opgøre retvisende marginalomkostninger for de enkelte værker – i 2. halvår 2006 nu kan foretage præcise beregninger af marginalomkostningerne, der endvidere afviger markant i opadgående retning i forhold til de på baggrund af de fra Elsam indberettede tal beregnede marginalomkostninger pr. time, selv om den af rådet foretagne beregning overvurderer de gennemsnitlige variable omkostninger i betydelig grad. Elsam har da heller ikke fremlagt dokumentation for størrelsen af de beregnede marginalomkostninger i de anførte timer, herunder hvordan tallene fremkommer og hvordan de forholder sig til de til Konkurrencestyrelsen indsendte tal.

Om anvendelsen af misbrugstest b og Elsams indvendinger herimod skal det bemærkes, at misbrugstest a og b tilsammen utvivlsomt opfylder den toleddede test i United Brands-dommen.

Misbrugstest b undersøger, om prisen i de kritiske timer i sig selv er urimelig. Som det fremgår af rådets afgørelse, er der en betydelig forskel på omkostningerne i de udpegede kritiske timer og de tilsvarende ikke-kritiske timer tidligere i analyseperioden. Forskellen på prisniveauet har i alle timer været så stort, at der ikke har været grundlag for at frasortere nogle timer.

Konkurrencerådet har i misbrugstest a indlagt tillæg til dækning af en rimelig fortjeneste. Tillægget er fastsat til den gennemsnitlige egenkapitalforretning i dansk industri korrigeret for, at risikoen ved at drive elproduktionsevirsomhed afviger fra den gennemsnitlige erhvervsrisiko.

Det skal fremhæves, at der i denne sag er anvendt nøjagtig samme metode som i Elsam II-sagen blot med et opdateret datasæt, herunder både med frasortering af ekstreme observationer inden beregningen af den gennemsnitlige egenkapitalforretning og med hensyn til anvendelse af beta-værdier.

På baggrund af misbrugstesten er der identificeret 1.484 kritiske timer (om definitionen af en kritisk time henvises til afgørelsens punkt 399-407), hvor Elsam har opnået urimeligt høje priser, og det dertil knyttede forbrugertab kan opgøres til ca. 111 mio. kr. En oversigt over de identificerede kritiske timer samt oversigter over timer med mark up større end 25 %, 50 %, 100 % og 200 % er fremlagt som bilag A-E.

Elsam har fremsat en række indsigelser mod den egenkapitalforretning, der indgår som led i misbrugstesten. Det skal hertil bemærkes, at Konkurrencerådet ved misbrugsvurderingen har anvendt den gennemsnitlige forretning i dansk industri i årene 2001-2003. Dette skyldes, at oplysninger for 2005-niveauet ikke forelå i fornødent omfang på tidspunktet for afgørelsen.

Rådet har som bilag F fremlagt en ny beregning af kritiske timer baseret på en mark up udregnet på baggrund af den gennemsnitlige egenkapitalforretning i dansk industri i 2003-2005. Denne nye beregning identificerer 784 timer som kritiske (bilag F), hvor Elsam har opnået urimeligt høje priser, og det dertil knyttede forbrugertab kan opgøres til ca. 57 mio. kr (ca. 10,7 mio. kr. i 1. halvår 2005, ca. 34,5 mio. kr. i 2. halvår 2005, ca. 8,1 mio. kr. i 1. halvår 2006 og ca. 3,7 mio. kr. i 2. halvår 2006).

Beregningen ændrer ikke på timeopgørelsen i oversigterne over timer med mark up større end 25 %, 50 %, 100 % og 200 % (bilag B-E).

Om beregningen skal det bemærkes, at tallene bygger på egenkapitalforretningen før skat beregnet ud fra oplysninger fra Danmarks Statistik. Ved gennemsnitsberegningen har rådet dog udeladt enkelte ekstreme observationer.

Den herved fremkomne gennemsnitlige egenkapitalforretning er herefter ganget med en beta-værdi, der er udtryk for risikoen ved investering i den pågældende branche. Til forskel fra Elsam II-sagen er der i den nye beregning (bilag F) anvendt en højere beta-værdi (gennemsnittet af beta-værdierne for 2003-2005) end i Elsam II-sagen (hvor gennemsnittet af beta-værdierne i 2001-2003 blev anvendt). Var den samme beta-værdi blevet anvendt, ville forretningen være blevet 12 %.

Herudover skyldes forskellen til Elsams tal tilsyneladende, at Elsam også indregner ekstraordinære poster og finansielle indtægter.

Det er således ikke rigtigt, når Elsam anfører, at beregningerne fejlagtigt ikke giver Elsam mulighed for en rimelig egenkapitalforrentning, da der ikke er "plads" til betaling af skat.

Til illustration af ovenstående kan det nævnes, at den gennemsnitlige egenkapitalforrentning før skat for 2001-2003 af Elsam er opgjort til 16,8 %. Fjernes enkelte ekstreme observationer fremkommer et tal på 15 %, og når der herefter ganges med beta-værdien fremkommer den angivne gennemsnitlige egenkapitalforrentning på 10 %.

Selv når denne i forhold til Elsam meget imødekommende beregning anvendes, er der altså tale om misbrug i et betydeligt omfang.

Med hensyn til spørgsmålet om valg af sammenligningsgrundlag skal det yderligere bemærkes, at gennemsnitsforrentningen er eksklusiv energisektoren, jf. om begrundelsen herfor punkt 122 i afgørelsen.

Dertil skal føjes, at elproduktionsbranchen er mindre risikofyldt at investere i, hvorfor en fravigelse af normalforrentningen alt andet lige skulle være i nedadgående retning.

Det skal også fremhæves, at der ved beregningen af priserne netop er taget hensyn til, at produktionen og indtjeningen som følge af de cykliske forhold på markedet kan udvise betydelige udsving. Til forskel fra de fleste andre markeder er efterspørgslen på elmarkedet i øvrigt ganske ufølsom overfor prisforhøjelser, ligesom Elsam i den relevante periode i vidt omfang selv har kunnet fastsætte prisen uden den store risiko for at miste omsætning.

Prisfluktuationerne på det vstdanske marked kan dermed ikke forklares objektivt ud fra hensyn til indregning af en ekstra fortjeneste til dækning af perioder med lave priser.

Det bestrides, at ankenævnet skal ophæve, subsidiært hjemvise afgørelsen, da der ikke længere er tale om det samme afgørelsesgrundlag, som blev forelagt rådet. Den ændrede egenkapitalberegning ændrer ikke grundlæggende på indholdet af den trufne afgørelse, og som det fremgår, er der stadig tale om, at der udpeges et betydeligt antal kritiske timer (i samme størrelsesorden som i Elsam II-sagen) med et betydeligt forbrugertab.

Det påhviler naturligvis styrelsen på rådets vegne at korrigere eventuelle unøjagtigheder mv. eller tage højde for nye oplysninger, hvis styrelsen efterfølgende konstaterer sådanne forhold, og det skønnes nødvendigt at ændre indholdet af afgørelsen for at sikre, at den fortsat er retvisende.

Der er dermed intet belæg for, at et opdateret datasæt i sig selv bør føre til ophævelse eller hjemvisning, hvortil kommer, at opdateringen jo ensidigt er til Elsams fordel.

Hvad angår bemærkningerne om, at der i stedet skulle have været anvendt en egenkapitalforrentning, der omfatter 2006, bemærkes, at den nu anvendte egenkapitalforrentning dækker en periode, der efter rådets afgørelse er relevant for beregningen af, hvorvidt Elsam samlet opnår en rimelig fortjeneste, jf. ovenfor om den i Elsam II anvendte periode. Desuden vil

oplysningerne for 2006 efter det for rådet oplyste først blive tilgængelige på statistikbanken i juni 2008.

Det skal yderligere understreges, at der er indlagt så mange sikkerhedsmargener i misbrugstesten, at Elsam overkompenseres med [...] % henholdsvis [...] % i forhold til omkostningerne i det eksterne regnskab efter den foretagne nye beregning af kritiske timer. Elsam får dermed utvivlsomt dækket sine omkostninger inklusiv en rimelig fortjeneste.

Det må medgives, at bemærkningerne om fremgangsmåden både i Elsam II-afgørelsen og den indklagede afgørelse kunne have været klarere, men den generelle fremgangsmåde er dog beskrevet i et vist omfang, og der er henvist til den relevante hjemmeside, hvorfra beta-værdierne er hentet, jf. punkt 122-127 i afgørelsen.

Under Elsam II-sagen og rådsbehandlingen af nærværende sag havde Elsam endvidere ingen bemærkninger til den fastsatte gennemsnitlige egenkapitalforrentning på 10 % før skat, og rådet fandt det derfor ikke nødvendigt med yderligere udredninger om baggrunden for beregningerne. Herved skal det fremhæves, at rådet umiddelbart antog, at det måtte være klart for Elsam, at den gennemsnitlige egenkapital før skat var blevet reduceret med en faktor i form af beta-værdien, da den gennemsnitlige egenkapitalforrentning i dansk industri ret oplagt måtte være højere end de 10 % før skat.

Rådet skal dog naturligvis beklage, at forholdet ikke er fremgået klarere af afgørelserne, og at Elsam tilsyneladende ikke tidligere har modtaget oplysninger om den præcise fremgangsmåde. Rådet skal dog understrege, at de nødvendige oplysninger straks er fremlagt i svarskriftet, da rådet blev opmærksom på, at Elsam ikke længere var enig i den fastsatte rimelige fortjeneste, men anfægtede opgørelsen af den gennemsnitlige egenkapital i dansk industri, der lå bag fastsættelsen.

Selv om fremgangsmåden ikke klart fremgår af afgørelsen, så fremgår det udtrykkeligt både i afgørelsen og i det regneark, der beregner de kritiske timer, og som Elsam har fået stillet til rådighed under sagen, hvilken forrentning der er indregnet. Elsam kan ikke have været i tvivl herom.

Yderligere skal det understreges, at der er indlagt så mange sikkerhedsmargener i misbrugstesten, at Elsam overkompenseres i betydelig grad i forhold til omkostningerne i det eksterne regnskab. Elsam får derfor utvivlsomt dækket sine omkostninger inklusiv en rimelig fortjeneste. Herved kan også henvises til misbrugstest c, der viser, at den høje indtjening i de kritiske timer ikke var nødvendig for at sikre Elsam en rimelig fortjeneste.

Sammenfattende er der dog ingen som helst tvivl om, at rådets beregningsmetode er identisk med beregningsmetoden anvendt i Elsam II-sagen.

Der er ikke belæg for Elsams bemærkninger om, at Elsam ikke i test a kompenseres for tab i perioder med lav indtjening. Tværtimod viser rådets beregninger, at Elsam bliver overkompenseret ved det anvendte prisvariationstillæg.

9.6 Konkurrencerådet har endelig om Elsams indmeldingspolitik anført, at Elsam har oplyst, at Elsam i andet halvår 2006 har ændret budpolitik til at basere sine indmeldinger til Nord Pool på marginalomkostninger. Hertil bemærkes, at Konkurrencestyrelsen i forbindelse med undersøgelsen

af sagen har anmodet om at modtage fuldstændig dokumentation for den angivelige budpolitik, men Elsam er ikke fremkommet med en sådan.

Måtte Elsam kunne dokumentere sin påstand, er der naturligvis tale om forhold, som Konkurrencerådet vil overveje nøje, herunder hvilken betydning det måtte have for misbrugsvurderingen i 2. halvår 2006.

Hertil skal dog bemærkes, at anvendelse af marginalomkostningerne må forudsætte, at de kan opgøres retvisende. Men Elsam har ved flere lejligheder anført, at selskabet ikke er i stand til at levere retvisende marginalomkostninger til brug for undersøgelsen, bl.a. fordi de store opstartsomkostninger ikke kan inkorporeres på en tilfredsstillende måde. Det savner derfor mening, når Elsam fremhæver, at rådet skal bruge marginalomkostninger, når Elsam netop ikke har været i stand til at levere sådanne. Elsam kan ikke forlange, at styrelsen gør det umulige.

Det er et uunderbygget postulat, når Elsam anfører, at Elsam i 2. halvår 2006 – men altså ikke før – har indmeldt til marginalomkostningerne. Elsam har oplyst, at marginalomkostningerne ikke kan opgøres på timebasis. De fremlagte oplysninger om VHI-arket og revisorernes bekræftelse på, at oplysningerne heri har dannet grundlag for indmeldingerne (i 2. halvår 2006, men ikke tidligere) indeholder ikke nogen som helst dokumentation for, hvordan tallene fremkommer eller hvordan de forholder sig til de til styrelsen indsendte tal.

Hertil kommer, at det er vigtigt at være opmærksom på, at en af Elsam indmeldt udbudskurve, der bliver prisbestemmende, gælder for al el produceret i den pågældende time, uanset hvor meget omkostningerne på dette værk overstiger de øvrige værkers og uanset om/hvor meget el måtte være produceret på den sidste, dyreste og dermed prisfastsættende enhed. Dette underbygger, at det eneste retvisende grundlag er gennemsnitsomkostningerne for alle enheder vægtes efter produktion, da prisen gælder for alle enheder under et og ikke blot for den prisfastsættende enhed.

Elsams bemærkninger om, at brug af marginalomkostningerne for det sidste værk for al el netop skal sikre dækning til de øvrige værkers faste omkostninger bygger igen på den fejlagtige opfattelse af, at der er fuldkommen konkurrence, hvortil jo kommer, at brug af ATC netop sikrer dækning af de faste omkostninger – også på det prisfastsættende værk, ligesom det sikres, at sammenhængen til de faste omkostninger på de øvrige værker baseres på disse værkers omkostninger og ikke arbitrært skal dækkes ud fra marginalomkostningerne på det dyreste værk uden sikkerhed for, at der ikke overkompenseres (eller underkompenseres for den sags skyld).

Når Sector Inquiry tager udgangspunkt i marginalomkostningerne skal det fremhæves, at der beregnes en gennemsnitlig marginalomkostning, og at dette sker som "proxy" for prisen ved effektiv konkurrence, og netop til brug for undersøgelser af, om markedet fungerer og hvad årsagerne kan være til for høje priser, hvorimod undersøgelsen ikke konkret fokuserer på, hvornår for høje priser foreligger og hvordan dette præcist skal fastlægges, herunder valget af omkostningsgrundlag.

Elsams indvendinger om, at valget af gennemsnitsomkostninger fører til, at der kan udpeges en række kritiske timer, hvor Elsam ikke har meldt ind over sine marginalomkostninger på det sidste, dyreste og dermed prisfastsættende værk (men altså formodningsvis over de til rådet oplyste marginalomkostninger på de øvrige værker over de gennemsnitlige omkostninger for alle værkerne beregnet på grundlag af de af Elsam indleverede oplysninger) bemærkes, at dette ikke er udtryk for,

at testen grundlæggende er forkert. Tværtimod er der tale om en naturlig følge af, at man vælger at anvende gennemsnitsomkostninger.

Og så er der jo altså ikke tale om, at der er dokumentation for, at der er meldt ind til marginalomkostningerne. Indtil 2. halvår 2006 er det tilmed erkendt, at dette ikke er tilfældet. Men der er heller ikke dokumentation for, at Elsam i 2. halvår 2006 har meldt ind til sine marginalomkostninger uden tillæg af nogen art.

10. Biintervenienternes argumentation.

10.1 Biintervenienterne har oplyst, at udover de tre biintervenierende el-handelsselskaber er antallet af virksomheder, der er involveret i sagen cirka 1.100. Alle disse virksomheder har givet de tre el-handelsselskaber skriftlig fuldmagt til at varetage deres interesser i forhold til de sager, som behandles ved konkurrencemyndighederne og deraf afledte sager ved domstolene. Af praktiske grunde er det derfor kun de tre el-handelsselskaber, der er indtrådt som biintervenienter, men de repræsenterer altså indirekte cirka 1.100 virksomheder, kommuner og forsyningspligselskaber, som alle har givet fuldmagt til de tre el-handelsselskaber til at varetage deres interesser. De samme el-handelsselskaber er også indtrådt som biintervenienter til støtte for Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet i den igangværende sag ved Sø- og Handelsretten (Sø- og Handelsrettens sag U-0001-07, DONG Energy Power A/S mod Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet), hvor DONG Energy Power A/S har påanket Konkurrenceankenævnets kendelse af 14. november 2006. Der er endvidere startet en erstatningssag med krav om betaling af erstatning for det tab, der er en følge af Elsams opkrævning af urimeligt høje priser i perioden på i alt 3½ år. Denne erstatningssag er bemærkelsesværdig derved, at der er 1.106 sagsøgere, erstatningskravet er på over 4,4 mia. kr., og kravet støttes på en overtrædelse af konkurrencereglerne, hvilket der ikke har været mange sager om i Danmark. Det kan muligvis undre, at størrelsen af erstatningskravet er så stort, henset til at Konkurrencerådet i sine to afgørelser har opgjort det samlede forbrugertab til henholdsvis 187 mio. kr. (Elsam II-sagen for 2003 og 2004) og 111 mio. kr. (Elsam III-sagen for 2005 og 2006). Forklaringen på forskellen på de to beløb er for det første, at erstatningen ikke kun er baseret på det tab, der er lidt på spotmarkedet, men også omfatter det meget væsentlige tab, der er lidt på markedet for finansielle kontrakter. For det andet er der ikke ved opgørelsen af erstatningskravet taget de samme forsigtighedshensyn som i Konkurrencerådets afgørelser. Det betyder f.eks., at der ikke tages højde for omkostninger, der ikke faktisk er blevet afholdt, såsom alternativomkostninger til CO₂-kvoter. Dette forhold alene betyder et meget stort beløb, hvilket fremgår af Konkurrencerådets afgørelse punkt 19, hvor det fremgår, at hvis der ikke indregnes en alternativomkostning, udgør Konkurrencerådets beregnede forbrugertab på spotmarkedet 783 mio. kr. i stedet for 111 mio. kr. – en forskel på 672 mio. kr. For det tredje fremgår det af Konkurrencerådets afgørelse punkt 543, at Konkurrencerådets opgørelse af forbrugertab kun foretages på grundlag af den mængde, der stammer fra den centrale produktion. Derved indgår mængden af produceret el fra decentrale værker, vindmøller og import ikke i Konkurrencerådets tabsberegning.

Forskellen mellem erstatningskravets størrelse og angivelse af forbrugertab i afgørelsen berører et centralt element i konkurrencemyndighedernes behandling af sagen. Det har nemlig aldrig været Konkurrencerådets opgave eller formål at foretage en tabsopgørelse for private aktører på markedet. Det er en opgave, som erstatningssøgende parter selv udfører. Det forhold, at Konkurrencerådet har anslået et forbrugertab, har alene haft til formål at påvise, at Elsams markedsadfærd har haft en væsentlig påvirkning af markedet. Det er ikke udtryk for en tabsopgørelse, som kan anvendes i en

erstatningssag. Det er således ikke afgørende for konklusionen i Konkurrencerådets afgørelse, om misbrugsadfærden har medført et forbrugertab på 298 mio. kr. eller 4,4 mia. kr., da selv det laveste tal er rigeligt til at konkludere, at markedsadfærden har haft en væsentlig påvirkning af markedet, uden at der dermed er taget stilling til, hvorledes en eventuel erstatning præcist skal opgøres. Afgørelsens validitet er sikret ved, at der er taget alle tænkelige forsigtighedshensyn til fordel for Elsam, og alle skøn er udført meget konservativt.

10.2 Biintervenienterne har til støtte for Konkurrencerådets påstand anført bl.a., at denne sag er en gentagelse af Elsam II-sagen.

Konkurrenceankenævnet har således allerede én gang tidligere slået følgende fast, at den anvendte markedsdefinition er korrekt, både produktmæssigt og geografisk, at Elsam i 2003 og 2004 indtog en dominerende stilling på dette marked, at Elsam misbrugte sin dominerende stilling, og at Konkurrencerådets omfattende og dybtgående undersøgelser og analyser var tilstrækkelige til at påvise en overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og EF-traktatens artikel 82.

Der er ikke sket noget strukturelt på markedet, som har betydning for markedsdefinitionen, og Konkurrencerådet har da også anvendt den samme markedsdefinition som i Elsam II.

Konkurrencerådet har anvendt præcis den samme test til påvisning af urimeligt høje priser. Dog er der denne gang foretaget en forhøjelse af normalfortjenesten og indlagt en såkaldt alternativomkostning, som betyder, at der tages hensyn til Elsams udgifter til CO₂-kvoter på trods af, at Elsam har fået alle sine CO₂-kvoter forærende ganske gratis. Det er begge to forhold, der entydigt er til Elsams fordel.

Der er altså foretaget de samme undersøgelser og de samme analyser og afgørelsen er derfor baseret på det samme grundlag, som Konkurrenceankenævnet allerede en gang har tiltrådt.

10.3 Biintervenienterne har vedrørende dominansvurderingen anført, at der i hele 2005 og 1. halvår 2006 ikke er sket ændringer på markedet i forhold til 2003 og 2004. I hele 2005 og 1. halvår 2006 er der intet sket vedrørende Elsams markedsposition. Først i 2. halvår 2006 sker der en ændring, da Vattenfall overtager en del af Elsams produktionsanlæg, men Elsam er stadig residual monopolist og er via sin andel af den fleksible produktion i stand til at styre prisdannelsen og agere uafhængigt af kunder og konkurrenter, hvorfor Elsam stadig er dominerende.

I 2. halvår 2006 kom Vattenfall ind på markedet, og det er derfor relevant at undersøge, om det har medført en formindskelse af Elsams markedsmagt, som gør, at Elsam fra 1. juli 2006 ikke længere var dominerende.

Konkurrencerådet behandler dette indgående og konkluderer, at Elsam utvivlsomt fortsat indtager en dominerende stilling.

Set fra aftagernes synsvinkel er det afgørende for dominansspørgsmålet, hvem der kan fastsætte prisen. I den sammenhæng er det vigtigt at holde sig for øje, at prisfastsættelsen er ret speciel på dette marked, idet det hver time på Nord Pool er den sidst indmeldte, solgte mængde, der fastsætter prisen for hele den solgte mængde. Det har som konsekvens, at det aldrig er indmeldinger fra de ufleksible produktionsformer som vindmøller og decentrale værker, der fastsætter prisen, da de altid

melder ind meget lavt, fordi de netop er ufleksible og derfor er tvunget til at komme af med deres el-produktion uanset prisen.

Så nævnes VPP-auktionernes betydning. Det er de auktioner, hvor Elsam sælger en virtuel kapacitet, og dermed angiveligt åbner markedet for andre som led de tilsagn, Elsam skulle give i forbindelse med NESA-fusionen. Det er biintervenienternes opfattelse, at disse VPP-auktioner er helt virkningsløse, fordi Elsam op til hver VPP-auktion foretager betydelige indkøb i markedet og derved presser prisen op, således at den positive påvirkning af prisen, der gerne skulle komme af VPP-auktioner, udebliver.

Vindmøller, decentrale værker og VPP-auktioner har derfor ikke nogen væsentlig betydning for prisfastsættelsen.

Det er således producenter med fleksibel produktion der sætter prisen – den såkaldte centrale produktion.

Indtil 1. juli 2006 havde Elsam 100 % af den fleksible produktion. Vattenfalls indtræden på markedet har kun haft en marginal effekt, da Vattenfall ikke er stor nok til at være prissættende. Det er især i peak-timerne, at det har betydning, hvem der er nødvendig for at dække efterspørgslen, og her er det altså stadig Elsam, der er afgørende, og derfor er det fortsat Elsam, der sætter prisen. Det er et faktum, at det næsten altid er Elsams prisindmelding, der er prissættende for hele den solgte mængde, mens Vattenfall blot melder ind ulimiteret. Elsam er derfor fortsat residual monopolist i en væsentlig del af timerne.

Endelig har Elsam mulighed for at bestemme over sin egen markedsandel fra time til time, fordi Elsam som den eneste har så stor en produktionskapacitet, at Elsam ved sin egen prisindmelding kan bestemme, om Vestdanmark bliver - eller ikke bliver - et særskilt prisområde. Det er den mekanisme, som Copenhagen Economics har behandlet i deres rapport for Eltra (bilag BI-B).

Elsam er således fortsat i 2. halvår af 2006 i den helt unikke situation, at Elsam selv kan bestemme, hvornår Elsam skal være residual monopolist, og på grundlag heraf kan Elsam agere helt uafhængigt af aftagerne og konkurrenter.

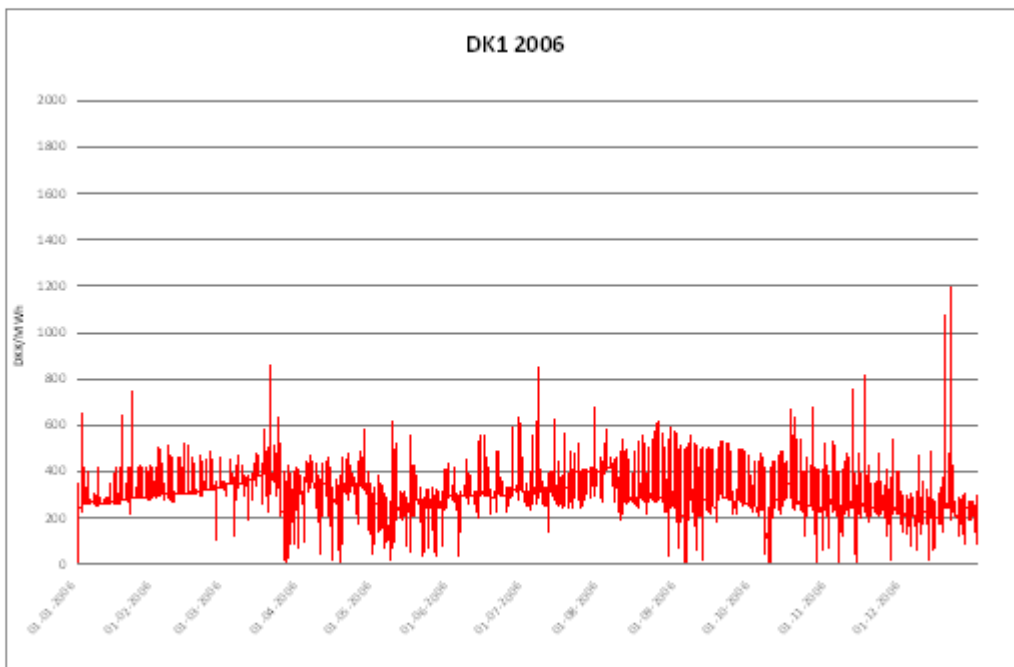
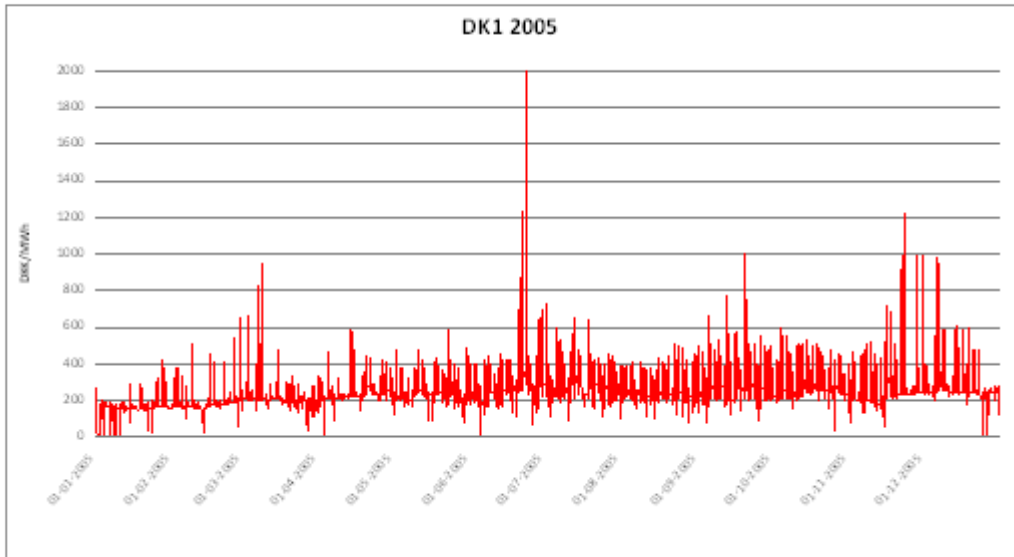
Det bedste bevis for Elsams dominans er imidlertid Elsams markedsadfærd. Det er alene en dominerende virksomhed, der igennem flere år kan opkræve urimeligt høje priser, uden at det får nogen indflydelse på markedsandelen. Det kan kun lade sig gøre, fordi aftagerne er tvunget til fortsat at købe el af Elsam, og Elsam derfor kan handle helt uafhængigt af sine kunder. Man kan da også læse i Børsen den 10. december 2007, at administrerende direktør Anders Eldrup udtaler, at han er helt uenig i afgørelsen, fordi ”vi kunne i virkeligheden have meldt langt mere aggressivt ind”. Den udtalelse giver kun mening, hvis Elsam anser sig selv for at være dominerende, og dermed havde fuldstændig frihed til at melde de priser ind, der passer dem. Det forhold at Anders Eldrup anvender formuleringen ”langt mere aggressivt” taler vist for sig selv.

Elsams dominansadfærd ses også tydeligt af Elsams reaktion på den verserende erstatningssag. Ingen anden virksomhed reagerer med et ligegyldigt skuldertræk på at over 1.100 af deres største kunder kræver erstatning for en overpris på flere milliarder. Elsam kan muligvis være bekymret for at skulle betale erstatning, men de behøver ikke at frygte at kunderne forsvinder i fremtiden, for uanset hvad Elsam kræver af pris, så er kunderne tvunget til fortsat at indkøbe deres el hos Elsam.

Elsam har udvist en udpræget dominansadfærd, hvilket jo blot bekræfter den teoretiske analyse.

10.4 Biintervenienterne har om Elsams prisstrategi anført, at hvis man ser på spotprisen på Nord Pool i 2005 og 2006, så fremgår det, at lige efter Konkurrencestyrelsen opsagde tilsagnsaftalen i juni 2005 og Elsam derfor vidste, at nu kom der nok meget snart en afgørelse, så kvitterede de med at lade prisen eksplodere.

Spotprisen på Nord Pool i 2005 og 2006 er indtegnet i følgende diagrammer:



I slutningen af 2005 kom afgørelsen, og som det fremgår af diagrammerne, er der herefter ikke så mange spidspidser.

Dertil kommer, at prisudsvingene i 2006 kan forklares med markedsforhold, hvilket man ikke kan se af graferne. Dvs. når aftagerne forventede, at prisen ville stige, så steg den, og når de forventede, at prisen ville falde, så faldt den. Det kan dog nu konstateres, at selvom selve udsvingene var rigtige, så var niveauet for højt, men det vidste kun Elsam, da det kræver kendskab til Elsams præcise omkostninger.

Pr. 1. juli 2006 skete der et frasalg af produktionsenheder til Vattenfall. Elsam har anført at dette udløste en ændring i Elsams prisstrategi. Denne ændring ses imidlertid ikke afspejlet i ovennævnte diagrammer over spotprisen i 1. halvår og 2. halvår af 2006. Der skete ingenting, og det skyldes, at Elsam fortsat var dominerende. Det kan da godt være, at Elsam nedskrev en anden prisstrategi på papiret, men reelt ændrede Elsam ingenting – det viser tallene tydeligt.

I øvrigt forekommer Elsams ændring af prisstrategi pr. 1. juli 2006 som en klar indrømmelse af markedsmissbrug indtil 1. juli 2006.

Elsams prissætning har ikke været baseret på tilfældigheder eller en velmenende vagthavende ingeniørs udfyldelse af et VHI-ark. Der er derimod tale om en fastlagt strategi, som tydeligvis har ignoreret konkurrencemyndighedernes afgørelser.

10.5 Biintervenienterne har videre anført, at Konkurrencerådet har påvist, at de opkrævede priser har været urimeligt høje.

Vurderingen heraf må naturligvis bero på, hvad der ville have været en rimelig pris. Dette må fastlægges inden for de skønsmæssige beføjelser, som Konkurrencerådet selvfølgelig har. Hvis Elsams prisindmelding har oversteget dette niveau, så har Elsam opkrævet urimeligt høje priser i strid med konkurrenceloven.

Det ligger fast efter United Brands-dommen, at der altid skal foretages en konkret vurdering. Der kan altså ikke opstilles en bestemt procentsats, som gælder for alle dominerende virksomheder, da de konkrete forhold kan være væsentligt forskellige.

Det er dog alligevel ret bemærkelsesværdigt, at Kommissionen i Deutsche Post sagen foretog en yderst enkel vurdering, hvor en pris, der oversteg omkostninger plus rimelig fortjeneste med 25 %, blev anset for at være urimelig høj. Konkurrencerådets test er langt mere detaljeret og indeholder langt flere forsigtighedshensyn.

Konkurrencerådet har ved opgørelsen af Elsams omkostninger indlagt en betydelig margin, således at de beregnede, variable omkostninger samlet overstiger tallet i Elsams egen årsrapport. Set fra aftagernes synspunkt synes det at være overdrevet. Det burde være muligt at anvende en gennemsnitsomkostning, der samlet svarer til det, der fremgår af Elsams årsrapport, da der ikke er nogen grund til at overvurdere Elsams reelle omkostninger.

Dette hænger imidlertid sammen med, at det ikke er Konkurrencerådets opgave at fastslå det præcise omfang af Elsam markedsmissbrug, hvorfor der kan indlægges sådanne ubegrundede forsigtighedshensyn til Elsams fordel for at sikre afgørelsens validitet. Det medfører samtidig, at de

kritikpunkter, Elsam har mod omkostningsopgørelsen, fremstår helt uberettigede, da Konkurrencerådet sagligt kunne have anvendt en langt lavere grænse ved ikke at overvurdere Elsams variable omkostninger.

Opgørelsen sker ud fra en gennemsnitsbetragtning, hvilket er den eneste retvisende måde at foretage opgørelsen på. I Elsam II-sagen blev der også anvendt gennemsnitsomkostninger, hvorfor der ikke er noget nyt i det.

Det er ikke korrekt, at misbrugstesten er metodisk forkert, fordi den sammenholder pris i enkelttimer med gennemsnitsomkostninger. Opgørelsen af Elsams pris er i høj grad en gennemsnitsbetragtning. For det første anvendes et prisvariationstillæg, som betyder at en overpris først og fremmest spredes ud over alle andre timer. For det andet vurderes prisen over et interval på enten 3 eller 10 timer. Dermed tillades Elsam altså at opkræve en urimelig høj pris i enkelttimer, hvis det netop kun er en enkeltstående time, og de tilstødende timer ikke er kritiske.

Der anvendes altså en gennemsnitsbetragtning både hvad angår omkostninger, og hvad angår pris så sammenligningsgrundlaget er ens.

Elsam har omtalt den specielle situation, at de anvender sekundær brændsel. Der er taget højde for dette i misbrugstesten, men fra praktikernes side kan det oplyses, at det sker utroligt sjældent, at Elsam anvender sekundær brændsel. Det er sådan, at producenter skal foretage indmelding til Nord Pool om væsentlige forhold, der kan påvirke prisen, herunder hvis de skal bruge sekundær brændsel i væsentligt omfang. Det sker i form af såkaldte UMM, som er markedsmeddelelser. Elsam har ikke rapporteret én eneste gang til Nord Pool om brug af sekundær brændsel, og det viser blot, at det ikke har spillet nogen nævneværdig rolle.

Desuden er der i misbrugstesten taget højde for alle regnskabsmæssige omkostninger. Det gælder også hensættelser. Elsam har i sit 2007 regnskab hensat 298 mio. til dækning af et eventuelt erstatningskrav, hvilket beløb svarer til den opgørelse, der fremgår af Konkurrencerådets afgørelser i Elsam-sagerne. Hvis disse hensættelser også er foretaget i regnskabet for 2005 og 2006 indgår de i opgørelsen over omkostninger, og Elsam tillades således at opkræve priser, der sikrer en inddækning af et erstatningskrav for tidligere markedsmisbrug. Dermed kommer kunderne altså til at betale for deres egen erstatning. Det er jo et nydeligt resultat for Elsam, og det viser, at opgørelsen af Elsams omkostninger på mange måder er overdreven, og der er indlagt en betydelig margin

Endelig har Elsam anført, at i hvert fald i 2. halvår af 2006 blev der kun foretaget prisindmelding svarende til marginalomkostninger. Det skulle angiveligt være dokumenteret ved det af Elsams egen revisor udarbejdede notat.

Biintervenienterne har ikke haft adgang til dette notat, men kan bare konstatere, at Elsam ikke under Konkurrencestyrelsens behandling kunne oplyse marginalomkostninger, men nu lige pludselig alligevel godt kan finde dem frem. Det er imidlertid helt udokumenteret, hvad der udgør marginalomkostninger.

Samlet set taler alt for at anvende en gennemsnitsomkostningsbetragtning, og den opgørelse Konkurrencerådet har foretaget, overvurderer utvivlsomt Elsams variable omkostninger, hvorfor den fastlagte grænse under ingen omstændigheder kan anses at være for lav.

For så vidt egenkapitalforrentningen bemærkes, at der ingen steder står, hvad en rimelig avance er. Der er her oplagt en meget stor skønsmargin for Konkurrencerådets fastsættelse. Det ville således efter biintervenienternes opfattelse være sagligt, hvis Konkurrencerådet havde fastsat et niveau på 10 %, der må anses for værende en rimelig fortjeneste.

Men Konkurrencerådet er gået langt videre, end de er forpligtet til, for de har valgt at anvende den samme normalfortjeneste som for dansk industri generelt.

Det var præcis den samme metode, der blev anvendt i Elsam II-sagen, men nu er tallet blevet opdateret til 14 % i stedet for 10 %.

Det fastholdes, at det er underordnet, om det præcise omfang af Elsams markedsmisbrug kan opgøres. Det ændrer således intet ved selve afgørelsen, om bagere medregnes ved opgørelsen af dansk industris normalfortjeneste eller ej. Det skal kun påvises, at markedsmisbruget har haft et væsentligt omfang. Dette beviskrav er utvivlsomt opfyldt, da antallet af kritiske timer stadig er meget højt – selv efter den sidste regulering af normalfortjenesten til Elsams fordel.

Den misbrugstest Konkurrencerådet har anvendt i Elsam III er den samme, som den der er anvendt i Elsam II-sagen. Der er dog som noget nyt indlagt et yderligere tillæg i form af et CO₂-tillæg.

Det er vigtigt at holde sig for at øje, at det ikke er småpenge, det drejer sig om. Det er mange hundrede millioner, hvilket illustreres ved at se på afgørelsens punkt 19, hvor Konkurrencerådet har foretaget en opgørelse med 0 % CO₂-tillæg, som resulterer i 7.964 kritiske timer og et forbrugertab på 783 mio. kr.

Det er altså dette beløb, der ville komme frem, hvis man, ligesom i Elsam II-sagen, ikke havde taget højde for en såkaldt alternativomkostning. Det er et faktum, at Elsam ikke har haft så meget som 1 krone i udgift til CO₂-kvoter i 2005 og 2006. Det skyldes, at de kvoter, Elsam skulle bruge, har Elsam fået gratis af staten. Der er altså ikke tale om reelle omkostninger, men det som i afgørelsen benævnes alternativomkostninger.

I relation til afgørelsen af, om Elsam i et vist omfang har opkrævet urimeligt høje priser, kan det konstateres, at selv hvis der anvendes et tillæg for alternativomkostninger, der har en værdi på cirka 700 mio., kan der stadig konstateres et højt antal kritiske timer.

Også det andet led i misbrugstesten – det der er benævnt misbrugstest b – er tilsvarende den test, der blev anvendt i Elsam II-sagen. Efter retningslinjerne i United Brands-sagen kan dette andet led af testen opfyldes ved at vurdere, om prisen er urimelig i sig selv eller sammenlignet med konkurrerende varer.

Da det ikke giver mening at sammenligne Elsams pris med andre, da der ikke er sammenlignelige priser, skal der foretages en vurdering af, om Elsams pris er urimelig i sig selv. Denne vurdering går kort sagt ud på at sammenligne Elsams pris i timer, hvor der ikke er effektiv konkurrence, med Elsams pris i timer, hvor der er effektiv konkurrence. Samme metode blev anvendt i Napp-sagen. Her var der en effektiv konkurrence inden for hospitalssektoren, men der var ingen effektiv konkurrence vedrørende salg til apoteker. Man kunne derfor teste, om Napp's priser var urimelige ved at sammenligne prisen til de to kundegrupper. Det er derfor i god overensstemmelse med

praksis, når Konkurrencerådet foretager en sammenligning af prisen i de kritiske timer med prisen i de ikke-kritiske timer.

Afgørende er, om der kan identificeres en væsentlig forskel. Elsam har ligesom i Elsam II-sagen bevidst misforstået indholdet af misbrugstest B og kalder det en matematisk selvfølgelighed. Men det er ikke en matematisk selvfølgelighed, at prisniveauet er mellem 29 og 43 % højere i de kritiske timer end i tilsvarende timer, som er ikke-kritiske.

Sammenligningen dokumenterer, at den pris, Elsam har opkrævet i de kritiske timer, er urimelig i sig selv, og dermed er United Brands-testens andet led opfyldt.

10.6 Biintervenienterne har videre vedrørende spørgsmålet om forudsigelighed anført, at der er tale om et ret gennemslagsligt marked.

Alle markedsdeltagerne har et hav af ansatte, der overvåger alle de forhold, som har indflydelse på el-prisen – hvis den vel og mærke bestemmes af markedsforholdene, og ikke skyldes Elsams uforudsigelige prisspidser. Man kender efterspørgslen, da den ikke forandrer sig synderligt over tid.

Hvad angår forhold, der har indvirkning på prisdannelsen, kan man på grundlag af vejrudsigter forudse blæst og temperatur, og dermed forudse produktion fra vindmøller og de decentrale anlæg. Man kender vandreserverne i Norge og Sverige, og ved derfor, om de kan producere billigt eller dyrt. Hvad angår de Vestdanske centrale anlæg, så er de vigtigste elementer kulprisen, olieprisen, fragtrater og valutakurser. Det er alt sammen offentligt tilgængelige oplysninger.

Man kan altså nogenlunde forudse hvad prisen i Vestdanmark bør være og det samme gælder for nabolandene.

Elsams anbringender om, at prisdannelsen i nabolandene nærmest kommer som en overraskelse for Elsam hver dag, må helt afvises. Elsam har jo også altid forsøgt at få lov til at prissætte op til højeste nabolandspris, og det er selvsagt kun muligt, fordi Elsam udmærket er i stand til at forudse prisniveauet i nabolandene. Så meget desto mere er Elsam i stand til at forudse prisniveauet i Vestdanmark, og Elsam ved derfor meget præcist, hvornår de er residual monopolist, og hvornår de kan sætte prisen, som de vil.

Elsam har i øvrigt et meget præcist billede af deres omkostninger helt ned på timeniveau for hver eneste produktionsenhed, så der er ingen praktiske problemer med at forudse, om prissætningen efter Konkurrencerådets test er urimelig høj.

Aftagerne kan forudse, om prisen går op eller ned. Det samme kan Elsam, og Elsam kan endda forudse det præcise prisniveau, for de kender deres omkostninger. Desuden har Elsam helt sikkert indgået årskontrakter og foretaget risikoafdækning for valutakursudsving osv. Derfor er det i praksis overhovedet ikke vanskeligt for Elsam at forudse omkostningsniveauet.

11. Konkurrenceankenævnets begrundelse og resultat.

11.1 Dominansspørgsmålet

Konkurrenceankenævnet tiltræder – ligesom i Ankenævnets kendelse af 14. november 2006 i den såkaldte Elsam II-sag vedrørende perioden fra 1. juli 2003 til 31. december 2004 – at Elsam i perioden fra 1. januar 2005 til 30. juni 2006 uanset den i perioden skete udvikling fortsat indtog en dominerende position på et marked for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark.

11.2 Elsams prisindmeldingsstrategi

11.2.1 DONG har oplyst, at Elsam i perioden fra 1. januar 2005 til 30. juni 2006 – ligesom i perioden fra 1. juli 2003 til 31. december 2004 – har fulgt den prisstrategi til Nord Pool at indmelde priser, som ikke oversteg den højeste af de forventede priser i Norge, Sverige og Tyskland – dog priser svarende til Elsams marginalomkostninger, såfremt disse oversteg den højeste, forventede nabopris.

11.2.2 DONG har endvidere oplyst, at Elsam med virkning fra den 1. juli 2006 har ændret sin budpolitik og således i andet halvår af 2006 til Nord Pool har indmeldt sin produktion til priser svarende til de marginale produktionsomkostninger.

11.2.3 Konkurrencerådet har til oplysningen om, at Elsams prisindmeldingsstrategi i 2. halvår af 2006 har været marginalomkostningsbestemt anført, at dette ikke er dokumenteret, og at der bl.a. savnes henvisninger til relevante regnskabstal og beregningsmetoder og en nærmere klargøring af det anvendte marginalomkostningsbegreb – tilsyneladende bygger de maksimale beregnede marginalomkostninger på Elsams dyreste produktionskapacitet uden hensyntagen til omkostningerne på Elsams øvrige værker.

11.2.4 Der er ikke i den påklagede afgørelse givet nogen begrundelse for, at det på et marked for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark skulle kunne udgøre misbrug af en dominerende stilling i form af urimelige priser at foretage indmelding til Nord Pool af udbudspriser baseret på de dokumenterede marginalomkostninger ved produktionen. Der er endvidere ikke i den påklagede afgørelse tilvejebragt det fornødne faktuelle grundlag for en stillingtagen til, om Elsam i andet halvår af 2006 har indmeldt marginalomkostningsbestemte priser til Nord Pool, hvorved bemærkes, at det af sagens bilag A og bilag F fremgår, at prisbilledet henover 2006 skifter karakter.

11.2.5 Ankenævnet finder, at de under punkt 11.2.4 nævnte forhold udgør så væsentlige mangler ved den del af den påklagede afgørelse, som angår 2. halvår 2006, at afgørelsen allerede derfor for så vidt angår 2. halvår af 2006 må ophæves og hjemvises til fornyet behandling. Ankenævnet har ikke hermed taget stilling til, om Elsam indtog en dominerende stilling på markedet i 2. halvår af 2006, idet en stillingtagen til dette spørgsmål kan have forbindelse med, hvilken prisstrategi Elsam faktisk kunne følge og fulgte i perioden.

11.2.6 En prisstrategi som den Elsam fulgte i 2005 og i 1. halvår af 2006 kan – således som Konkurrenceankenævnet har tiltrådt ved kendelsen af 14. november 2006 i Elsam II-sagen for så vidt angår 2. halvår af 2003 og 2004 – indebære misbrug af en dominerende position på et marked for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark. Det påhviler Konkurrencerådet at godtgøre, at dette har været tilfældet.

11.3 Misbrugsspørgsmålet

11.3.1 Betydningen af tilsagnsaftalen af 14. marts 2003

I kendelsen af 14. november 2006 tiltrådte Ankenævnet, at Elsam i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2004 indtog en dominerende stilling på et marked for engrossalg af fysisk el i Vestdanmark og havde misbrugt denne stilling.

Det følger heraf, at Ankenævnet af de grunde, der var anført af Konkurrencerådet, var enig i, at den udviste adfærd ikke ville være lovlig, selv om den måtte være i overensstemmelse med tilsagnsaftalen af 14. marts 2003.

Der er – som anført af Konkurrencerådet – ikke i det, som nu er anført af DONG, grundlag for en anden bedømmelse af dette spørgsmål.

11.3.2 Misbrugets omfang

I kendelsen af 14. november 2006 udtalte Ankenævnet, ”at Konkurrencerådet med den påklagede afgørelses omfattende og dybtgående undersøgelser og analyser i hvert fald har påvist, at Elsam i perioden [1. juli 2003 til 31. december 2004] havde mulighed for i et vist omfang at styre prisdannelsen på det nævnte marked [for engrossalg af fysisk el i Vest-danmark] og i et vist omfang gjorde det i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1/EF-traktats artikel 82, stk. 1, jf. stk. 2, litra a”.

Der fremgår heraf, at der kan statueres misbrug uden stillingtagen til misbrugets nøjagtige omfang og konsekvenser. Afgørende i så henseende var, at der i Konkurrencerådets afgørelse var det fornødne faktuelle belæg for at anse det for bevist, at Elsam i ikke uvæsentligt omfang havde haft mulighed for at styre prisdannelsen og havde gjort det til opnåelse af urimelige priser. Ankenævnet havde således ikke anledning til at gå ind på, om de valgte undersøgelser og analyser metodisk er egnede til at afdække misbrugets nøjagtige omfang og økonomiske konsekvenser for kunderne eller deres aftagere.

Den påklagede afgørelse gik ud på, at der var udvist misbrug ved at anvende en strategi for indmeldelse på Nord Pool, der resulterede i urimelige priser, og det var for en afgørelse herom ikke påkrævet at tage stilling til, om misbruget omfattede alle de fremfundne timer med netop beløb som angivet af Konkurrencerådet. Det var tilstrækkeligt, at det måtte anses for godtgjort, at der i hvert fald i et ikke ubetydeligt antal timer havde været anvendt urimelige priser.

På denne baggrund finder Ankenævnet, at der ikke – som hævdet af DONG – foreligger nogen forsømmelse fra Konkurrencerådets side med hensyn til iagttagelse af Ankenævnets kendelse for så vidt angår angivelserne i denne om styring af prisdannelsen ”i et vist omfang”.

11.3.3 Betydningen af Konkurrenceankenævnets ophævelse af prispåbuddet i Elsam II-sagen

DONG har gjort gældende, at Konkurrencerådet med den påklagede afgørelse de facto indfører det prispåbud, som Ankenævnet ved kendelsen af 14. november 2006 ophævede i Elsam II-sagen.

Ankenævnet finder imidlertid, at afgørelsen er en bagudrettet bedømmelse af en fulgt prispolitik, og selv om den herved anvendte misbrugstest svarer til prispåbuddet i Elsam II-sagen, ligger heri ikke en afgørelse om den fremtidige prissætning.

11.4 Egenkapitalforrentningen

11.4.1 Det fremgår af den påklagede afgørelse, at der i den af Konkurrencerådet anvendte misbrugstest indgår ”en normalfortjeneste på ca. 10 pct. af Elsams egenkapital”, jf. pkt. 404, og der er nærmere redegjort for den med baggrund heri foretagne beregning af mark-up for henholdsvis 2005 og 2006, jf. pkt. 464-476. De 10 pct. angives i pkt. 2004 at være ”svarende til den gennemsnitlige egenkapitalforrentning i andre danske industrier”, og det fremgår af pkt. 122, at ”den gennemsnitlige egenkapitalforrentning (målt som indtjening før skat i pct. af egenkapitalen) i dansk industri i årene 2001 til 2003 var 10 pct.” ifølge opgørelser fra Danmarks Statistik. På baggrund af misbrugstesten har Konkurrencerådet, jf. sagens bilag A, identificeret 1.484 kritiske timer og opgjort det hertil knyttede forbrugertab til ca. 111 mio. kr. Konkurrencerådet har under anken foretaget en ny beregning af antal kritiske timer baseret på en mark-up udregnet på baggrund af en gennemsnitlig egenkapitalforrentning på 14 %, jf. sagens bilag F. Denne nye beregning identificerer 784 kritiske timer og det dertil knyttede forbrugertab har Konkurrencerådet opgjort til ca. 57 mio. kr. (ca. 10,7 mio. kr. i 1. halvår af 2005, ca. 34,5 mio. kr. i andet halvår af 2005, ca. 8,1 mio. kr. i 1. halvår af 2006 og ca. 3,7 mio. kr. i 2. halvår af 2006). Det er DONG’s opfattelse, at forrentningsgraden er alt for lav som følge af mangler i grundlaget for dens fastsættelse. DONG påstår afgørelsen ophævet med henvisning til, dels at det faktuelle grundlag for den truffe afgørelse, var forkert, jf. den markante forskel mellem bilag A og bilag F, dels at der til skade for DONG er ændret beregningsmetode fra bilag A til bilag F uden saglig grund.

11.4.2 Ankenævnet er imidlertid enig med Konkurrencerådet i, at det for den truffe afgørelses lovlighed og gyldighed i så henseende afgørende er, om egenkapitalforrentning indgår i misbrugstesten med en rimelig størrelse. Ankenævnet bemærker herved, at der for så vidt angår fastsættelsen af egenkapitalforrentningen og andre relevante parametre til brug for en misbrugstest – inden for rammerne af det sagligt funderede – må indrømmes Konkurrencerådet en vid skønsmargin.

Det fremgår klart af den påklagede afgørelse, at egenkapitalforrentning indgår med 10% i den anvendte misbrugstest for perioden 2005-2006. Ankenævnet anser det efter markedsforholdene for rimeligt og forsvarligt at lade egenkapitalforrentningen indgå i denne størrelsesorden i den i øvrigt anvendte test til konstatering af misbrug i form af urimelige elpriser i perioden 2005-2006 som sket. Det er således uden betydning for den påklagede afgørelses lovlighed og gyldighed, at Konkurrencerådet efterfølgende har foretaget en beregning af misbrugets omfang med en egenkapitalforrentning på 14%, og at denne beregning – selvsagt – giver et mindre antal kritiske timer og et lavere økonomisk tab for kunderne. Det er også uden betydning for den påklagede afgørelses lovlighed og gyldighed, at ikke alle de bag den valgte procentsats liggende overvejelser og beregninger, som de burde, fremgår tydeligt og klart af den påklagede afgørelse.

11.4.3 Heller ikke det, som DONG i øvrigt har anført om egenkapitalforrentningen, kan anses for at udgøre mangler ved den påklagede afgørelse af betydning for dennes lovlighed og gyldighed.

11.5 Misbrugstesten

11.5.1 DONG har anført, at misbrugstest A ved at sammenholde gennemsnitsomkostningerne ved at producere en kilowatttime baseret på Elsams samlede årlige omkostninger med den faktiske engrospris pr. enkelttime i 3- og 10-timers intervaller lider af en fundamental metodisk fejl, som ikke opvejes af de anvendte tillæg til gennemsnitsomkostningerne, og at testen ikke har den fornødne robusthed, hvilket ændringen af antal kritiske timer fra 1484 til 784 illustrerer. Test A kan ikke stå alene, og test B er ikke en selvstændig test. DONG har videre anført, at testen ved at være

baseret på regnskabstal, som først kendes lang tid efter indmeldingerne til Nord Pool, ikke kan anvendes som grundlag for prisindmelding og derfor ikke giver Elsam mulighed for at sikre, at der bydes ind, så det ikke risikeres senere at blive konfronteret med misbrug ud fra beregninger af ”kritiske timer”.

11.5.2 Der er i det væsentlige tale om indvendinger, som Konkurrencerådet har taget detaljeret stilling til i den påklagede afgørelse og i øvrigt også i Elsam-II afgørelsen.

11.5.3 Ankenævnet bemærker indledningsvist, at Elsam II-sagen havde sin baggrund i henvendelser i efteråret 2003 fra de særlige organer med opgaver af betydning for elmarkedets optimale funktion til Konkurrencestyrelsen om prisdannelsen på engrosmarkedet for fysisk el i Vestdanmark – dels fra det vstdanske systemansvar Eltra, som mente, at Elsam manipulerede markedet, dels fra Nord Pool i anledning af, at Vestdanmark den 2. september 2003 havde de højeste gennemsnitlige spotpriser, som nogensinde var realiseret i Nord Pool-området. Den af Elsam i hele perioden fra 1. juli 2003 til 30. juni 2006 fulgte prisstrategi ved indmelding til Nord Pool har ikke været marginalomkostningsbaseret, men nabopriskorienteret – en strategi, som kan indebære misbrug af dominerende stilling i form af urimelige priser. Ved bedømmelsen heraf har Konkurrencerådet ikke kunnet gøre anvendelse af en alment anerkendt, veletableret metode, idet der er tale om en ny, særegen og kompleks problemstilling.

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 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.

11.6 Samlet bedømmelse

Ankenævnet stadfæster af de foran anførte grunde – og da det som DONG yderligere har anført ikke kan føre til et andet resultat – den påklagede afgørelses første led, dvs. for så vidt angår perioden 1. januar 2005 til 30. juni 2006.

Ankenævnet ophæver af de foran anførte grunde den påklagede afgørelses andet led, dvs. for så vidt angår perioden 1. juli 2006 til 31. december 2006, og hjemviser denne del af afgørelsen til fornyet behandling af Konkurrencerådet.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelse af 20. juni 2007 stadfæstes for så vidt angår perioden fra 1. januar 2005 til 30. juni 2006 (afgørelsens punkt 26, 1. led).

Konkurrencerådets afgørelse af 20. juni 2007 ophæves og hjemvises til fornyet behandling for så vidt angår 2. halvår af 2006 (afgørelsens punkt 26, 2. led).

Klagegebyret tilbagebetales til klager.

Jens Fejø

Suzanne Helsteen

Børge Dahl
(formand)

Ole Jess Olsen

Christian Hjorth-Andersen