

Lars Svenning Andersen

Bilag 1-9
J.nr. 020879-0053/hho/kma

T +45 72 27 33 00

F +45 72 27 00 27

lsa@bechbruun.com

20. november 2007

Som advokat for

I alt 1.106 sagsøgere, som er listet op på Liste A, der indgår som en integreret del af stævningen,

(sagsøgerne)

(advokat Lars Svenning Andersen og advokat Henrik Holtse)

indstævner jeg herved

DONG Energy Generation A/S
Overgade 45
7000 Fredericia

og

DONG Energy Power A/S
Kraftværksvej 53
7000 Fredericia

(sagsøgte)

(advokat Erik Bertelsen)

for Sø- og Handelsretten, i hvilken forbindelse jeg på vegne af sagsøgerne nedlægger følgende

PÅSTANDE

Principal påstand 1A

De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt at betale kr. 4.404.901.329,23, hvilket beløb fordeles blandt sagsøgerne, som anført i Bilag 1, med tillæg af procesrenter af dette beløb forholdsmæssigt fordelt efter de af sagsøgerne opgjorte beløb, regnet fra beløbenes forfaldstidspunkter i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006 til betaling sker.

Principal påstand 1B

De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt at betale kr. 4.404.901.329,23, hvilket beløb fordeles blandt sagsøgerne, som anført i Bilag 1, med tillæg af procesrenter fra sagens anlæg til betaling sker.

Subsidiær påstand 2A

De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt at betale kr. 3.626.201.180,64, hvilket beløb fordeles blandt sagsøgerne, som anført i Bilag 2, med tillæg af procesrenter af dette beløb forholdsmæssigt fordelt efter de af sagsøgerne opgjorte beløb, regnet fra beløbenes forfaldstidspunkter i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006 til betaling sker.

Subsidiær påstand 2B

De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt at betale kr. 3.626.201.180,64, hvilket beløb fordeles blandt sagsøgerne, som anført i Bilag 2, med tillæg af procesrenter fra sagens anlæg til betaling sker.

Mere subsidiær påstand 3A

De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt at betale kr. 3.406.958.104,46, hvilket beløb fordeles blandt sagsøgerne, som anført i Bilag 3, med tillæg af procesrenter af dette beløb forholdsmæssigt fordelt efter de af sagsøgerne opgjorte beløb, regnet fra beløbenes forfaldstidspunkter i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006 til betaling sker.

Mere subsidiær påstand 3B

De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt at betale kr. 3.406.958.104,46, hvilket beløb fordeles blandt sagsøgerne, som anført i Bilag 3, med tillæg af procesrenter fra sagens anlæg til betaling sker.

Mere subsidiær påstand 4A

De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt at betale kr. 1.122.961.269,06, hvilket beløb fordeles blandt sagsøgerne, som anført i Bilag 4, med tillæg af procesrenter af dette beløb forholdsmæssigt fordelt efter de af sagsøgerne opgjorte beløb, regnet fra beløbenes forfaldstidspunkter i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006 til betaling sker.

Mere subsidiær påstand 4B

De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt at betale kr. 1.122.961.269,06, hvilket beløb fordeles blandt sagsøgerne, som anført i Bilag 4, med tillæg af procesrenter fra sagens anlæg til betaling sker.

Mest subsidiær påstand 5A

De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt at betale et af retten fastsat mindre beløb med tillæg af procesrenter af dette beløb forholdsmæssigt fordelt efter de af sagsøgerne opgjorte beløb, regnet fra beløbenes forfaldstidspunkter i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006 til betaling sker.

Mest subsidiær påstand 5B

De sagsøgte tilpligtes in solidum eller alternativt at betale et af retten fastsat mindre beløb med tillæg af procesrenter fra sagens anlæg til betaling sker.

SAGSFREMSTILLING

1. Indledning

Denne sag drejer sig om, at sagsøgerne kræver erstatning fra sagsøgte for det økonomiske tab, som efter sagsøgernes opgørelse er en følge af sagsøgtes overtrædelse af konkurrenceloven.

Konkurrencemyndighederne har fastslået, at sagsøgte har overtrådt konkurrenceloven. Overtrædelsen består i, at sagsøgte har en såkaldt dominerende stilling på markedet og har misbrugt denne markedsposition til at opkræve urimeligt høje priser for el i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006.

Sagsøgerne gør gældende, at sagsøgtes markedsmisbrug har medført højere priser for el, hvorfor sagsøgerne har betalt for meget for deres el-forbrug, og derved lidt et tab, som nu kræves erstattet.

2. Beskrivelse af konkurrencelovens forbud mod misbrug af dominerende stilling

2.1 Baggrund for regelsættet

Der gælder et særligt regelsæt for dominerende virksomheder, da konkurrencen på et marked, hvor der er en dominerende virksomhed, allerede som følge heraf er begrænset. De normale markeds kræfter vil derfor ikke selv være i stand til inden for rimelig tid at afbøde en uhensigtsmæssig markedsadfærd fra en dominerende virksomheds side.

Det kan illustreres med et eksempel: Hvis en virksomhed på et marked med effektiv konkurrence (dvs. uden en dominerende markedsdeltager) hæver sine priser til et urimeligt højt niveau, vil det normalt medføre, at kunderne handler andetsteds, hvorfor den pågældende virksomheds salg vil mindskes eller forsvinde helt. Hvis virksomheden indtager en dominerende markedsposition, er det ikke sikkert, at andre virksomheder kan efterkomme efterspørgslen, hvilket betyder, at kunderne er tvunget til at købe fra den dominerende virksomhed uanset prisen, hvorfor en prisstigning ikke vil medføre en nedgang i salget.

For at beskytte mod dens slags uhensigtsmæssigheder, forbyder konkurrenceloven § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1, at dominerende virksomheder opkræver urimeligt høje priser.

2.2 Dominerende stilling

En virksomhed anses for at indtage en dominerende stilling, når den har en markedsposition, der giver mulighed for at handle uafhængigt i forhold til konkurrenter og kunder.

2.3 Misbrug af dominerende stilling

Konkurrenceloven indeholder en ikke-udtømmende opregning over forskellige former for markedsadfærd, der kan udgøre et ulovligt misbrug.

Generelt sondres der mellem to former for misbrug; ekskluderende og udnyttende adfærd.

Ved ekskluderende adfærd forstås handlinger, der har til hensigt at udelukke konkurrenter fra markedet, hvorved konkurrencen begrænses. Eksempler på markedsadfærd, der falder i denne kategori, kan være leveringsnægtelser, eksklusivaftaler og loyalitets-skabende rabatter.

Ved udnyttende adfærd udnytter den dominerende virksomhed sin markedsposition på ulovlig vis. Den mest oplagte udnyttende adfærd er opkrævning af urimeligt høje priser, men også andre urimelige forretningsvilkår, udbudsbegrænsninger og forskellige former for diskrimination af handelspartnere er omfattet.

Praksis har slået fast, at misbrug af dominans er et objektive begreb. Der er således ikke noget krav om, at der kan påvises en subjektiv hensigt.

2.4 Misbrug ved opkrævning af urimeligt høje priser

Konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1, nævner udtrykkeligt, at et misbrug kan foreligge ved direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser.

Praksis fra EF-domstolen viser, at der er tale om misbrug af dominerende stilling, hvis prisen ikke står i rimeligt forhold til værdien af varen, hvilket kan være tilfældet, hvis der er tale om en særlig høj pris, der ikke sagligt kan begrundes.

Metoden til at fastslå, hvorvidt en pris er urimelig høj, findes i EF-domstolens dom i United Brands-sagen, hvor EF-domstolen formulerede en test, som betegnes United Brands-testen.

Denne test indeholder to led, hvorefter det først skal fastslås, om der er et urimeligt forhold mellem de faktisk afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris (første

led), og i bekræftende fald, om den opkrævede pris enten i sig selv eller i forhold til konkurrerende varer er urimelig (andet led).

3. **Beskrivelse af el-markedet**

Det relevante marked for denne sag er engros-markedet for el.

På dette marked sælger elproducenter deres produktion af el til store aktører, såsom elhandelselskaber.

En aftale kan enten indgås bilateralt (Over The Counter) eller på den nordiske elbørs, Nord Pool. Dette kaldes spotmarkedet.

På Nord Pool indmelder elproducenterne en vis mængde el i hver time til en bestemt pris. Aftagerne indmelder samtidig den mængde, de ønsker at købe i hver enkelt time.

På baggrund af indmeldingerne kan det opgøres hvor stor en efterspørgsel, der er i hver enkelt time, og hvor stor en del af producenternes indmeldinger, der er nødvendig for at dække efterspørgslen.

Den produktion, der indgår i en given time, udvælges efter den pris, som producenten har sat, således at den produktion med den laveste pris anvendes først. Der gælder imidlertid det særlige hvad angår prisdannelsen, at det er prisen for den sidst indmeldte solgte produktion, der er prisdannende for hele den solgte produktion. Dette kan illustreres med følgende eksempel:

Der er 3 producenter, som hver indmelder 500 MW i en given time. Producent A kræver kr. 10 pr. MW, producent B kræver kr. 20 pr. MW, og producent C kræver kr. 30 pr. MW.

Efterspørgslen er 1.300 MW i den pågældende time, hvorfor producent A og B får solgt al deres indmeldte produktion, mens producent C kun får solgt 300 MW.

Prisen for alle 1.300 MW sættes af den sidst indmeldte solgte produktion, som er kr. 30 pr. MW, hvorfor alle aftagerne skal betale kr. 30 pr. MW, uanset både producent A og B havde indmeldt en lavere pris.

El kan som bekendt ikke lagres, hvorfor aftagerne ikke har mulighed for at købe mere, end der forbruges i hver enkelt time.

Derudover er el nødvendig for at produktionsapparatet kan fungere, hvorfor det generelt ikke er muligt at afstå fra at købe el, uanset hvad prisen er.

El er derfor en meget speciel vare, da den er nødvendig for aftagerne, og den samtidig ikke kan lagres. Disse specielle karakteristika danner grundlag for, at en dominerende elproducent kan kræve en hvilken som helst pris for sin indmeldte produktion på Nord Pool, hvorefter aftagerne vil være tvunget til at betale prisen, da de alternativt ikke kan få levering af el og derfor må stoppe deres produktionsapparat.

Nord Pool dækker hele Norden, men er delt op i seks forskellige prisområder, som er forbundet med transmissionskabler, der imidlertid har en begrænset kapacitet.

Det er formålet med børsen, at prisen mellem de forskellige prisområder udlignes, således at der sendes el fra et lavprisområde til et højprisområde. Det er således formålet at opnå en ens pris i hele Nord Pool's område, som kaldes systemprisen.

Kapaciteten på transmissionskablerne er imidlertid begrænset, hvilket betyder, at de indmeldte udbuds- og efterspørgselskurver ofte medfører, at kapaciteten bliver fyldt op i et kabel. I så tilfælde vil området udgøre et selvstændigt prisområde, og der fastsættes en områdepris i stedet for systemprisen.

Det betyder eksempelvis, at hvis prisen er højere i Vestdanmark end i Norge og Sverige, vil der i første omgang ske en eksport af el fra Norge og Sverige til Vestdanmark. Da transmissionskablerne imidlertid har en begrænset kapacitet, kan der opstå en flaskehals, som medfører, at det ikke er muligt at transportere mere el ind i Vestdanmark. I så tilfælde vil der blive fastsat en speciel områdepris for Vestdanmark.

Der henvises til en yderligere beskrivelse af markedet i Konkurrencerådets afgørelse (Bilag 6, punkt 41-73).

På grundlag af ovenstående er det relevante marked defineret som engros-markedet for el i Vestdanmark.

4. Sagsøgtes markedsposition

Sagsøgte var indtil sommeren 2006 den eneste producent, der ejede centrale el-produktionsanlæg i Vestdanmark.

Sagsøgtes produktion udgjorde så stor en andel af den solgte produktion i Vestdanmark, at sagsøgte indtog en dominerende stilling.

Pr. 1. juli 2006 skete der et frasalg til Vattenfall af flere centrale værker, men sagsøgte er stadig den dominerende producent.

Sagsøgte var residual monopolist, hvilket betyder, at sagsøgtes produktion ofte var nødvendig for at dække hele efterspørgslen, fordi produktion fra de øvrige producenter i

Vestdanmark sammen med importeret el ikke var tilstrækkelig til at dække hele efterspørgslen, hvorfor sagsøgte opnåede en monopolstilling i bestemte timer. Dette skal ses i sammenhæng med den ovenfor beskrevne prisdannelse, hvor det er den sidst indmeldte solgte produktion, der er prissættende for hele den solgte produktion i den pågældende time. Da sagsøgtes produktion var nødvendig for at dække efterspørgslen, og sagsøgte i øvrigt havde en dominerende stilling i alle timer, kunne sagsøgte fastsætte prisen uafhængigt af andre producenter og kunderne.

5. **Elsam I-afgørelsen**

Konkurrencerådet foretog i 2003 en analyse af prissætningen på markedet for el-spot i 2000 og 2001 i henholdsvis Øst- og Vestdanmark. Afgørelsen fremlægges som Bilag 5.

Konkurrencerådet behandlede spørgsmålet om, hvorvidt Elsam (sagsøgte) og Energi E2 havde misbrugt deres respektive dominerende stillinger til at opkræve urimeligt høje priser ved engrossalget af el på Nord Pool.

Sagsøgte valgte at afgive en række frivillige tilsagn, og på den baggrund valgte Konkurrencerådet at lukke sagen i henhold til konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt. Der blev således ikke truffet en afgørelse i sagen.

Konkurrencestyrelsen modtog imidlertid nye klager over sagsøgtes prissætning og startede derfor en ny undersøgelse. I den forbindelse opsagde Konkurrencestyrelsen den 23. juni 2005 tilsagnsaftalen med sagsøgte, idet Konkurrencestyrelsen anså aftalen for overtrådt i perioden 1. juli – 30. september 2003. Hertil kom, at forudsætningerne for aftalen ikke var opfyldt, idet det forventede konkurrencepres fra Tyskland aldrig havde vist sig.

6. **Elsam II-afgørelserne**

Den 30. november 2005 traf Konkurrencerådet afgørelse om, at sagsøgte i perioden 1. juli 2003 – 31. december 2004 havde misbrugt sin dominerende stilling på det vestdanske marked ved at anvende en prisstrategi for indmeldelse på Nord Pool, der var udtryk for urimeligt høje priser. Afgørelsen fremlægges som Bilag 6.

Afgørelsen var baseret på en række meget omfattende analyser af det relevante marked og sagsøgtes prisstrategi.

I overensstemmelse med den ovenfor nævnte United Brands-test foretog Konkurrencerådet en opgørelse over sagsøgtes omkostninger og sammenholdt disse med sagsøgtes indtægter, opgjort for hver enkelt time ved prisindmeldingen til Nord Pool. På den baggrund identificerede Konkurrencerådet en række såkaldte kritiske timer, hvor sag-

søgtes pris medførte en urimelig høj avance. Dette svarede til United Brands-testens første led.

Derefter foretog Konkurrencerådet en sammenligning mellem prisniveauet i de såkaldte kritiske timer og prisniveauet i de øvrige timer og fandt, at der var en meget væsentlig forskel. På den baggrund fandt Konkurrencerådet, at priserne var urimelige i sig selv. Dette opfyldte United Brands-testens andet led.

Derudover blev der foretaget en række supplerende tests, som alle bekræftede konklusionen om, at sagsøgte havde opkrævet urimeligt høje priser.

Ud over at slå fast, at sagsøgte havde misbrugt sin dominerende stilling i den relevante periode, valgte Konkurrencerådet også at udstede et prispåbud til sagsøgte, som fastsatte et loft over de priser, som sagsøgte fremover måtte indmelde til Nord Pools spotmarked.

Konkurrencerådets afgørelse blev af sagsøgte påklaget til Konkurrenceankenævnet, som afsagde kendelse i sagen den 14. november 2006. Kendelsen fremlægges som Bilag 7.

Konkurrenceankenævnet anførte 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."

Konkurrenceankenævnet stadfæstede således Konkurrencerådets afgørelse for så vidt angår konstateringen af misbrug af dominerende stilling, men ophævede i øvrigt afgørelsen hvad angår sanktionen (prispåbudet).

Konkurrenceankenævnets kendelse er indbragt for Sø- og Handelsretten, hvor sagen i øjeblikket verserer som sag U-0001-07 (DONG Energy Power A/S mod Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet).

7. **Elsam III-afgørelsen**

I fortsættelse af Konkurrenceankenævnets kendelse fra 2006 (Bilag 7) valgte Konkurrencestyrelsen at foretage en yderligere undersøgelse af sagsøgte markedsadfærd i den efterfølgende periode fra 1. januar 2005 til 31. december 2006.

Afgørelse herom blev truffet på Konkurrencerådets møde den 20. juni 2007. Afgørelsen fremlægges som Bilag 8.

Konkurrencestyrelsens undersøgelser viste, at sagsøgte også i denne periode havde overtrådt konkurrenceloven ved misbrug af dominerende stilling. Konkurrencerådet traf derfor en enslydende afgørelse herom.

Denne afgørelse er påklaget til Konkurrenceankenævnet.

8. **Præsentation af gruppen af sagsøgere**

Der er i alt 4 elhandelselskaber blandt sagsøgerne. Disse 4 elhandelselskaber har aftaget el fra sagsøgte på den nordiske el-børs, Nord Pool.

Elhandelselskaberne har solgt den indkøbte mængde el videre til elhandelselskabernes kunder, som omfatter erhvervsvirksomheder, kommuner og forsyningspligtselskaber.

Når prisen på Nord Pool har været urimelig høj, har dette i første omgang medført et tab for elhandelselskaberne, der har været de direkte aftagere af el på Nord Pool.

Men hvis elhandelselskabets kunde har betalt spotprisen, så er tabet blevet overvæltet på kunden, hvorfor det er den pågældende kunde, der har lidt et tab og derfor er rette sagsøger.

Derfor omfatter kredsen af sagsøgere også de kunder, der har haft risikoen for en urimelig høj pris på Nord Pool, og derfor er de egentlige skadelidte.

Der er også mange kunder, som har indgået finansielle kontrakter med elhandelselskaberne. Der findes mange forskellige kontraktstyper, men det gælder for dem alle, at prissætningen for den finansielle kontrakt er påvirket af den forventede prisudvikling på spotmarkedet på Nord Pool. Det betyder, at de kunder, der har haft en finansiell kontrakt, har lidt tab ved, at prisen for deres finansielle kontrakt har været højere som følge af den ulovlige høje prissætning på Nord Pool. Derfor omfatter kredsen af sagsøgere også kunder, der har lidt et tab på deres finansielle kontrakter.

BECH-BRUUN

Det er imidlertid ikke i alle tilfælde, at elhandelselskaberne har overvæltet risikoen for prisudviklingen i spotmarkedet på deres kunder. I disse tilfælde har elhandelselskaberne selv lidt et tab, hvorfor de også er med i sagen som selvstændige sagsøgere.

ANBRINGENDER

1. Indledende betragtninger

1.1 Kommissionens synspunkter om elmarkedet

Elmarkedet er et af de markeder, der har haft størst bevågenhed fra Kommissionen de senere år.

Kommissionen har udgivet en Energy Sector Inquiry den 10. januar 2007. Kommissionen konkluderer, at selvom der er sket væsentlige fremskridt i liberaliseringen af energimarkederne, er der stadig væsentlige barrierer på markedet, der gør, at fri konkurrence endnu ikke eksisterer i fuldt omfang.

Kommissionen anfører blandt andet, at der på flere markeder er en meget høj grad af markedskoncentration, og at dens analyser af handlen på elbørserne har vist, at på en række markeder har producenterne mulighed for eksempelvis at hæve priserne eller begrænse udbuddet.

Det anføres af Kommissionen, at markedsundersøgelserne viste, at koncentrationen på de nationale engrosmarkeder gav mulighed for at udøve markedsmagt, da producenterne kan hæve priserne til et urimeligt højt niveau.

Elmarkedet har en række karakteristika, der gør, at dette er muligt. El kan ikke lagres, efterspørgslen er i usædvanlig høj grad uelastisk, der er meget forskellige omkostninger ved de forskellige produktionsformer samt endelig det faktum, at alt det el, der sælges på børserne i en given time, sælges til den samme høje pris.

Disse svære markedsforhold forværres, hvis der er en producent, der har en høj markedsandel eller endda er residual monopolist. Det er tilfældet, hvis en producents produktion er nødvendig for at dække efterspørgslen, altså hvis der fx er en total efterspørgsel i en given time på 1.000 MW, og der er 3 producenter, hvor de 2 første maksimalt kan indmelde henholdsvis 200 MW og 300 MW, så er den tredje producent residual monopolist, fordi hans produktion er nødvendig for at dække efterspørgslen, og han kan derfor sætte prisen som en monopolist.

En dominerende producent har helt unikke muligheder for at sætte prisen på et kunstigt og urimeligt højt niveau. Kommissionen anfører således, at hvor der er tale om, at den samme producent ofte er prissættende, vil denne producent hurtigt kunne opbygge en viden om, hvor højt priserne kan presses op, uden at det medfører en risiko for, at andre producenter har indmeldt lavere priser. Da efterspørgslen endvidere er uelastisk, vil prisen kunne presses endog meget højt op.

Kommissionens konklusioner er følgende:

"I engrosledet er gasmarkedet og elmarkedet stadig nationale i omfang, og generelt har man opretholdt det høje koncentrationsniveau fra perioden før liberaliseringen. Dette giver spillerum til at udnytte en stærk markedsposition.

Selv om handelen med elektricitet er mere udviklet, afspejler salget på engros-markederne for el generelt den betydelige grad af koncentration i elproduktionen. En analyse af handelen på elkraftbørserne viser, at elproducenterne på en række af dem har spillerum til at udnytte deres stærke markedsposition ved at hæve priserne, hvilket mange kunder også har udtrykt bekymring over. En analyse af handelspositionerne på terminsmarkederne, som overordnet set er præget af mindre koncentration, viser, at elmarkederne er afhængige af få leverandører med lange positioner (dvs. de fremstiller mere, end de videresælger). En analyse af produktions sammensætningerne viser, at de vigtigste elproducenter har mulighed for at trække kapacitet tilbage for at hæve priserne."

Det nævnes specifikt i rapporten, at anvendelse af konkurrencereglerne er et afgørende element til løsning af disse problemer, og som det vil fremgå nedenfor, spiller muligheden for privat håndhævelse af disse regler en væsentlig rolle.

Det betyder, at nærværende sag om erstatning som følge af en overtrædelse af konkurrenceloven i form af opkrævning af urimeligt høje priser for el indgår i den samlede indsats for at forbedre markedssituationen.

1.2 Bemærkninger om betydning af privat håndhævelse

Det følger af praksis fra EF-domstolen, at private skal kunne kræve erstatning, såfremt de som følge af en overtrædelse af konkurrencereglerne lider tab.

Kommissionen har fulgt denne retspraksis op ved at udgive en Grønbog, der behandler muligheden for civile erstatningssager.

Det er således hensigten, at overholdelsen af konkurrencereglerne skal sikres bedre både ved pålæggelse af strafferetlige bøder samt idømmelse af erstatning til de private, der har lidt tab som følge af konkurrencelovsovertrædelsen.

De nationale domstole er derfor forpligtede til at sikre, at der inden for rammerne af den nationale lovgivning gives gode og effektive muligheder for at føre erstatningssager mod virksomheder, som har overtrådt gældende konkurrencelovgivning.

2. Ansvarsgrundlag

2.1 Indledning

Der gælder ikke specielle regler for erstatning som følge af en overtrædelse af konkurrenceloven. Det følger af lovforarbejderne, at det er dansk rets almindelige regler om erstatning, der skal finde anvendelse, idet følgende er anført:

"I det omfang konkurrencebegrænsninger i strid med loven påfører en fysisk eller juridisk person et tab, vil der typisk være tale om en retsstridig handling, som kan gøre det muligt for den skadelidte at søge erstatning gennem et civilt søgsmål. Da dette imidlertid følger af dansk rets almindelige regler, er det ikke fundet nødvendigt at indsætte en udtrykkelig bestemmelse herom."

2.2 Overtrædelserne af konkurrenceloven er culpøse

Det gøres gældende, at sagsøgte har handlet ansvarspådragende ved at have overtrådt konkurrenceloven, som fastslået af Konkurrenceankenævnet ved kendelse af 14. november 2006 og Konkurrencerådet ved afgørelse af 20. juni 2007, og derfor er erstatningsansvarlig over for sagsøgerne.

En overtrædelse af konkurrenceloven § 11, stk. 1, jf. stk. 3, udgør en overtrædelse af en offentligretlig forskrift, og vil derfor som helt klart udgangspunkt udgøre en culpøs handling, der berettiger sagsøgerne til at få erstatning.

I det foreliggende tilfælde har sagsøgte bevidst hævet prisen i strid med konkurrenceloven for at opnå en unormal høj fortjeneste. Sagsøgte har derfor haft til hensigt at udnytte sin dominerende markedsposition til at opnå en supranormal profit på bekostning af sagsøgerne.

Det følger af dansk rets almindelige erstatningsregler, at overtrædelse af en forskrift udgør en ansvarspådragende handling. Det betyder, at sagsøgtes overtrædelse af konkurrenceloven udgør en culpøs handling, som i sig selv er et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag for at ifalde erstatningsansvar.

Der er adskillige eksempler fra retspraksis, hvor domstolene har tillagt overtrædelse af en forskrift direkte erstatningsretlig betydning.

Retspraksis vedrørende erstatningsansvar som følge af overtrædelse af netop konkurrencereglerne er sparsom, men der findes 3 offentliggjorte domme, hvor det i alle tilfælde blev konstateret, at overtrædelse af konkurrenceloven er erstatningspådragende.

2.3 Overtrædelserne af konkurrenceloven er konstateret

Det er ikke genstand for denne sag, hvorvidt sagsøgte faktisk har overtrådt konkurrenceloven, da det er konstateret af konkurrencemyndighederne.

Konkurrencerådet har således i sin afgørelse af 30. november 2005 fastslået, at sagsøgte overtrådte konkurrenceloven (og EF-traktatens artikel 82) i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2004 (Bilag 6). Sagsøgte indbragte denne afgørelse for Konkurrenceankenævnet, som imidlertid ved kendelse af 14. november 2006 stadfæstede, at sagsøgte havde overtrådt konkurrenceloven (Bilag 7).

Konkurrencerådet har ved afgørelse af 20. juni 2007 truffet afgørelse om, at sagsøgte fortsatte med at overtræde konkurrenceloven (og EF-traktatens artikel 82) i 2005 og 2006 (Bilag 8).

Det fremgår af begge afgørelser fra Konkurrencerådet (Bilag 6 og 8), at overtrædelsen også omfatter EF-traktatens artikel 82 (der vedrører misbrug af dominerende stilling). Det betyder, at sagsøgtes ulovlige markedsadfærd også har haft en samhandelspåvirkning, hvorfor Konkurrencestyrelsen har foretaget høring af Kommissionen, som har godkendt afgørelserne (se Bilag 6, punkt 271-277 og Bilag 8, punkt 234-243).

2.4 Overtrædelsernes grovhed og varighed

Sagsøgtes overtrædelse af konkurrenceloven er sket i form af opkrævning af urimeligt høje priser.

Konkurrencelovens formål er at sikre en effektiv konkurrence med deraf følgende lave priser til fordel for forbrugerne. Når en dominerende virksomhed misbruger sin markedsposition til at opkræve urimeligt høje priser er dette direkte i strid med lovens formål, og udgør derfor en grov overtrædelse af konkurrenceloven.

Det er angivet i lovforarbejderne, at en meget grov overtrædelse kan bestå i prisaftaler og grov misbrug af dominerende stilling.

Konsekvensen af en kartelaftale om priser er, at priserne for køberne bliver højere end på et marked med effektiv konkurrence. Det gælder tilsvarende, at konsekvensen af et misbrug af dominerende stilling ved opkrævning af urimeligt høje priser er, at prisen for køberne bliver højere end på et marked med effektiv konkurrence. Derfor er sagsøgtes overtrædelse af konkurrenceloven i samme alvorlige kategori som priskarteller.

Sagsøgtes overtrædelse af konkurrenceloven har endvidere fundet sted i en meget lang periode fra 1. juli 2003 til 31. december 2006. Overtrædelsen er endda fortsat selv

efter at Konkurrencerådet den 30. november 2005 traf afgørelse om, at markedsadfærd var i strid med konkurrenceloven.

2.5 Sagens strafferetlige aspekt

Sagsøgtes overtrædelse af konkurrenceloven er strafferetligt sanktioneret.

Det må forventes, at Konkurrencestyrelsen overbringer sagen til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk kriminalitet med henblik på tiltalerejsning i henhold til konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 4 og 13.

Normalt overbringer Konkurrencestyrelsen ikke en sag til bagmandspolitiet, før den administrative behandling er helt afsluttet. Det betyder, at Konkurrencestyrelsen formentlig afventer Konkurrenceankenævnets kendelse vedrørende Konkurrencerådets afgørelse af 20. juni 2007. Det forventes, at der foreligger en kendelse herom i starten af 2008.

Det strafferetlige aspekt har ingen direkte betydning for sagsøgtes erstatningsansvar, men det nævnes for at illustrere grovheden af sagsøgtes overtrædelse af konkurrenceloven.

3. Årsagssammenhæng

3.1 Indledning

Det gøres det gældende, at grovheden af sagsøgtes overtrædelse af konkurrenceloven medfører, at beviskravet til påvisning af årsagssammenhæng er mindsket.

Det er imidlertid under alle omstændigheder åbenbart konstaterbart, at der er årsagssammenhæng mellem sagsøgtes opkrævning af urimeligt høje priser og sagsøgernes tab.

Sagsøgernes tab er realiseret både på spotmarkedet og på markedet for finansielle kontrakter.

3.2 Årsagssammenhæng med tab på spotmarkedet

Der er en åbenbar sammenhæng mellem det forhold, at sagsøgte har opkrævet en urimelig høj pris på spotmarkedet og det tab, som sagsøgerne har lidt på spotmarkedet.

Sagsøgernes tab, relateret til spotmarkedet, udgør differencen mellem en rimelig pris og den opkrævede urimelige pris.

Tabet på spotmarkedet er en direkte følge af sagsøgtes opkrævning af en urimelig høj pris i strid med konkurrenceloven.

3.3 Årsagssammenhæng med tab på markedet for finansielle kontrakter

Det gøres gældende, at sagsøgerne har lidt et tab på markedet for finansielle kontrakter.

Det skyldes, at prisen for de forskellige finansielle kontrakter blev højere som en konsekvens af den usikkerhed, der opstod på spotmarkedet, grundet sagsøgtes ulovlige prisstrategi.

Prisen for en finansiell kontrakt indeholder en risikopræmie, der afspejler den risiko, der er forbundet med kontrakten. Usikkerheden på spotmarkedet påvirker denne faktor, således at risikopræmien stiger.

Markedsdeltagerne har en række forskellige muligheder for at forudse prisudviklingen og dermed fastsætte en normal risikopræmie. Det er imidlertid ikke muligt at forudse, hvornår en dominerende producent vælger at opkræve urimeligt høje priser, og dermed kan de store udsving på spotmarkedet ikke forudses. Konsekvensen af denne usikkerhed er, at risikoen for uforudsigelige prisudsving er blevet indregnet i risikopræmierne.

Det betyder, at risikopræmierne på markedet for finansielle kontrakter er steget som følge af sagsøgtes markedsmisbrug på spotmarkedet.

Det må anses for åbenbart, at der er en vis sammenhæng, men det vanskelige består i at konstatere omfanget af påvirkningen - altså hvor meget risikopræmierne er steget som en konsekvens af sagsøgtes markedsmisbrug. Sammenhængen mellem de to markeder er blevet undersøgt af en række økonomer, hvilken undersøgelse fremlægges som Bilag 9.

Dette Research Paper påviser matematisk, at der er en klar og signifikant sammenhæng mellem forward risikopræmien og spot volatilitet og misbrugsdage i spotmarkedet. Dermed er årsagssammenhæng blevet matematisk påvist, og samtidig er omfanget af påvirkningen blevet påvist.

Derudover har Copenhagen Economics foretaget en analyse, som tilsvarende viser en årsagssammenhæng.

4. Adækvans

Det er åbenbart påregneligt for sagsøgte, at fastsættelse af en urimelig høj pris medfører et tab for aftagerne svarende til differencen mellem en rimelig pris og den fastsatte urimeligt høje pris.

Sagsøgte vidste derfor, at den ulovlige prissætning ville medføre et tab for sagsøgerne.

Dette er helt åbenbart for tab, der relaterer sig til handel på spotmarkedet.

Det gælder imidlertid også for tab, der relaterer sig til markedet for finansielle kontrakter, idet sagsøgte var vidende om, at en usikkerhed om prissætningen på spotmarkedet automatisk ville medføre højere priser for de finansielle kontrakter. Derfor vidste sagsøgte, at den ulovlige markedsadfærd også ville medføre et tab for sagsøgerne på det finansielle marked.

Kravet om adækvans er derfor opfyldt.

5. Tabsopgørelse

5.1 Indledende betragtninger om tabsopgørelse

Udgangspunktet er, at en part, der har lidt et tab som følge af en konkurrencebegrænsende adfærd, skal stilles som om overtrædelsen ikke var sket. Dette indebærer en sammenligning mellem to hændelsesforløb: et hypotetisk hændelsesforløb, dvs. det hændelsesforløb, som sandsynligvis ville være indtrådt, hvis der ikke havde foreligget en ulovlig markedsadfærd, og det faktiske hændelsesforløb. Den økonomiske difference mellem de to hændelsesforløb udgør tabet.

Generelt kan der ikke stilles krav om, at skadelidte skal kunne dokumentere sit tab krone for krone i konkurrenceretlige sager. Det følger både af teori og retspraksis. Det er således tilstrækkeligt, at sagsøgerne blot kan sandsynliggøre størrelsen af tabet.

I denne sag udgør det samlede tab et meget stort beløb.

Dette skal dog ses i sammenhæng med, at antallet af sagsøgere er meget højt, hvorfor tabet er fordelt på et stort antal virksomheder, herunder forsyningspligtselskaber som forsyner et stort antal forbrugere.

Derudover har sagsøgtes ulovlige markedsadfærd fundet sted over 3½ år, hvorfor det samlede tab er oparbejdet over en lang periode.

Endelig kan det samlede tab i denne sag sættes i relation til den samlede udgift til el i perioden. Dette udgør ifølge officielle tal cirka kr. 20,5 mia. Hertil kommer værdien af de fremadrettede finansielle kontrakter. Det betyder, at tabet i henhold til den principale påstand kun udgør cirka 20 % af den samlede betaling, hvilket svarer det til, at der gennemsnitligt er betalt en overpris på cirka 20 %. Dette kan sammenholdes med, at sagsøgte priser i mange timer har medført avancer på over 200 %, hvorfor et gennemsnitligt tab svarende til 20 % af salgsprisen må anses for et konservativt skøn.

5.2 Praktisk udarbejdelse af tabsberegningsmodel

Sagsøgerne har udarbejdet en matematisk model, der udtrykker den pris, som ville have været en rimelig pris i hver enkelt time i perioden ud fra de forskellige forudsætninger.

Derudover har sagsøgerne fået udarbejdet en tabsberegningsmodel, der kan beregne, hvilken pris sagsøgerne havde betalt for deres finansielle kontrakter, hvis sagsøgte ikke havde udøvet en ulovlig markedsadfærd ved opkrævning af urimeligt høje priser.

Til brug for udarbejdelsen af disse tabsberegningsmodeller er anvendt førende økonomiske professorer.

De teoretiske tabsberegningsmodeller kan beregne den rimelige pris i hver enkelt time og dermed prisdifferencen til den faktisk opkrævede pris.

Dette skal sammenholdes med den mængde, hver enkelt sagsøger har indkøbt. For at beregne hver enkelt sagsøgers tab, er de beregnede rimelige priser sammenholdt med sagsøgernes forbrugsdata, som er data, der kan dokumenteres som fakta.

Den teoretiske tabsberegningsmodel er blevet udarbejdet i elektronisk form, så det ved hjælp af et specielt designet program kan beregnes, hvilket tab den enkelte sagsøger har haft.

Hver enkelt sagsøgers kontraktsforhold er blevet indtastet i den elektroniske tabsberegningsmodel, da det er afgørende for tabsberegningen, hvilket tidspunkt kontrakten er indgået, hvilken periode der er sket levering, hvilken pris der er betalt og hvilken kontraktstype der er tale om.

Selve indtastningen af data er blevet controlled af statsautoriserede revisorer fra Grant Thornton.

Når mængden sammenholdes med den beregnede rimelige pris, kan tabet opgøres som differencen mellem det beløb, der faktisk er betalt, og det beløb der burde have været betalt.

5.3 Retspraksis

Dansk retspraksis omfatter tre domme, hvor der er tilkendt erstatning på baggrund af konkurrenceretlige overtrædelser.

De to første sager (EKKO-sagerne) angik begge, at der var blevet opkrævet et tillæg på kr. 100 for udvalgte leverancer til den erstatningssøgende virksomhed.

Tabsopgørelsen i disse sager var meget enkel, da tabet kunne opgøres på grundlag af antal leverancer multipliceret med kr. 100. Der var ikke uenighed om beløbets størrelse. Det var derfor ikke nødvendigt at indlægge et skøn, da tabets størrelse kunne dokumenteres præcist.

I den tredje sag var der tale om misbrug af dominerende stilling, hvilket også er den overtrædelse, der er tale om i den foreliggende sag.

Konkurrencelovsovertrædelserne bestod i, at den dominerende virksomhed havde opkrævet havneafgifter fra GT-linien. Optrædelse heraf fandtes at udgøre misbrug af dominerende stilling, hvorfor de for meget betalte havneafgifter skulle erstattes.

Det var ikke muligt at opgøre præcist, hvor stort tabet var, hvorfor Højesteret udmålte et skønsmæssigt tab på i alt kr. 10 mio.

Fakta i den sag er meget anderledes i forhold til den foreliggende sag, så det er ikke muligt at udlede noget af tabsopgørelsesmetoden, men der er andre aspekter i sagen, som kan anvendes på den foreliggende sag.

For det første fastslår Højesteret, at hvis den krænkende virksomhed gør gældende, at tabet er overvæltet på senere omsætningsled, så påhviler bevisbyrden for, at dette er tilfældet, den krænkende virksomhed. Der henvises til vores bemærkninger herom under afsnit 5.6.

For det andet fastslår Højesteret, at der ved tab af denne karakter skal tillægges procesrenter allerede fra tidspunktet, hvor tabet opstår. Der henvises til vores bemærkninger herom under afsnit 7.

5.4 Tab på spotmarkedet

På spotmarkedet består tabet i differencen mellem en beregnet rimelig pris og den faktiske opkrævede urimelige pris i hver time.

For at opgøre tabet skal der foretages en beregning af den rimelige pris i hver enkelt time i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006.

Denne beregnede rimelige pris skal sammenholdes med de faktisk opkrævede priser for hver time. Hvis der kan konstateres en forskel, er det udtryk for, at der har været opkrævet en urimelig høj pris.

Differencen mellem en beregnet rimelig pris og den faktisk opkrævede urimelige pris, sammenholdt med den indkøbte mængde, udgør tabet.

5.4.1 Beregning af en rimelig pris

Ved beregningen af den rimelige pris i hver time skal sagsøgte omkostninger fastsættes for hver time, og dertil skal lægges en rimelig avance.

5.4.2 Fastsættelse af sagsøgte omkostninger

For at kunne beregne en rimelig pris skal sagsøgte omkostninger forbundet med produktionen i hver enkelt time opgøres.

Sagsøgerne har ikke adgang til præcise oplysninger om sagsøgte omkostninger forbundet med produktionen, opgjort på timebasis.

Sagsøgerne har imidlertid mulighed for at foretage et skøn af sagsøgte omkostninger på grundlag af kendte markedsdata og almindeligt anvendte opgørelsesmetoder. Sagsøgnernes skøn har indlagt en række usikkerhedsfaktorer, som er beregnet til fordel for sagsøgte, idet der ved tvivl altid er foretaget en opskrivning af de skønnede omkostninger.

Det betyder, at de for tabsberegningen anvendte skønnede omkostninger med stor sandsynlighed er for høje i forhold til sagsøgte reelle omkostninger, men det er det bedst mulige skøn, sagsøgerne kan foretage.

Sagsøgerne anvender en marginalomkostningsmodel, hvorefter der kan foretages et skøn over de marginalomkostninger, der har været forbundet med produktion af én MW el.

De primære faktorer ved opgørelse af omkostninger ved elproduktion er valutakurser og udgiften til kul.

Ved beregningen af hvor meget kul, der skal anvendes til produktion af én MW el, skal den såkaldte virkningsgrad beregnes. De gennemsnitlige virkningsgrader i Danmark er

cirka 42 %. Sagsøgerne har valgt at anvende en virkningsgrad på 40 %. Dette tillæg skal kompensere sagsøgte for de naturlige udsving, der er i elprisen, som betyder, at avancen er lavere i off-peak-timerne end i peak-timerne. Ved at sætte virkningsgraden lavere, end den reelt er, opnås, at sagsøgte kompenseres for disse naturlige prisudsving.

Udover omkostninger til kul skal lægges omkostninger til drift og vedligeholdelse. Disse er opgjort på grundlag af sagsøgtes 2003-regnskab til kr. 35 pr. MWh for perioden 1. juli 2003 - 31. december 2004, mens det er justeret op til kr. 40 pr. MWh for 2005 og 2006.

Det skal anføres, at omkostninger til varmeproduktion indgår i disse omkostninger, og da sagsøgte får indtægter fra varmeproduktion, burde en del af disse omkostninger allokere til varmeproduktion. Dette er imidlertid ikke muligt for sagsøgerne at foretage, hvorfor sagsøgerne i stedet har valgt at ekskludere varmesalget fra indtægtssiden. Dette er entydigt til fordel for sagsøgte, idet de samlede omkostninger til elproduktion derved overvurderes, da der ikke tages højde for de nettoindtægter, sagsøgte oppebærer i relation til varmeproduktionen.

Samlet viser sagsøgernes fastsættelse af sagsøgtes omkostninger, at de generelt stemmer overens med den opgørelse, som NENA har foretaget for markedet generelt. NENA er et førende analysebureau, der bl.a. behandler elmarkedet. Denne overensstemmelse viser, at hvis sagsøgtes omkostninger ikke afviger markant fra de generelle markedsomkostninger, så passer sagsøgernes fastsættelse.

Omkostningerne skal teoretisk opgøres pr. time. I den forbindelse kan det anføres, at der er forskel på omkostningerne afhængig af tidspunktet på døgnet, da der i dagstimerne (peak-timer) anvendes mere el end om natten (off-peak-timer), hvorfor der anvendes flere produktionsenheder om dagen end om natten. Det antages, at det er de billigste produktionsenheder, der anvendes om natten, hvilket betyder, at de gennemsnitlige omkostninger for produktion af 1 MW er højere om dagen end om natten.

Selvom sagsøgerne ved, at der er forskel på omkostningerne i hver time, så kræver en opgørelse heraf kendskab til sagsøgtes omkostninger, opgjort pr. produktionsenhed, sammenholdt med denne produktionsenheds kapacitet, således at der kan foretages en opgørelse over sagsøgtes omkostninger for hver enkelt time under hensyntagen til hvilke produktionsenheder, sagsøgte skal anvende i de enkelte timer.

Sagsøgerne har imidlertid ikke adgang til data, der muliggør en segmentering på mere end én dag, hvorfor sagsøgerne har antaget, at marginalomkostningerne er ens i alle timer pr. dag.

Sagsøgte **opfordres** til at dokumentere de præcise omkostninger for alle sine produktionsenheder og angive produktionsenhedernes kapacitet, således at omkostninger fordelt på timebasis kan beregnes. Hvis sagsøgte ikke efterkommer denne opfordring, el-

ler ikke fremlægger tilstrækkelig dokumentation, gøres det gældende, at det skal tillægges processuel skadesvirkning, således at de af sagsøgerne anvendte omkostninger lægges til grund for tabsopgørelsen.

5.4.3 Rimelig fortjeneste

For at prisen i en given time kan anses for urimelig høj, skal fortjenesten i den pågældende time have været urimelig høj.

Derfor skal det fastlægges hvor høj en fortjeneste, sagsøgte kunne tillades at oppebære i hver enkelt time.

Konkurrencerådet anvender en normalfortjeneste, der svarer til gennemsnittet for dansk industri (10 % for perioden 2001-2003).

Det bemærkes samtidig i Konkurrencerådets afgørelse, at fortjenstniveauet for en el-producent burde være lavere end gennemsnittet for dansk industri, da risikoen for denne branche er lavere end gennemsnittet.

Sagsøgerne vælger ud fra et forsigtighedshensyn at anvende det samme niveau, som Konkurrencerådet har accepteret som en normalfortjeneste, uanset dette ikke tager højde for den lavere risiko i denne branche sammenlignet med gennemsnittet i dansk erhvervsliv.

På grundlag heraf gøres det gældende, at den rimelige fortjeneste skal fastsættes som 10 %.

5.4.4 Tabsopgørelsesmodel

Modellen beregner den rimelige pris for hver enkelt time på grundlag af de samlede omkostninger, opgjort for hver time, tillagt en fortjeneste.

Opgørelsen af de rimelige priser sammenholdes med de faktiske spotpriser i perioden for derved at identificere de timer, hvor der blev opkrævet en urimelig høj pris, og hvor stor prisdifferencen var i de pågældende timer.

Denne prisdifference skal sammenholdes med sagsøgernes indkøbte mængde i de pågældende timer.

Sagsøgernes tab på spotmarkedet er således opgjort ved at opgøre en eventuel prisdifference mellem den beregnede rimelige pris og den faktisk opkrævede pris i hver enkelt

time sammenholdt med hver enkelt sagsøgers mængde indkøbte el i den pågældende time.

5.5 Tab på markedet for finansielle kontrakter

5.5.1 Sammenhæng mellem spotmarked og markedet for finansielle kontrakter

Når en udbyder skal fastsætte en pris for en finansiell kontrakt, ses der på den forventede fremtidige prisudvikling på spotmarkedet. Hvis udbyderen af el fx aftaler en fast pris med en kunde i et helt år, skal udbyderen selv foretage indkøb af el på spotmarkedet til den til enhver tid gældende pris, men videresælge det til den aftalte faste pris. Der vil derfor altid blive indlagt en risikopræmie i den finansielle kontrakt, svarende til den usikkerhed, der er forbundet med at kunne forudse prisdannelsen på spotmarkedet.

Prisdannelsen på spotmarkedet styres af en række forskellige markedsforhold, herunder vejret, kulpriser og valutakurser. Disse forhold kan udbyderne forsøge at forudse på grundlag af deres kendskab til markedet.

Hvis der tilføjes markedet en yderligere usikkerhed i form af, at den dominerende producent over en længere periode i en lang række timer pludselig indmelder urimeligt høje priser, vil usikkerheden om den fremtidige prisfastsættelse blive væsentligt højere.

Markedsdeltagerne har ikke mulighed for at forudse, hvornår den dominerende producent vælger at indmelde en urimelig høj pris, eller i hvilket niveau det vil ske.

Det forhold, at sagsøgte fra 1. juli 2003 og fremefter indmeldte urimeligt høje priser på spotmarkedet, fik derfor den konsekvens, at prissætningen for de finansielle kontrakter også steg, da udbyderne af de finansielle kontrakter blev nødsaget til at indregne den øgede risiko i deres prissætning.

Det er netop skadevirkningen for forudsigeligheden, der medførte, at sagsøgtets markedsmisbrug medførte en øget risikopræmie.

Derfor kom aftagere, der valgte en finansiell kontrakt, til at betale en overpris som følge af den øgede usikkerhed på spotmarkedet, som skyldtes sagsøgtets markedsmisbrug.

Selvom det er åbenbart, at der er en påvirkning fra spotmarkedet til markedet for finansielle kontrakter, så skal det præcise omfang af denne påvirkning opgøres i forbindelse med en tabsberegning.

Som Bilag 9 er fremlagt et Research Paper, der opstiller en matematisk model for, hvilken påvirkning sagsøgtes ulovlige prissætning på spotmarkedet i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006 har haft for prisen for de finansielle kontrakter.

Dette er et afgørende element i sagsøgernes tabsopgørelse, da tabet for de finansielle kontrakter opgøres på grundlag af denne matematiske model. Der henvises til tilhørende Note on Specifications and Loss Calculations (Bilag 9).

Tabet for købere af finansielle kontrakter opgøres som differencen mellem den faktisk betalte pris og den pris, der havde været gældende, hvis sagsøgers ulovlige markedsadfærd ikke havde fundet sted.

Denne prisdifference skal multipliceres med den faktisk indkøbte mængde på grundlag af den finansielle kontrakt.

Hvad angår mængden gælder det for visse finansielle kontrakter, at de tidsmæssigt er gældende i en periode udover den periode, hvor det er konstateret, at sagsøgte har misbrugt sin dominerende stilling (fra 1. januar 2007 og fremefter). Det gælder fx, hvis en virksomhed har købt en finansiell kontrakt den 1. januar 2005 for et forbrug, der vedrører 2005-2008. Prisfastsættelsen i den finansielle kontrakt var for høj grundet sagsøgtes markedsmisbrug, men tabet kan endnu ikke opgøres præcist, da forbruget, der skal afregnes efter kontrakten, endnu ikke er realiseret. Til brug for tabsopgørelsen er det fremtidige forbrug blevet estimeret på grundlag af det historiske forbrug. Dette forhold kan gøre det nødvendigt at justere det opgjorte tab for disse sagsøgere, når det realiserede forbrug kendes, hvilket senest kan ske ved udgangen af 2009.

5.6 Overvæltningssynspunkt

Sagsøgerne har taget højde for, at der ikke kan kræves erstatning for et tab, hvis dette tab er overvæltet på senere omsætningsled.

De direkte skadelidte har været elhandelselskaberne, men de har overvæltet en del af tabet på deres kunder (virksomheder, kommuner og forsyningspligtselskaber).

Sagsøgerne har derfor allerede ved tabsopgørelsen taget højde for, hvor stor en del af det samlede tab, der kan henføres til elhandelselskaberne, og hvor stor en del, der er blevet overvæltet.

Det skal endvidere bemærkes, at det er sagsøgtes bevisbyrde, at der er sket en overvæltning, så uanset at der er taget højde herfor ved tabsopgørelsen, påhviler det sagsøgte at bevise et eventuelt anbringende om, at overvæltning har medført en anderledes tabsfordeling end angivet af sagsøgerne.

5.6.1 Tab for elhandelselskaber

Et elhandelselskab har i den relevante periode fra 1. juli 2003 til 31. december 2006 handlet på Nord Pool, hvorfor elhandelselskabet har købt el til de gældende spotpriser.

Hvis spotprisen i en given time har været ulovlig høj som følge af sagsøgtes markeds-misbrug, har elhandelselskabet betalt en for høj pris svarende til differencen mellem en beregnet rimelig pris og den faktisk betalte pris.

Elhandelselskabet kan imidlertid have overvæltet sit tab på sine egne kunder, og dette skal der tages højde for ved tabsberegningen.

Ved beregningen af elhandelselskabets tab på spotmarkedet er der derfor kun medtaget elhandelselskabets nettoposition på spotmarkedet, således at der kun beregnes tab på den mængde, der ikke i forvejen er risikoafdækket grundet bagvedliggende kontrakter med kunder, herunder både kunders spotkontrakter og finansielle kontrakter.

Derved sikres, at der kun beregnes tab på den nettosum, hvor elhandelselskabet ikke har foretaget overvæltning af risikoen for udviklingen i spotprisen på kunder.

Dette kan uddybes ved at angive, at kunders aftag er lig med elhandelselskabets totale spotindkøb, hvilket kan skrives som følgende ligning:

$$K = E$$

K = Kunders aftag
E = Elhandelselskabets totale spotindkøb

Kunderne kan afdække deres forbrug som spot eller finansielt. Derfor kan ligningen udbygges således:

$$\overbrace{(K_{spot} + K_{fin})}^K = E$$

K_{spot} = Samlet forbrug for de kunder, som har spotaftale
K_{fin} = Samlet forbrug for de kunder, som har finansielle aftaler

Elhandelselskabet kan foretage afdækning af den mængde, der er solgt til kunderne, og dermed begrænse sin egen risiko. Den del, hvor der ikke er foretaget afdækning, kaldes elhandelselskabets åbne position. Der kan opstilles følgende ligning:

$$\underbrace{\overbrace{(K_{spot}^A)}_{\text{Afdæktes}} + \overbrace{(K_{fin}^B)}_{\text{ikke}}}}_E - \overbrace{(Afd_{K_{fin}}^C)} = \overbrace{Åben_{pos}^D}$$

- Afd_K_fin = Samlet afdækning som er foretaget til de kunder, der har finansielle aftaler
- Led A : Spotkontrakter afdækkes ikke (Elhandelselskabet køber strømmen direkte for kunderne)
- Led A+B : Elhandelselskabets totale spotforbrug = E
- Led C : Overordnet foregår afdækningen på 2 måder:
 1) Fysiske OTC handler (DK1 handler)
 2) Finansielle handler på Nord Pool (DK1 CfD-kontrakter)

Fysiske OTC handler er de handler, som elhandelselskabet har afdækket direkte hos en anden modpart. Disse handler er typisk indgået til en fast pris, og modparten leverer strømmen direkte til elhandelselskabet. Hvis summen af disse handler er positiv, vil denne mængde reducere den mængde, som elhandelselskabet skal indkøbe på Nord Pool. Der søges ikke erstatning for disse OTC handler, idet indkøbene er foretaget for at afdække led B.

Finansielle kontrakter er CfD-kontrakter, hvor elhandelselskabet ved køb af en CfD-kontrakt har afdækket sin risiko for en eventuel stigning i spotprisen.

- Led D : Dette er elhandelselskabets åbne position i spotmarkedet. Udsving i spotprisen slår direkte igennem på denne position, idet positionen i sagens natur ikke er afdækket. Dette ses også ved at rykke led C over på den anden side af lighedstegnet, hvorved E bliver lig den mængde der er afdækket, og den mængde der ikke er afdækket.

Idet led A pr. definition ikke afdækkes, er A automatisk en åbenstående position. Tab i relation til led A er imidlertid overvæltet på kunden, hvorfor led A skal fratrækkes led D, for at få elhandelselskabets egen andel af den åbne position.

For at beregne hvor stor en mængde elhandelselskabet skal indkøbe på Nord Pool, kan den samlede mængde fratrækkes den mængde, der indkøbes via fysiske OTC handler. Dermed kan følgende ligning opstilles:

$$E - \text{Fysisk_OTC} = \text{NordPool_spot}$$

Nord Pool spot er derfor den åbne position før den finansielle afdækning via CfD-kontrakterne fratrækkes.

Ved at sammenholde ovenstående ligninger kan følgende ligning opstilles:

$$\overbrace{(E)}^{A+B} - \overbrace{(\text{Fysisk_OTC}) - (\text{Fin_NordPool})}^C = (\text{NordPool_spot}) - (\text{Fin_NordPool}) = \text{Åben_pos}$$

Denne formel kan således beregne, hvor stor en andel af det samlede tab der er overvæltet på kunderne enten ved at kunden har haft risikoen for en stigning i spotprisen eller ved at der er foretaget en risikoafdækning gennem en finansiel kontrakt.

Elhandelselskabernes tab kan dokumenteres ved en liste fra Nord Pool over samtlige spotpositioner i perioden samt en liste samtlige CfD-handler.

På grundlag heraf kan elhandelselskabets åbne position på spotmarkedet konstateres i hver enkelt time.

Hvis der i en given time har været en positiv nettoposition, og prisen i den pågældende time har været ulovlig høj, vil elhandelselskabets have lidt et tab i den pågældende time svarende til mængden af nettopositionen sammenholdt med differencen mellem en beregnet rimelig pris og den faktisk betalte spotpris i den pågældende time.

Hertil kommer at elhandelselskabets finansielle afdækning også har været påvirket, idet prisen for de finansielle kontrakter har været højere som følge af sagsøgtes ulovlige markedsadfærd.

5.6.2 Andre virksomheders tab

Sagsøgerne består fortrinsvis af virksomheder og kommuner, som er de endelige aftagere, hvorfor det ikke har været muligt for disse sagsøgere at foretage overvæltning på senere omsætningsled.

Der er også en række forsyningspligtvirksomheder blandt sagsøgerne, som naturligvis har fastsat prisen for el i forhold til de private forbrugere på grundlag af den pris, de selv har betalt. Det gælder specielt for forsyningspligtselskaber, at de er forpligtet til hele tiden at fastsætte prisen ud fra de gældende priser. Det betyder, at hvis det senere viser sig, at den betalte pris har været for høj, og der efterfølgende udbetales en erstatning, skal forsyningspligtselskaberne indregne dette erstatningsbeløb i den fremtidige prisfastsættelse over for de private forbrugere. Der vil således altid ske en efterfølgende regulering, hvorfor overvæltningssynspunktet ikke kan gøres gældende i relation til forsyningspligtselskaber, da de i denne relation må anses som repræsenterende de private forbrugere, der anvender disse forsyningspligtselskaber.

5.7 Opgørelse af tab for hver enkelt virksomhed

På baggrund af de anvendte tabsopgørelsesmodeller kan tabet for de enkelte virksomheder opgøres.

Der henvises til Bilag 1-4, hvor den individualiserede tabsopgørelse er anført.

6. Opgørelse af tab med andre forudsætninger (subsidiære påstande)

6.1 Subsidiær påstand 2A og 2B

Sagsøgernes principale påstand beror på beregningen af sagsøgtens omkostninger, som anført under punkt 7.3.1.

Det er et meget vigtigt element i opgørelse af omkostninger, om værdien af CO₂-kvoter skal medregnes til sagsøgtens omkostninger. Dette begrundes i det følgende, da det udgør forskellen mellem den principale påstand og de subsidiære påstande.

Under Konkurrencerådet behandling af sagsøgtens markedsadfærd i 2005 og 2006 opstod det spørgsmål, om man skulle medregne salgsværdien af sagsøgtens CO₂-kvoter ved beregningen af omkostningerne og dermed beregningen af, hvad der ville have været en rimelig pris.

Konkurrencerådet behandler dette spørgsmål indgående i sin afgørelse (Bilag 8, punkt 490 - 524).

Situationen er den, at sagsøgte fra 1. januar 2005 fik tildelt et antal gratis CO₂-kvoter i forbindelse med implementeringen af den nationale allokeringsplan for nedbringelse af CO₂. Disse CO₂-kvoter havde en økonomisk værdi, idet sagsøgte kunne vælge enten at anvende dem til at producere el eller sælge dem på markedet for CO₂-kvoter.

Konkurrencerådet nævner i sin afgørelse, at CO₂-kvoterne kan anses som en alternativomkostning, hvorefter værdien af CO₂-kvoterne skal indregnes i opgørelsen af sagsøgtens omkostninger. Det betyder, at udover de reelt afholdte omkostninger, kan der tillægges et beløb svarende til salgsværdien af de til produktionen anvendte CO₂-kvoter ud fra argumentet om, at sagsøgte er gået glip af en gevinst ved at foretage produktionen, hvorfor værdien af denne gevinst skal indgå i beregningen af en rimelig pris.

Konkurrencerådet tager imidlertid ikke endelig stilling til dette spørgsmål, hvorfor Konkurrencerådet viser beregningen af sagsøgtens markedsmisbrug både på grundlag af en indregning af CO₂-kvoter med 100 % og på grundlag af en indregning med 0 %. Forskellen viser tydeligt betydningen heraf (se Bilag 8, punkt 19).

Det gøres gældende, at der ikke skal tages hensyn til en såkaldt alternativomkostning, hvorfor salgsværdien af gratis tildelte CO₂-kvoter ikke skal medtages ved beregningen af sagsøgtens omkostninger.

Dette begrundes med, at det ikke er relevant at medregne en hypotetisk gevinst, som sagsøgte kunne have opnået, hvis sagsøgte havde valgt ikke at gennemføre sin produktion.

Tabsopgørelsen må baseres på det faktum, at sagsøgte rent faktisk producerede el i den relevante periode, og derfor kan der ikke tages hensyn til hypotetiske indtægter, sagsøgte kunne have oppebåret, hvis sagsøgte ikke havde produceret el.

CO₂-kvoter adskiller sig ikke fra andre forhold vedrørende produktionen, fx repræsenterer kul også en økonomisk værdi, og sagsøgte kunne i stedet for at gennemføre el-produktionen sælge sine kullagre og derved oppebære en gevinst, men denne hypotetiske gevinst indgår ikke i beregningen af sagsøgtes omkostninger ved den el-produktion, som faktisk gennemføres.

Desuden følger det af afskrivningslovens § 40A og ligningslovens § 7Y, at værdien af kvoter skal sættes til anskaffelsessummen, hvilket i dette tilfælde betyder, at de gratis tildelte CO₂-kvoter værdimæssigt skal sættes til nul.

Derudover har Kommissionen anført, at en hypotetisk salgsværdi af CO₂-kvoter ikke kan indregnes i opgørelsen af omkostninger.

Endelig kan det anføres, at hvis sagsøgte alternativt havde valgt at indstille sin produktion og i stedet havde solgt sine CO₂-kvoter, ville det have udgjort ulovlig statsstøtte, da staten ikke kan tildele nogle kvoter til en virksomhed, hvis den forventede produktion ikke viser sig at blive gennemført, uden at den økonomiske værdi disse kvoter repræsenterer betales tilbage til staten. Det betyder, at hvis der skal medtages en såkaldt alternativomkostning, skal det tages i betragtning, at en hypotetisk salgsværdi for sagsøgte ville udgøre ulovlig statsstøtte, som skulle betales tilbage til staten, hvorfor det endelige resultat for sagsøgte ville være nul, uanset om de gratis tildelte CO₂-kvoter anses som en alternativomkostning.

Det gøres således gældende, at der ved beregningen af sagsøgtes omkostninger kun skal medtages de faktisk afholdte omkostninger og ikke medregnes en kompensation for hypotetiske salgsværdier, som sagsøgte kunne have opnået, hvis sagsøgte slet ikke havde gennemført sin produktion.

Uanset at det findes irrelevant at inddrage en hypotetisk salgsværdi, har sagsøgerne foretaget en beregning af tabet under den forudsætning, at der tillades en indregning af 25 % af en hypotetisk salgsværdi af sagsøgtes CO₂-kvoter. Denne beregning indebærer således, at aftagerne betaler 25 % af en hypotetisk salgsværdi af sagsøgtes CO₂-kvoter.

Begrundelsen for at anvende netop 25 % er, at de tyske konkurrencemyndigheder i en anden sag har anført, at netop 25 % af CO₂-kvoters salgsværdi udgør grænsen for,

hvad en elproducent må overvælte i salgsprisen uden at overtræde konkurrencereglerne.

Sagsøgernes subsidære påstand 2A og 2B beror således på en tabsberegning, hvor 25 % af en hypotetisk salgsværdi af sagsøgtes CO₂-kvoter er indregnet i sagsøgtes omkostninger, hvorved grænsen for, hvornår en pris anses for urimelig, er hævet betragteligt, og derved mindskes sagsøgernes beregnede tab tilsvarende.

Resultatet af denne tabsberegning er fremlagt som Bilag 2.

6.2 Subsidær påstand 3A og 3B

Konkurrencerådet anvender et såkaldt prisvariationstillæg i sine beregninger af, hvornår sagsøgtes pris overstiger et rimeligt niveau.

Begrundelsen er, at sagsøgte i nogle timer (oftest i enkelte timer om natten) sælger med tab. Dette skyldes, at der altid skal opretholdes en vis minimumsproduktion, og hvis efterspørgslen er mindre end denne minimumsproduktion, kan omkostningerne overstige indtægterne i disse enkeltstående timer.

Ved beregningen af hvilken pris sagsøgte rimeligvis kan opkræve i øvrige timer, finder Konkurrencerådet, at der skal tages hensyn til de timer, hvor der sælges med tab, således at sagsøgte tillades at opkræve en overpris i andre timer til dækning af tab i disse timer. Dette er indgående behandlet i afgørelserne (Bilag 6, punkt 368-374, og Bilag 8, punkt 405 og 477-489).

Det er selvsagt meget vanskeligt at fordele en negativ avance i nogle timer ud over de øvrige timer, og det forudsætter et kendskab til sagsøgtes prissætning i alle enkeltstående timer og sagsøgtes omkostninger i alle enkeltstående timer. Disse oplysninger har sagsøgerne ikke haft adgang til.

Det fremgår imidlertid af Konkurrencerådets afgørelse (Bilag 8, punkt 405), at det af Konkurrencerådet anvendte prisvariationstillæg udgør cirka 34 %. Dette tillæg medfører helt klart en overkompensation til sagsøgte, hvilket Konkurrencerådet også angiver i note 64 til afgørelsen, hvor det er anført, at det anvendte prisvariationstillæg medfører en overkompensation på 71 %.

Det betyder, at hvis der oveni de realiserede omkostninger samt en normalfortjeneste tillægges et prisvariationstillæg på 34 %, indebærer det en meget væsentlig overkompensation til sagsøgte på bekostning af sagsøgerne.

Sagsøgerne finder derfor ikke, at der skal anvendes et prisvariationstillæg, og da slet ikke af en størrelsesorden på 34 % oven i en normalfortjeneste. Desuagtet har sagsø-

gerne foretaget en tabsberegning, hvor dette prisvariationstillæg er inkluderet med 34 %.

Dette medfører selvsagt, at grænsen for, hvornår en opkrævet pris anses for at have været urimelig, flyttes opad, hvorfor antallet af kritiske timer falder væsentligt, og det beregnede tab dermed også mindskes.

Som Bilag 3 er fremlagt en tabsberegning med denne forudsætning indlagt.

6.3 Subsidiær påstand 4A og 4B

Konkurrencerådet anfører i begge afgørelser gentagne gange, at de i afgørelserne foretagne beregninger er sket ud fra forsigtighedshensyn og på grundlag af et konservativt skøn.

Dette skyldes, at det ikke var Konkurrencerådets opgave eller formål at foretage en præcis opgørelse over hvilke timer, der var opkrævet en urimelig høj pris, eller at foretage en tabsberegning. Konkurrencerådet skulle blot konstatere, om der i et væsentligt omfang var udøvet misbrug af dominerende stilling. Dette kunne, som anført, konstateres i et betydeligt omfang, uanset de indlagte sikkerhedsmargener.

Konklusionen i Konkurrencerådets afgørelser var således ikke blevet ændret, selvom man havde anvendt de korrekte værdier i stedet for de opskrevne værdier. Dette illustreres bedst af Konkurrencerådets afgørelse fra 2006 (Bilag 8), hvor det i punkt 18 og 19 er anført, at hvis der anvendes et CO₂-tillæg på 100 %, kan der identificeres 1.484 kritiske timer, men hvis der anvendes et CO₂-tillæg på 0 %, kan der identificeres 7.964 kritiske timer. Forskellen er meget markant og betyder et væsentligt større tab for markedet, men i relation til Konkurrencerådets konklusion er det ligegyldigt, da selv det mindste tal er tilstrækkeligt til at fastslå, at der har fundet et markedsmissbrug sted i et væsentligt omfang.

Konkurrencerådet havde således ingen grund til at foretage en mere præcis opgørelse, hvorfor det fremgår af afgørelsen fra 2006 (Bilag 8, punkt 397), at den af Konkurrencerådet anvendte opgørelse tillader sagsøgte en pris, der overstiger omkostningerne med hele 132 % i 2005 og 135 % i 2006.

Når der skal foretages en beregning af sagsøgernes tab, skal der ikke på tilsvarende måde tages alle tænkelige forsigtighedshensyn, da sagsøgernes tab skal opgøres korrekt. Der skal derfor ikke indregnes en overkompensation på f.eks. 132 % eller 135 %, da dette klart overskrider grænsen for, hvad der kan anses for en rimelig avance.

Sagsøgernes principale påstand indebærer, at der kun medregnes realiserede omkostninger, tillagt en rimelig avance. Sagsøgerne vil desuagtet vise retten, hvordan tabet

kan beregnes, hvis der tages hensyn til alle tænkelige faktorer, og disse udlægges endtydigt til fordel for sagsøgte på samme måde som i Konkurrencerådets afgørelser.

Denne beregning anvender således kun de af Konkurrencerådet identificerede kritiske timer og indlægger et CO₂-tillæg med 100 %.

Resultatet af denne beregning opgjort individuelt for alle sagsøgerne fremgår af Bilag 4.

7. Renter

7.1 Højesteretspraksis

Det gøres gældende, at der til erstatningskravet skal tillægges renter fra skadens indtræden, indtil betaling sker, jf. rentelovens § 8, stk. 2, jf. § 3, stk. 5.

Selvom bestemmelsen i rentelovens § 3, stk. 5, efter sin ordlyd kun kan anvendes, hvor særlige forhold begrunder det, gøres det gældende, at anvendelse af bestemmelsen netop i konkurrenceretlige sager er udgangspunktet.

Der henvises i den sammenhæng til Højesterets dom refereret i UfR 2005.2171 H, hvor Højesteret med henvisning til "tilbagebetalingskravets beskaffenhed" tiltrådte, at skadelidte med rette i landsretten var blevet tillagt renter fra de enkelte kravs opståen.

Sagen vedrørte nogle havneafgifter, der var blevet opkrævet i strid med EF-traktatens artikel 82 (der vedrører misbrug af dominerende stilling). Sagen er derfor direkte sammenlignelig med den foreliggende sag, hvad tidspunktet for beregning af renter angår.

7.2 Andre forhold der begrunder renter fra skadestidspunktet

Ud over den utvetydige og direkte anvendelige dom fra Højesteret og øvrig dansk retspraksis, er der en række forhold, der begrunder, at renter skal tillægges fra skadestidspunktet i den foreliggende sag, hvor tabet skyldes sagsøgtes overtrædelser af konkurrenceloven.

Det støttes af EU-praksis og Kommissionens beslutningspraksis, hvor det er fastslået, at de skadelidte ikke kun skal kunne kræve en egentlig erstatning (damnum emergens), men ligeledes erstatning for tabt fortjeneste (lucrum cessans) samt renter.

Det følger af renteloven, at en domstol kan bestemme, at renter skal betales fra et tidligere tidspunkt, såfremt særlige forhold begrunder det. Denne mulighed er specielt relevant, hvor det konkrete resultat af anvendelse af rentelovens øvrige regler forekommer særlig urimeligt.

I erstatningssager på grundlag af konkurrenceretsovertrædelser kan tabets opståen bebrejdes den krænkende virksomhed, hvilket taler for at anvende rentelovens § 3, stk. 5, i konkurrenceretlige sager. I den foreliggende sag er der tale om en særdeles grov overtrædelse af konkurrenceloven, og den ulovlige markedsadfærd har været en helt bevidst strategi fra sagsøgtes side. Disse forhold taler for at tillægge renter fra det tidligst mulige tidspunkt.

Det er endvidere kendetegnende for overtrædelser af konkurrencereglerne, at der normalt vil forløbe en længere periode, før de skadelidte virksomheder får kendskab til deres krav og mulighed for at opgøre deres krav. Dette begrundes, at renter skal tillægges fra det tidspunkt, hvor skaden opstod, således at den krænkende virksomhed ikke belønnes for, at kravet først kan opdages og opgøres på et senere tidspunkt.

Sagsøgerne kunne ikke have fremsat kravet tidligere. Dette skyldes, at man først har skullet afvente konkurrencemyndighedernes behandling af sagerne for overhovedet at have et grundlag at beregne tabet på. Derefter skulle tabet beregnes, og det har været en kompliceret og tidskrævende proces. Stævningen er derfor blevet indleveret på det tidligst mulige tidspunkt.

Af disse grunde gøres det derfor gældende, at sagsøgte skal tilpligtes at forrente det tab, sagsøgerne har lidt, fra tidspunktet for hvert enkelt kravs opståen. Det betyder, at der skal tillægges procesrente fra det tidspunkt, hvor der er foretaget betaling af de urimeligt høje priser i strid med konkurrenceloven.

Beregningen af det påståede rentebeløb foreslås af praktiske grunde foretaget ud fra den forudsætning, at alle beløb er blevet betalt løbende måned plus 30 dage efter forbrugstidspunktet. Det begrundes med, at ingen af sagsøgerne har haft en længere kredittid i forhold til forbrugstidspunktet, hvorfor det kan lægges til grund, at denne forudsætning i intet tilfælde beregner procesrenter tidligere end det faktiske betalingstidspunkt. Denne metode for beregning gør det overflødigt at dokumentere hvert enkelt betalingstidspunkt (hvilket omfatter mange tusinde betalingstidspunkter). Endvidere vil en manuel gennemgang af hvert enkelt betalingstidspunkt vise et tidligere betalingstidspunkt end det anførte, hvorfor den valgte forudsætning kun er til gunst for sagsøgte.

8. Sammenfattende anbringender

At sagsøgte har handlet ansvarspådragende over sagsøgerne,

Idet sagsøgte har overtrådt konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, ved at misbruge sin dominerende markedsposition til at opkræve urimeligt høje priser; og

- At** sagsøgtes overtrædelser af konkurrencereglerne er culpøse
- Idet det udgør en overtrædelse af en offentligretlig forskrift, og
- Idet lovovertrædelserne er sket bevidst, og
- Idet lovovertrædelserne er foretaget med den hensigt at udnytte sagsøgtes markedsposition til skade for sagsøgerne; og
- At** overtrædelserne af konkurrenceloven er konstateret
- Idet Konkurrencerådet ved to afgørelser har afgjort, at sagsøgte har overtrådt konkurrenceloven som angivet af sagsøgerne, og
- Idet Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrencerådets metode, og
- Idet Kommissionen har godkendt Konkurrencerådets afgørelser; og
- At** sagsøgtes overtrædelser af konkurrenceloven udgør en meget grov overtrædelse, som har fundet sted i en meget lang periode på 3½ år; og
- At** der er årsagssammenhæng mellem sagsøgtes ulovlige markedsmisbrug og sagsøgernes tab på spotmarkedet
- Idet den urimeligt høje pris på spotmarkedet direkte har betydet, at sagsøgerne har betalt for meget ved køb af el i de pågældende timer; og
- At** der er årsagssammenhæng mellem sagsøgtes ulovlige markedsmisbrug og sagsøgernes tab på markedet for finansielle kontrakter
- Idet det matematisk er dokumenteret, at sagsøgtes ulovlige markedsadfærd på spotmarkedet har haft en effekt på priserne for de finansielle kontrakter, således at sagsøgerne har betalt en højere pris for finansielle kontrakter som en konsekvens af sagsøgtes ulovlige markedsmisbrug; og
- At** tabet er adækvat for sagsøgte; og
- At** sagsøgernes tab på spotmarkedet skal opgøres som i sagsøgernes principale påstand,

- Idet tabet består i differencen mellem en rimelig pris og den faktisk opkrævede pris, og
- Idet beregningen af en rimelig pris skal ske ved at fastsætte sagsøgtes omkostninger forbundet med produktion af el i hver time tillagt en rimelig fortjeneste
- Hvorfor* sagsøgerne har fastsat sagsøgtes omkostninger på grundlag af tilgængelige markedsdata, og
- Hvorfor* sagsøgerne har anvendt en rimelig fortjeneste svarende til gennemsnittet for dansk industri i overensstemmelse med Konkurrencerådets afgørelser; og
- At** sagsøgernes tab på markedet for finansielle kontrakter skal opgøres som i sagsøgernes principale påstand
- Idet det matematisk er påvist hvilken effekt sagsøgtes ulovlige markedsadfærd har haft for sagsøgerne på markedet for finansielle kontrakter; og
- At** der til erstatningskravet skal tillægges renter regnet fra beløbenes forfaldstidspunkter i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006, jf. rentelovens § 3, stk. 5.

PROCESSUELLE MEDDELELSER

Der tages forbehold for at nedlægge yderligere påstande samt gøre yderligere anbringender gældende.

Meddelelser til sagsøgerne kan rettes til undertegnede på adressen Bech-Bruun, Frue Kirkeplads 4, 8000 Århus.

BEVISFØRELSE

Bevisførelsen vil afhænge af svarskriftet.

BILAGSOVERSIGT

- Bilag 1 : Opgørelse over sagsøgernes individuelle tab opgjort efter sagsøgernes principale påstand.
- Bilag 2 : Opgørelse over sagsøgernes individuelle tab opgjort efter sagsøgernes subsidiære påstand 2.
- Bilag 3 : Opgørelse over sagsøgernes individuelle tab opgjort efter sagsøgernes mere subsidiære påstand 3.
- Bilag 4 : Opgørelse over sagsøgernes individuelle tab opgjort efter sagsøgernes mere subsidiære påstand 4.
- Bilag 5 : Konkurrencerådets analyse af Elsam A/S og Energi E2 A/S' adfærd på markederne for elspot i 2000 og 2001.
- Bilag 6 : Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2005, Elsam A/S' misbrug af dominerende stilling i form af høje elpriser.
- Bilag 7 : Konkurrenceankenævnets kendelse af 14. november 2006 i sag 2005-0004688, Elsam A/S mod Konkurrencerådet.
- Bilag 8 : Konkurrencerådets afgørelse af 20. juni 2007, Elsams elpriser i 2005 og 2006.
- Bilag 9 : Research Paper 2007-30, Market Power in Power Markets: Evidence from Forward Prices of Electricity, October 26, 2007, med tilhørende Note on Specifications and Loss Calculations, September 24, 2007, udarbejdet af Bent Jesper Christensen m.fl. (Hvis retten ønsker det, vil dette bilag blive oversat til dansk).

Århus, den 20. november 2007


Lars Svenning Andersen


Henrik Holtse