

IX INDIREKTE SKADELIDTE

12. **INDLEDNING**

Handel med el foregår på forskellige måder og i forskellige omsætningsled. Overordnet set sondres der mellem handel med fysisk el og handel med finansielle kontrakter, der anvendes til risikoafdækning. Endvidere sondres der mellem handel med fysisk el på engrosmarkedet og handel med fysisk el på detailmarkedet.

Elhandelsselskaberne, herunder de elhandelsselskaber der er omfattet af nærværende søgsmål, køber fysisk elektricitet på engrosmarkedet med henblik på videresalg til elhandelsselskabernes kunder på detailmarkedet. Elhandelsselskaberne køber fysisk elektricitet på Nord Pool Spot eller i henhold til bilaterale OTC-kontrakter, der indgås med indenlandske og udenlandske elproducenter.

Den samlede mængde fysisk elektricitet, som elhandelsselskaberne indkøber på engrosmarkedet, hvad enten det er købt på Nord Pool Spot eller OTC-kontrakter, videresælges på detailmarkedet til elhandelsselskabets kunder.

Kunderne kan overordnet set vælge mellem en spotkontrakt, hvor der afregnes på timebasis i henhold til prisudviklingen på Nord Pool Spot, eller en finansiell fastpriskontrakt, hvor der afregnes til en fast pris i hele leveringsperioden. Elhandelsselskaberne kan afdække disse kontrakter ved indgåelse af finansielle CfD-kontrakter, hvor elhandelsselskaberne forsikrer sig mod udsving i engrospriserne i forhold til den faste pris, som elhandelsselskabet har aftalt med kunden.

13. **INDIREKTE SKADELIDTE KAN IKKE KRÆVE ERSTATNING EFTER DANSK RET**

Det er hovedreglen i dansk erstatningsret, at kun den direkte skadelidte kan kræve erstatning af skadevolderen.

Baggrunden for denne regel er, at erstatningsansvaret ville blive alt for uoverskueligt og tyngende, hvis det også skulle omfatte tab, som indirekte skadelidte måtte lide som følge af skadevolderens adfærd.

I overensstemmelse hermed gøres det gældende, at de indirekte skadelidte omfattet af nærværende søgsmål – elhandelsselskabernes kunder på detailmarkedet – ikke kan kræve erstatning af Elsam.

Der foreligger ikke et sådan særligt kvalificeret ansvarsgrundlag, som efter fast praksis er en betingelse for at fravige hovedreglen om, at kun direkte skadelidte kan kræve erstatning.

Der henvises i den forbindelse til U2004.2389H, hvor Højesteret tilkendte erstatning til en indirekte skadelidte, alene fordi der forelå *"en indlysende fare"* for skade, og der var *"udvist en betydelig grad af uagtsomhed"*.

Som nævnt har Elsam ikke handlet culpøst, eftersom Elsam i god tro har fulgt den tilsagnsaftale, som Elsam havde indgået med Konkurrencerådet, og som fastlagde rammerne for lovlig adfærd.

Hertil kommer, at der i denne sag er en række særlige omstændigheder, som taler for en stringent anvendelse af hovedreglen.

For det første understøtter sagsøgernes krav i sig selv hovedreglen.

Konkurrencemyndighederne har opgjort det maksimale tab, som det påståede misbrug har forårsaget, til 240 mio. kr.

Sagsøgerne derimod påstår at have lidt et tab på over 4,4 mia. kr., idet sagsøgerne gør gældende, at virkningerne af det påståede misbrug har spredt sig "sidevejs" og påvirket andre elproducenters prissætning på engrosmarkedet, og at virkningerne dernæst har spredt sig ned gennem de forskellige omsætningsled og påvirket priserne på samtlige de forskellige elprodukter, som elhandelsselskaberne har solgt videre til deres kunder og kundernes kunder.

De indirekte skadelidte kræver således erstatning for den samlede mængde fysisk elektricitet, som de har købt fra elhandelsselskaberne, uanset om elhandelsselskaberne har købt elektriciteten på Nord Pool Spot eller på de OTC-kontrakter, som elhandelsselskaberne har indgået med inden- og udenlandske producenter.

Der er således tale om en flodbølge, hvor kravene forøges voldsomt i forhold til de direkte skadelidtes tab.

Det er helt urimeligt byrdefuldt, hvis Elsam skulle holdes erstatningsansvarlig herfor, fordi det indebærer et ubestemt og ubegrænset ansvar overfor en ubestemt kreds og for et ubestemt beløb.

Det bemærkes i den sammenhæng, at Elsam i kølvandet på denne sag er blevet mødt med erstatningskrav fra godt 500 andre indirekte skadelidte og således allerede står overfor et potentielt erstatningsansvar på yderligere flere milliarder kroner.

For det andet indebærer kravene fra de indirekte skadelidte en ukontrollerbar erstatningsudmåling, hvor der er en betydelig risiko for, at samme skade erstattes flere gange.

Dette fremgår med al tydelighed af sagsøgernes tabsberegning, der er baseret på nogle uigenemskuelige og svært forståelige matematiske formler og principper, og hvor der er en betydelig risiko for dobbelttælling, og at samme skade erstattes flere gange.

Sagsøgernes i øvrigt urigtige tabsopgørelsesmetoder gør det umuligt at isolere og konkretisere det reelle tab, fordi det ikke er muligt at følge elektriciteten ned igennem de forskellige omsætningsled, og fordi det ikke er muligt at se, hvilke sagsøgere der kræver erstatning for hvilke påståede skader.

For det tredje må det tillægges betydning, at et udvidet erstatningsansvar over for de indirekte skadelidte samtidig indebærer en uberettiget berigelse af de direkte skadelidte.

Det er således elhandelsselskaberne, der som de indirekte skadelidtes medkontrahent tjener på at sælge elektricitet i detaileddet til påståede overpriser til de indirekte skadelidte. Dermed opnår elhandelsselskaberne en ugrundet berigelse på bekostning af Elsam, uden at Elsam i øvrigt har udøvet et selvstændigt retsstridigt endsige culpøst forhold overfor de indirekte skadelidte.

Hvis de indirekte skadelidte måtte findes at have erlagt en overpris til elhandelsselskabet, må et eventuelt erstatnings- eller berigelseskrav afgøres direkte mellem disse parter.

For det fjerde skal det bemærkes, at konkurrenceretten primært er en offentligretlig regulering, der ikke er tiltænkt at blive brugt som løftestang for vidtløftige erstatningskrav, ligesom dansk erstatningsret i øvrigt ikke indeholder noget pønalt element.

På det ovenfor anførte grundlag gøres det gældende, at indirekte skadelidte ifølge dansk rets almindelige regler ikke kan gennemføre deres krav mod Elsam.

Denne afgrænsning af erstatningsansvaret stemmer også overens med konkurrencereglernes beskyttelsessfære. Netop konkurrenceretten med dens markedsbeskyttende karakter, hvor der afgrænses et relevant marked for at beskytte konkurrencen på dette marked, tilsiger således også en afgrænsning af erstatningsansvaret til de direkte skadelidte, der agerer på det relevante marked. Reglernes formål eller *Schutzzweck* tilsiger derfor også, at afgrænsningen foretages som anført.

Det skal samtidig bemærkes, at kravet om et kvalificeret ansvarsgrundlag er i overensstemmelse med det EU-retlige effektivitetsprincip, der sikrer en effektiv beskyttelse af rettigheder.

Dette skyldes, at erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne skal vurderes efter dansk rets almindelige regler for erstatning. Uanset effektivitetsprincippet er det således stadig national ret, som skal afklare, om der konkret er grundlag for et erstatningskrav. Derfor skal de EU-retlige rettigheder i privatretlig sammenhæng tilpasses privatrettens muligheder og begrænsninger, og i den henseende udgør det ikke et usagligt eller ubegrundet indgreb i retten til beskyttelse at begrænse erstatningsansvaret til de direkte skadelidte, da det er sagligt begrundet i at holde ansvaret inden for rimelige og overskuelige rammer.

X ADÆKVANS

14. **INDLEDNING**

14.1 **De påståede tab er inadækvate**

Ud over at den erstatningssøgende person skal være omfattet af kredsen af erstatningsretligt beskyttede personer, er det en grundlæggende betingelse i dansk erstatningsret, at den påståede skade falder inden for kredsen af erstatningsberettigede skader.

Der kræves således en vis rimelig forbindelse mellem den ansvarspådragende handling og den indtrådte skade, herunder de konkrete tab. Skader, der kun har en fjernere forbindelse med den ansvarspådragende handling, betegnes almindeligvis som inadækvate og falder uden for kredsen af erstatningsberettigede skader.

Adækvanslæren dækker over en lang række betragtninger, herunder om skaden er påregnelig eller upåregnelig, om der er tale om fjerne og afledte tab, om tabet passerer gennem flere eller færre led, om skaden er forvoldt direkte eller indirekte osv.

Fælles for disse betragtninger er – ligesom afgrænsningen af erstatningsansvaret til direkte skadelidte – at drage en grænse for erstatningsansvarets omfang.

Det gøres gældende, at de påståede tab efter deres art og størrelse er inadækvate.

Størrelsen af det påståede tab på 4,4 mia. kr. er i sig selv inadækvat, hvilket også understøttes afgørende af, at Konkurrencerådet har beregnet det tilknyttede forbrugertab til 240 mio. kr.

Hertil kommer, at kravene er baseret på en anderledes misbrugsvurdering end den, der ligger til grund for konkurrencemyndighedernes afgørelser.

Endvidere er sagsøgernes erstatningskrav baseret på, at Elsam skal holdes erstatningsansvarlig for al den el, der er købt på Nord Pool Spot i de enkelte timer, også selvom det ikke er Elsam, der har produceret al elektriciteten. Sagsøgernes krav er således baseret på, at Elsam holdes erstatningsansvarlig også for de mængder elektricitet, som en anden producent har produceret og solgt på Nord Pool Spot.

Uanset om det måtte være en konsekvens af Nord Pool Spots mekanisme og funktionsmåde, at de øvrige producenter sælger deres produktion til en påstået højere pris i de kritiske timer, hvor Elsam var prisbestemmende, må der i overensstemmelse med adækvanslærens formål sættes en grænse for sådanne tab, der opstår alene som følge af en dominoeffekt på markedet, og uden at det i øvrigt modsvares af en tilsvarende gevinst for Elsam.

15. **KRAV RELATERET TIL FINANSIELLE KONTRAKTER ER INADÆKVATE**

Det gøres gældende, at kravene relateret til finansielle kontrakter er inadækvate.

15.1 **Elhandelsselskabernes krav relateret til finansielle CfD-kontrakter**

Det gøres således gældende, at elhandelsselskabernes krav relateret til finansielle CfD-kontrakter er inadækvate.

For det første er der tale om krav relateret til bilateralt indgåede kontrakter, hvor sælgeren og elhandelsselskabet har forhandlet sig frem til den pågældende pris.

Det bemærkes i den sammenhæng, at elhandelsselskaberne er særdeles professionelle aktører på markedet, ligesom elhandelsselskaberne har en betydelig forhandlingsposition. Dette gælder i særdeleshed de sagsøgende elhandelsselskaber.

For det andet har disse krav ikke nogen direkte forbindelse til det påståede misbrug på Nord Pool Spot.

Disse krav vedrører ikke handel med fysisk engros elektricitet på Nord Pool Spot, men derimod handel med finansielle derivater.

Der vil være tale om et helt urimeligt og særdeles byrdefuldt ansvar, såfremt Elsam holdes erstatningsansvarlig for påståede tab på de finansielle risikoafdækningskontrakter, der vedrører et helt andet marked end det konkurrenceretligt relevante marked for salg af fysisk engros el, og hvor prisdannelsen er påvirket af en lang række andre faktorer.

For det tredje opstår disse krav alene som led i elhandelsselskabernes ageren på detailmarkedet.

Som nævnt indkøber elhandelsselskaberne kun CfD-kontrakter i de situationer, hvor elhandelsselskaberne har valgt at sælge fysisk elektricitet til deres kunder til en fast pris.

De påståede tab er således en konsekvens af de aftaler, som elhandelsselskaberne indgår med deres kunder, og som er resultatet af en kommerciel afvejning hos elhandelsselskabet.

Der er derfor ikke tale om en i forhold til de konkrete ansvarspådragende handlinger relevant og adækvat skade, men derimod om tab, der beror på tilfældige transaktioner i detailledet, og hvor det er usikkert, hvordan elhandelsselskaberne og deres kunder ville have handlet uden det påståede misbrug.

Det er på baggrund af ovenstående, at det gøres gældende, at elhandelsselskabernes påståede tab ved køb af finansielle risikoafdækningskontrakter er inadækvate.

Det bemærkes i denne henseende, at afgrænsningen af erstatningsansvaret i forhold til de direkte skadelidte sammen med kravet om relevant skade skaber en symmetri i forhold til den konkurrenceretlige analyse, som ligger til grund for konkurrencemyndighedernes afgørelser, og som alene vedrører salg af fysisk engros elektricitet på Nord Pool Spot.

15.2 **De indirekte skadelidtes krav relateret til finansielle kontrakter**

For det tilfælde at Sø- & Handelsretten måtte finde, at de indirekte skadelidte kan rejse krav mod Elsam, gøres det tilsvarende gældende, at de indirekte skadelidtes krav relateret til finansielle kontrakter er inadækvate.

XI TABSOPGØRELSE

16. **INDLEDNING**

16.1 **Sagsøgerne har bevisbyrden for, at der er lidt et dokumenterbart økonomisk tab**

Det gøres overordnet gældende, at sagsøgerne i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler har bevisbyrden for, at sagsøgerne har lidt et relevant økonomisk tab.

Det bestrides således, at der - som anført af sagsøgerne i stævningens punkt 5.1 - skulle gælde en særligt lempelig regel for konkurrenceretlige sager, hvorefter sagsøgerne alene skal sandsynliggøre størrelsen af tabet.

De tre trykte domme vedrørende erstatning for konkurrenceretsovertrædelser, som sagsøgerne omtaler i stævningen, støtter ikke sagsøgernes synspunkt.

I begge Ekko-sager (U.2004.2600S og U.2005.388S) var tabets størrelse ubestridt. Dommene tager derfor ikke stilling til spørgsmålet.

I GT Linien-dommen (U.2005.2171H), som vedrørte færgegesellschaft GT Liniens krav mod DSB på tilbagebetaling af en række havneafgifter, som GT Linien havde betalt til DSB, havde GT Linien dokumenteret de betalte havneafgifter gennem en opgørelse udarbejdet af et revisionsfirma. Når Højesteret i sidste ende måtte lade et skøn indgå i erstatningsopgørelsen, skyldtes det, at DSBs forhold forhindrede GT Linien i at beregne et eksakt erstatningsbeløb, idet DSB ikke kunne dokumentere sin opkrævning af havneafgifter fra konkurrenterne.

Der ses ikke i nærværende sag at være nogen relevant grund til, at de enkelte sagsøgere ikke skulle kunne dokumentere deres tab, hvis et sådant tab overhovedet måtte være lidt.

Særligt påhviler det sagsøgerne at dokumentere deres tab fuldt ud, når de har nedlagt påstand om betaling af 4,4 mia. kr. - et beløb der er mere end 18 gange så stort som det samlede maksimale tab, som konkurrencemyndighederne har beregnet.

16.2 **Sagsøgerne har ikke løftet bevisbyrden for, at der foreligger et tab**

Sagsøgerne har ikke løftet bevisbyrden for, at der foreligger et tab, idet sagsøgerne end ikke har forsøgt at dokumentere et tab for den enkelte sagsøger.

Bortset fra Tillæg 1 og 2 til stævningen, som kun dækker 2 af de i alt 1.110 sagsøgere og dermed en helt ubetydelig del af det samlede påstandsbetrag, er sagsøgerne alene fremkommet med generelle postulater om formler og principper, som efter sagsøgernes opfattelse skal benyttes ved tabsberegningen. Selv i Tillæg 1 og 2 har sagsøgerne alene fremlagt en ufuldstændig dokumentation.

Særligt for så vidt angår krav på markedet for finansielle kontrakter består sagsøgernes såkaldte tabsopgørelse næsten udelukkende af fremlæggelsen af den ensidigt indhentedes rapport (bilag 9) indeholdende en formel, som angiveligt skulle påvise en sammenhæng mellem prisen på spotet og prisen på finansielle kontrakter.

Sagsøgerne har således i bilag 1-4 alene angivet det samlede påstandsbetrag for de enkelte sagsøgere relateret til hver af de nedlagte påstande, men har ikke redegjort for, hvorledes kravene for de enkelte sagsøgere beløbsmæssigt er fremkommet eller i øvrigt dokumenteret, at den enkelte sagsøger har lidt økonomisk dokumenterbare tab i en størrelsesorden svarende til de påståede beløb.

Sagsøgerne har således eksempelvis ikke på nuværende tidspunkt godtgjort,

- hvordan de enkelte påstandsbetrag er beregnet for den enkelte sagsøger,
- hvorledes de enkelte påstandsbetrag relaterer sig til de fremlagte kontrakter,
- hvilke forbrugsmængder de enkelte sagsøgere kræver erstatning for,
- hvorledes tabsberegningen nærmere er foretaget for de forskellige kontrakttyper, som ikke er dækket af eksemplerne beskrevet i Tillæg 1 og 2 til stævningen, herunder spot med loft-kontrakter, puljekontrakter og gevinst el-kontrakter, og
- hvilke dele af påstandsbetragene der vedrører de kritiske timer, hvor Elsam af konkurrencemyndighederne er fundet at have misbrugt en dominerende stilling.

Den såkaldte tabsopgørelse i sagsøgernes stævning efterlader således Elsam uden enhver mulighed for at vurdere, hvilke dele af sagsøgernes krav der relaterer sig til hvilke af de af sagsøgerne påberåbte kategorier af opgørelsesprincipper, endsige vurdere, hvorvidt tabsopgørelsen overhovedet er korrekt beregnet, selv hvis sagsøgernes principper skulle lægges til grund.

Selv for det tilfælde, at sagsøgerne skulle kunne nøjes med at "sandsynliggøre" et tab, jf. ovenfor, gøres det på denne baggrund gældende, at sagsøgerne på ingen måde har sandsynliggjort et tab. Tværtimod gælder der på det foreliggende grundlag en formodning for, at sagsøgerne ikke har lidt et tab af den anførte størrelsesorden, som står i eklatant misforhold til beregningerne i de afgørelser fra konkurrencemyndighederne, som sagsøgerne selv påberåber sig som ansvarsgrundlag i sagen.

Sagsøgerne har således hverken dokumenteret eller sandsynliggjort noget tab, og Elsam skal allerede af den grund frifindes for de nedlagte påstande.

17. **GRUNDLÆGGENDE FEJL I SAGSØGERNES TABSOPGØRELSE**

17.1 **Det grundlæggende princip for tabsberegning er ikke fulgt**

Det er et grundlæggende princip for enhver opgørelse af et erstatningsretligt tab, at tabet maksimalt kan udgøre differencen mellem skadelidtes faktiske økonomiske situation, efter skadelidte har været udsat for den culpøse adfærd, og skadelidtes hypotetiske økonomiske situation, hvis den culpøse adfærd ikke havde foreligget.

Sagsøgerne skal med andre ord maksimalt stilles som om, den skadegørende handling ikke var sket.

Sagsøgernes tabsberegningsmetode for krav relateret til spotkontrakter kan derfor ikke lægges til grund, da den baserer sig på forskellen mellem den af sagsøgerne faktiske betalte pris og et af sagsøgerne fastsat benchmark, og ikke den hypotetiske markedspris, som ville have været gældende, hvis det ikke var for det påståede misbrug i de relevante kritiske timer.

Sagsøgernes tabsberegningsmetode undlader således at tage højde for, at Nord Pool Spot er en børs, hvor priserne fastsættes på baggrund af udbud og efterspørgsel, og hvor der er adskillige aktører, hvis indmeldinger alle indgår i prisdannelsen.

Dette indebærer, at sagsøgernes beregningsmodel giver et kunstigt oppustet tab i en række tilfældegrupper, herunder i de af sagsøgerne påberåbte "kritiske" timer, hvor Elsam ikke har været den prisbestemmende aktør, idet sagsøgerne i disse timer har opgjort et tab i forhold til en elpris, som er højere end Elsam's højeste faktiske indmelding. Det påståede tab i de pågældende timer skal imidlertid under alle omstændigheder skæres helt væk, idet der ikke for så vidt angår de pågældende timer foreligger den fornødne årsagsforbindelse mellem det påberåbte ansvarsgrundlag og det påståede tab, jf. ovenfor pkt. 8.

Sagsøgerne opgør tillige et kunstigt oppustet tab i de kritiske timer, hvor Elsam var prisbestemmende, men hvor Elsam ikke ville have været prisbestemmende, hvis Elsam havde meldt en udbudspris ind svarende til Konkurrencerådets benchmark.

Når en anden elproducent bliver prisbestemmende ved en højere pris end den udbudspris, som Elsam skulle have meldt ind til Nord Pool Spot ifølge Konkurrencerådet, ville sagsøgerne have betalt denne højere pris i fraværet af det påståede misbrug og ikke den lavere udbudspris, som Elsam skulle have budt ind.

Et eventuelt tab kan således alene udgøre forskellen mellem den faktisk betalte pris og den hypotetiske markedspris, som ellers ville have været gældende, og ikke forskellen mellem den faktisk betalte pris og benchmarket, som sagsøgerne påstår.

Dette kan også illustreres med følgende eksempel:

Der er tre producenter, som hver indmelder 200.000 kWh i en given time. Producent A's indmeldingspris er 20 øre/kWh, producent B's er 40 øre/kWh og producent C's er 60 øre/kWh.

Efterspørgslen i den pågældende time er 500.000 kWh. A og B får således som de to billigste producenter solgt hver deres 200.000 kWh, mens C får solgt 100.000 kWh. Markedsprisen bliver derfor sat til 60 øre/kWh, med C som prisbestemmende producent.

C's pris på 60 øre/kWh er imidlertid udtryk for en urimeligt høj pris, og C's rimelige pris burde i stedet have været 30 øre/kWh.

I en hypotetisk markedssituation uden misbrug ville C således have meldt sine 200.000 kWh ind til 30 øre/kWh i stedet for 60 øre/kWh. I denne situation ville A og C som de to billigste producenter få solgt deres respektive 200.000 kWh, mens B nu kun ville få solgt 100.000 kWh. Markedsprisen ville blive sat til 40 øre/kWh, da B's indmelding nu bliver prisbestemmende.

Kundernes maksimale tab som følge af C's misbrug udgør forskellen mellem C's oprindelige urimeligt høje pris og den pris, som kunderne ville være kommet til at betale i fraværet af misbruget. I eksemplet udgør tabet således 20 øre/kWh (forskellen mellem C's indmeldingspris på 60 øre/kWh og B's indmeldingspris på 40 øre/kWh) og altså ikke 30 øre/kWh (forskellen mellem C's indmelding på 60 øre/kWh og C's rimelige pris på 30 øre/kWh).

17.2

Sagsøgernes benchmark kan ikke lægges til grund for tabsberegningen

Det gøres som tidligere anført principalt gældende, at Elsam ikke er erstatningspligtig overfor sagsøgerne for noget tab, allerede fordi Elsam ikke har misbrugt en dominerende stilling til at tage urimeligt høje priser. Test A, som Konkurrencerådet benytter i identifikationen af kritiske timer, er behæftet med en lang række afgørende, retlige og faktiske mangler, jf. nærmere ovenfor i pkt. 5.1, og Konkurrencerådet har således benyttet et for lavt benchmark for den højeste lovlige pris Elsam kunne tage for el.

I det omfang Elsam mod forventning ikke skulle få medhold i det ovenstående, gøres det subsidiært gældende, at Konkurrencerådets benchmark for, hvad der udgør en rimelig pris, udgør minimumsstørrelsen af det benchmark, der skal lægges til grund for tabsopgørelsen.

Det bestrides således, at de af sagsøgerne beregnede benchmarks for, hvad der skulle udgøre "en rimelig pris" kan lægges til grund for tabsberegningen i stedet for Konkurrencerådets benchmark.

Det bemærkes i den forbindelse, at den betydelige forskel mellem sagsøgernes og Konkurrencerådets benchmarks er hovedårsagen til den eksorbitante forskel på sagsøgernes principale påstand på over 4,4 mia. kr. og det af Konkurrencerådet beregnede maksimale tab på 240 mio. kr., jf. nærmere nedenfor i pkt. 20.

Som nævnt, er det selve kernen i misbrugsformen urimeligt høje priser, at misbruget identificeres ved at fastlægge et benchmark for, hvad der på den ene side udgør en rimelig pris, og hvad der på den anden side udgør en urimeligt høj pris.

Dermed er der i forhold til misbrugsformen urimeligt høje priser en meget nøje sammenhæng mellem konstateringen af misbrug og et eventuelt tab, fordi der naturligvis kun kan være lidt et tab, i det omfang den dominerende virksomhed har taget en pris højere end benchmarket. Har den dominerende virksomhed derimod taget en pris under benchmarket, er denne pris lovlig, og den kan derfor under ingen omstændigheder have påført nogen et tab.

Et tab beregnet på baggrund af Konkurrencerådets benchmark udgør derfor maksimum for den erstatning, som sagsøgerne kan påberåbe sig. Dette gælder særligt under hensyntagen til, at sagsøgerne påberåber sig konkurrencemyndighedernes afgørelser som ansvarsgrundlag.

Sagsøgerne kan selvsagt ikke på den ene side forlade sig på Konkurrencerådets statuering af misbrug i forhold til et eventuelt ansvarsgrundlag og på den anden side se bort fra selvsamme misbrugsvurdering, når det kommer til tabsberegningen, blot fordi denne ikke medfører så stort et tab, som sagsøgerne måtte ønske.

Yderligere kan sagsøgernes benchmark ikke lægges til grund, idet det indeholder en række betydelige fejl og også er opgjort metodisk forkert i forhold til de forudsætninger, som sagsøgerne lægger til grund for opgørelserne.

De af sagsøgerne anvendte benchmarks indeholder navnlig følgende afvigelser/fejl i forhold til konkurrencemyndighedernes benchmark:

- Sagsøgerne har lavet deres eget skøn over Elsams gennemsnitlige totale omkostninger på baggrund af en stærkt forsimplet analyse, hvor de eneste reelle faktorer er prisen på kul og en antagelse om en gennemsnitlig virkningsgrad på 40 % for alle kraftværker. Sagsøgerne har således ikke taget højde for den betydelige omkostningsvariation hen over døgnet, de store forskelle i omkostninger fra værk til værk eller prisen på andre brændselstyper. Sagsøgerne har endvidere kun i ubetydeligt omfang taget højde for faste udgifter. Sagsøgernes skøn ligger derfor ikke overraskende meget langt under Elsams reelle omkostninger og konkurrencemyndighedernes vurdering heraf.
- Sagsøgernes beregning indeholder kun et simpelt tillæg på 10 % af omkostningsbasen for hele perioden, hvorimod Konkurrencerådet anvendte en *egenkapitalforrentning* på 10 % i perioden indtil 31. december 2004 og en *egenkapitalforrentning* på 14 % for perioden fra 1. januar 2005 indtil 31. december 2006. Sagsøgernes beregninger indeholder ikke blot den fejl, at den forkerte procentsats er anvendt i den sidste del af perioden, men også den beløbsmæssigt større fejl, at det er den rimelige fortjeneste og ikke egenkapitalforrentningen, som sagsøgerne har sat til 10 %. For at egenkapitalforrentningen kan udgøre det af Konkurrencerådet accepterede niveau på 10 % henholdsvis 14 %, skal den rimelige fortjeneste sættes 2-3 gange højere end egenkapitalforrentningen.
- Konkurrencemyndighederne lægger i Elsam III-sagen et prisvariationstillæg på 34 % til Elsams gennemsnitlige totale omkostninger i forbindelse med deres opgørelse af benchmarket for den rimelige pris. Tillægget skal give Elsam mulighed for at indhente den fortjeneste, som Elsam mister ved, at Elsam i ca. 40 % af alle timer i den vurde-

rede periode sælger el, selvom den opnåede salgspris er lavere end Elsams gennemsnitlige totale omkostninger tillagt en normalfortjeneste. Sagsøgerne tillægger kun et sådant prisvariationstillæg ved beregningen af deres krav i henhold til påstand 3, mens de slet ikke tillægger noget prisvariationstillæg ved beregningen af deres krav i henhold til påstand 1, 2 og 4.

- Konkurrencerådet konkluderer i deres afgørelse i Elsam III-sagen, at benchmarket skal indeholde et CO2-tillæg, således at 100 % af den relevante CO2-pris indregnes i den rimelige pris i 2005 og 2006. Sagsøgerne vælger imidlertid på trods heraf at udelade CO2-tillægget fra deres opgørelse af tabet i henhold til påstand 1 og 3, mens de medtager 25 % af CO2-tillægget i påstand 2. Kun i påstand 4 medtages 100 % af dette tillæg.

Forskellene på Konkurrencerådets benchmark og sagsøgernes påstande 1-4 kan sammenstilles i følgende tabel⁶:

Påstand/ Bench- mark	Antal kritiske timer	Variable og fa- ste omkostnin- ger ved elproduktion	Tillæg for egenkapi- talforrent- ning	Prisvaria- tionstillæg	CO2- tillæg	Samlet benchmark
1A+1B	21.887	16,6 øre/kWh	10 %	0 %	0 %	18,3 øre/kWh
2A+2B	20.975	16,6 øre/kWh	10 %	0 %	25 %	19,8 øre/kWh
3A+3B	12.191	16,6 øre/kWh	10 %	34 %	0 %	24,5 øre/kWh
4A+4B	2.384	16,6 øre/kWh	10 %	0 %	100 %	24,1 øre/kWh
Konkur- rencyrådet	1.402	23,9 øre/kWh	22-43 %	34 %	100 %	44,4 øre/kWh

Som det fremgår af tabellen, er der væsentlige forskelle mellem sagsøgernes benchmarks for en rimelig pris og konkurrencemyndighedernes tilsvarende benchmark for så vidt angår alle sagsøgernes fire påstande.

⁶ Beregningerne er foretaget for perioden 1. juli 2003 til 30. juni 2006, idet antallet af kritiske timer i påstand 4A+4B dog er angivet som det fulde antal timer påberåbt af sagsøgerne, selv om dette tal inkluderer perioden 1. juli 2006 til 31. december 2006. De gennemsnitlige omkostninger og benchmarks er vægtet med Elsams produktion over perioden.

Således er selv sagsøgernes mere subsidiære påstand 4A-B opgjort på baggrund af et benchmark, som er væsentlig mere fordelagtig for sagsøgerne end det af konkurrencemyndighederne rent faktisk anvendte benchmark.

Dette er i direkte modstrid med stævningens punkt 6.3, hvor det fastslås, at påstand 4 skulle vise "*retten, hvordan tabet kan beregnes, hvis der tages hensyn til alle tænkelige faktorer, og disse udlægges entydigt til fordel for sagsøgte på samme måde som i Konkurrencerådets afgørelse*".

Selv hvis man sammenligner konkurrencemyndighedernes benchmark for en lovlig pris med sagsøgernes tilsvarende benchmark i henhold til deres påstand 4, er der således en markant forskel. Det skyldes som nævnt sagsøgernes (i) alt for lave opgørelse af de variable omkostninger (brændsel mv.) og faste omkostninger (afskrivninger mv.), (ii) fejlagtige brug af 10 %-satsen som en rimelig fortjeneste, og (iii) manglende anvendelse af prisvariationstillægget ved beregning af deres benchmark til brug for påstand 4.

Sammenfattende gøres det på dette centrale punkt gældende, at sagsøgernes benchmark ikke kan lægges til grund for tabsberegningen, herunder særligt fordi sagsøgerne i øvrigt baserer deres krav på konkurrencemyndighedernes afgørelser.

17.3

Betydningen af et forkert benchmark

Sagsøgerne beregner ifølge sagsøgernes oplysninger tabet på spotmarkedet i henhold til alle deres fire påstande som forskellen mellem den sagsøgerne faktisk betalte pris i de enkelte timer og det af sagsøgerne beregnede benchmark. Forskellen ganges herefter med den indkøbte mængde i samme time.

Sagsøgerne foretager ikke kun denne beregning for så vidt angår de af konkurrencemyndighederne konstaterede kritiske timer. Tværtimod medtager sagsøgerne ved beregningen af tabet på spotmarkedet til brug for påstand 1A-B, 2A-B og 3A-B alle de timer, hvor spotprisen er højere end deres egne benchmarks i henhold til disse påstande, uanset at disse afviger stærkt fra konkurrencemyndighedernes tilsvarende benchmark, der ellers er det grundlæggende element i det af sagsøgerne påberåbte ansvarsgrundlag for deres erstatningskrav.

Kun ved sagsøgernes påstand 4A-B skulle sagsøgerne angiveligt have foretaget en tabsberegning på spotmarkedet, der alene beregner tabet i de timer, som konkurrencemyndighederne har identificeret som kritiske. Imidlertid har sagsøgerne tilsyneladende anvendt Konkurrencerådets oprindelige definition af de kritiske timer, således at sagsøgerne medtager alle 515 kritiske timer i 2. halvår af 2006, uanset at Konkurrenceankenævnet ikke fandt det påvist, at Elsam havde overtrådt konkurrenceloven i denne periode, samt alle 969 kritiske timer i perioden fra 1. januar 2005 til 30. juni 2006, uanset at Konkurrencerådet på grund af deres revurdering af sagen under ankenævns sagen nedjusterede dette antal til 502 kritiske timer.

Sagsøgernes påstand 4A-B baserer sig således på en forudsætning om, at der skulle være 2.384 kritiske timer i perioden fra 1. juli 2003 til 31. december 2006, mens Konkurrencerådet alene har identificeret 1.402 kritiske timer i perioden fra 1. juli 2003 til 30. juni 2006, hvortil

kommer, at der efter Konkurrenceankenævnets kendelser alene er tale om et endnu lavere antal kritiske timer.

17.4 **Beregning af tab relateret til finansielle kontrakter**

Det gøres i relation til krav baseret på finansielle kontrakter principalt gældende, at tabet ikke kan fremføres mod Elsam, allerede fordi tabet på de finansielle kontrakter relaterer sig til indirekte sagsøgere, som ikke kan gøre krav gældende mod Elsam, jf. nærmere pkt. 13. Elsam er ikke part i de pågældende finansielle kontrakter, som er indgået mellem elhandelsselskaberne og deres kunder.

For det tilfælde at retten mod forventning tillader krav fra indirekte sagsøgere, gøres det subsidiært gældende, at Elsams eventuelle konkurrencestridige adfærd i et nærmere afgrænset antal kritiske timer på spot markedet ikke har medført noget tab på finansielle kontrakter.

De finansielle kontrakter er karakteriseret ved, at de i forskellig grad og på forskellig vis låser prisen på fremtidig el enten ved at forpligte til fremtidig levering af el til en pris fastsat ud fra en forud fastsat mekanisme eller ved at forpligte til at betale differencen mellem spotmarkedsprisen for el og en pris fastsat ud fra en forud fastsat mekanisme (contract for difference - CfD). Det reneste og mest enkle eksempel på en finansiell kontrakt er fastprisaftalen, men der indgår i sagen tillige en række mere komplekse varianter.

De finansielle kontrakter omfattes af nærværende sag, herunder særligt fastprisaftalerne, er ofte langvarige aftaler, som løber i op til 4 år, og flere af aftalerne løber først fra et senere fremtidigt tidspunkt, således at en række aftaler først udløber i 2012.

Idet el ikke kan opbevares til senere levering, indebærer de finansielle kontrakter, at kontraktparten påtager sig en risiko for den fremtidige udvikling i elprisen i en ofte relativt lang periode.

Prisen på længerevarende finansielle kontrakter fastsættes derfor i sagens natur ud fra analyser af den langsigtede forventede prisudvikling, herunder gennem analyse af den forventede udvikling i udbud af el, den forventede udvikling i forbrug af el og den forventede udvikling i størrelsen af produktionsomkostninger for el. Disse primære faktorer påvirkes igen af en række underliggende faktorer, såsom de vejrmæssige forhold, herunder navnlig nedbørsmængdens betydning for vandkraft og vindforholdenes betydning for vindkraft, den forventede udvikling i råvarepriserne, inklusive kulprisen og olieprisen, myndighedernes håndtering af kabelforbindelserne, kabel- og værksnedbrud og vedligeholdelse samt forsyningsknaphed.

Det har i sagens natur formodningen imod sig, at prisen på el, som eksempelvis låses i 3 år i en sådan fastprisaftale, påvirkes nævneværdigt af Elsams eventuelle forhøjede pris i en enkelt kritisk time dagen før den finansielle kontrakt blev solgt, hvilket desuagtet er selve omdrejningspunktet i sagsøgernes påstande på dette punkt. Påstandene er baseret på, at der findes en sådan sammenhæng, som tilmed forudsættes at være af en sådan entydig, klar og matematisk karakter, at den kan indgå i en nyskabende matematisk formel for tabsopgørelse.

17.4.1 Bilag 9 påviser ikke den angivelige sammenhæng

Sagsøgernes tabsopgørelse for så vidt angår finansielle kontrakter er ifølge sagsøgerne beregnet under anvendelse af den i bilag 9 udviklede model for den angivelige sammenhæng mellem Elsams påståede påvirkning af priserne på spotmarkedet og fastsættelse af prisen på det finansielle marked.

Det gøres først og fremmest gældende, at sagsøgerne ikke har påvist noget relevant tab, allerede fordi det af sagsøgerne ensidigt indhentede bilag 9 på ingen måde påviser den sammenhæng, som sagsøgerne postulerer, hvilket nærmere er behandlet ovenfor under pkt. 10. Hertil kommer, at sagsøgernes manglende fremlæggelse af de faktiske beregninger af påstandsbeløbet efterlader Elsam uden mulighed for at efterprøve, om den i bilag 9 udviklede model overhovedet er anvendt korrekt ved beregningen af påstandsbeløbene. Problemet forstærkes af, at sagsøgerne end ikke har redegjort for, hvorledes modellen nærmere er bragt til anvendelse på de enkelte typer af finansielle kontrakter, samt af at sagsøgerne i visse tilfælde sågar har beregnet et tab for en fremtidig periode, hvor det faktiske elforbrug end ikke var kendt på opgørelsestidspunktet.

Endelig skal det bemærkes, at sagsøgernes beregning af tab på det finansielle marked er baseret på samme ukorrekte benchmarks, som er anvendt på spotmarkedet, jf. ovenfor pkt. 17.2.

17.4.2 Det angivelige tab modsvarer af uberettiget fortjeneste hos elhandelsselskaberne

For det tilfælde, at retten mod forventning lægger den i bilag 9 postulerede sammenhæng til grund, gøres det mere subsidært gældende, at et eventuelt krav om erstatning til elhandelsselskabernes kunder for betydelige og langvarige tab på finansielle kontrakter, som løber videre efter Elsams påståede uberettigede påvirkning af prissætningen på spot markedet er ophørt den 30. juni 2006, skal rettes mod det elhandelsselskab, som aftalen er indgået med og ikke Elsam. Det er under de givne forudsætninger og ifølge sagsøgernes egen argumentation elhandelsselskabet, som har opnået en uberettiget berigelse, idet tabet hos kunden i givet fald modsvarer af en tilsvarende uberettiget berigelse hos elhandelsselskabet.

Har et elhandelsselskab eksempelvis den 29. juni 2006 indgået en 3-årig fastprisaftale med en kunde, og gives kunden mod forventning medhold i, at den aftalte faste pris på ulovlig måde er påvirket af Elsams prissætning på spot markedet, så vil det pågældende elhandelsselskab i aftalens 3-årige løbetid modtage en uberettiget høj pris på den solgte el, uden at elhandelsselskabets indkøb af spot el til opfyldelse af fastprisaftalen tilsvarende er påvirket.

Elhandelsselskabet bør i givet fald fralægge sig denne uberettigede berigelse til kunden.

Det er således bemærkelsesværdigt, at en række af sagsøgerne retter krav mod Elsam, som rettelig burde være rettet mod andre af sagsøgerne repræsenteret ved samme advokat, og sagsøgerne opfordres derfor til i givet fald at søge kravet udlignet internt mellem sagsøgerne uden Elsams mellemkomst.

Sagsøgerne kunne således på enkel vis internt korrigere for det påståede tab, som gøres gældende mod Elsam, ved at ændre prisen på el i henhold til den interne finansielle aftale mellem de pågældende sagsøgere til den pris, som begge de pågældende sagsøgere ifølge argumentationen i stævningen anser for den rette.

18. **KUN DIREKTE SAGSØGERE KAN GØRE EVENTUELLE KRAV GÆLDENDE**

Først og fremmest skal sagsøgernes erstatningsopgørelse reduceres, da det følger af almindelige erstatningsretlige principper, at kun de sagsøgere, som er direkte skadelidte, kan rette et krav mod Elsam, jf. nærmere pkt. 13.

Det indebærer, at alene elhandelsselskaberne, som har købt el på Nord Pool Spot, kan rette et krav mod Elsam.

18.1 **Elhandelsselskabernes eventuelle tab er overvæltet fuldt ud**

I det omfang disse sagsøgere i udgangspunktet kan dokumentere et relevant økonomisk tab, har det generelt en klar formodning for sig, at sagsøgerne har overvæltet de påståede overpriser for elektricitet, til det efterfølgende omsætningsled, hvilket uddybes nærmere nedenfor i pkt. 18.1.1-18.1.3.

Det gøres derfor gældende, at elhandelsselskaberne ikke har lidt noget tab som følge af det påståede misbrug, idet elhandelsselskaberne fuldt ud har overvæltet et eventuelt tab på deres kunder, uanset hvilken kontrakttype der er anvendt ved henholdsvis indkøb og videresalg af el.

Elhandelsselskaberne køber el på Nord Pool Spot, bilaterale aftaler eller i Tyskland med henblik på videresalg. Videresalget kan enten ske på en spot kontrakt til en kunde eller under anvendelse af en af flere typer af finansielle kontrakter med den pågældende kunde. I det følgende vil fastprisaftalen blive anvendt til eksemplificering af problemstillingerne.

Såfremt elhandelsselskaberne videresælger el under en fastprisaftale, påtager elhandelsselskaberne sig en risiko, som udløses, hvis de fremtidige priser på den fysiske el indkøbt på Nord Pool Spot eller bilateralt bliver højere end forudsat. Risikoen bliver indregnet ved indgåelse og prissætning af den pågældende fastprisaftale. Til gengæld oppebærer elhandelsselskaberne en tilsvarende gevinstchance, såfremt de fremtidige priser i den relevante periode bliver lavere end forudsat ved indgåelse og prissætning af den pågældende fastprisaftale.

Hvis elhandelsselskaberne ikke ønsker at påtage sig denne spekulative type af gevinstchance og tabsrisiko, kan elhandelsselskaberne vælge at afdække den risiko og gevinstmulighed, som fastprisaftalen udgør for elhandelsselskabet, gennem køb på spotbasis kombineret med indgåelse af et finansielt instrument, som afdækker forskellene mellem spotopkøbene og videresalgsforpligtelserne i fastprisaftalen med kunden, eller gennem køb af fysisk el på bilateral aftale på tilsvarende vilkår.

Idet elhandelsselskaberne er særdeles professionelle aktører på elhandelsmarkedet, hvis forretningsmodel består i at opkøbe el med henblik på videresalg med fortjeneste, vil der uanset

kontrakttypen anvendt ved videresalget gælde en formodning for, at en eventuel merpris betalt for el fuldt ud væltes over på elhandelsselskabernes kunder.

18.1.1 Indkøb af spotel til videresalg på spotkontrakt

Den klare og nødvendige sammenhæng mellem elhandelsselskabets indkøbspriser og elhandelsselskabets videresalgspriser ses klarest, når både indkøb og videresalg er sket på ren spotbasis. I dette tilfælde vil indkøbsprisen og videresalgsprisen time for time følge hinanden.

Elhandelsselskaberne har dermed løbende og direkte videreovervæltet de påståede overpriser på deres kunder.

Så vidt ses har sagsøgerne erkendt denne fuldstændige overvæltning, jf. eksempelvis 5. afsnit på side 20 i sagsøgernes processkrift af 10. december 2008 vedrørende kumulation. Sagsøgernes spekulative, uklare og udokumenterede tabsopgørelse tillader imidlertid ikke Elsam at verificere, at de overvæltede tab fuldt ud er holdt ude af påstandsbeløbene.

For god ordens skyld **opfordres** sagsøgerne derfor til at bekræfte og dokumentere, at intet tab af den pågældende art indgår i påstandsbeløbene.

18.1.2 Indkøb af spotel med afdækning til opfyldelse af finansiel kontrakt

I det omfang elhandelsselskaberne har afdækket risikoen og gevinstchancen forbundet med videresalg af el på en finansiel kontrakt ved indkøb af spotel på Nord Pool Spot kombineret med samtidigt køb af finansielle instrumenter som afdækker differencen, eller ved køb af fysisk el på bilateral aftale på tilsvarende vilkår, har elhandelsselskaberne igen overvæltet et eventuelt tab fuldt ud på de underliggende kunder. Den finansielle kontrakt med kunden vil således være prissat under hensyntagen til og/eller ud fra samme principper, som gælder for det tilsvarende finansielle instrument eller den bilaterale aftale indgået til afdækning heraf.

Elhandelsselskaberne vil typisk ikke foretage afdækningen af selskabets positioner kontrakt for kontrakt, men derimod gennem større samlede aftaler til afdækning af selskabets samlede nettoposition på et større antal kontrakter, men dette ændrer ikke på det grundlæggende princip.

Derved har elhandelsselskaberne heller ikke i denne sammenhæng lidt noget tab.

For god ordens skyld **opfordres** sagsøgerne derfor til at bekræfte og dokumentere, at intet tab af den pågældende art indgår i påstandsbeløbene.

Det må i øvrigt antages, at elhandelsselskaberne i betydeligt omfang har benyttet muligheden for at foretage en sådan afdækning af gevinst og risiko, idet elhandelsselskaberne i modsat fald ville drive ren spekulationsvirksomhed.

18.1.3 Indkøb af spotel uden afdækning til opfyldelse af finansiel kontrakt

I det omfang elhandelsselskaberne har haft en "åben position" på mængder nødvendige til opfyldelse af en underliggende finansiel kontrakt, skyldes det, at elhandelsselskaberne har ind-

gået en underliggende finansiel kontrakt, som elhandelsselskabet ikke (konkret eller generelt) har afdækket ved køb på tilsvarende vilkår.

Som professionelle aktører med en betydelig markedsindsigt er det for det første elhandels-selskabernes egen risiko, om de har åbne positioner. Såfremt et elhandelsselskab såsom Energi Danmark har valgt at implementere en særlig risikovillig politik med manglende afdækning af risici, hvilket påstandenes størrelse synes at indikere, skal denne spekulation/risikovillighed naturligvis ikke komme Elsam til skade.

For det andet vil elhandelsselskaberne - såfremt sagsøgerne gives medhold i den i bilag 9 postulerede sammenhæng mellem spotpriser og priser på det finansielle marked - ligeledes opnå en overpris ved indgåelse af den finansielle kontrakt med kunden, som modsvarer og afdækker den overpris elhandelsselskabet måtte have betalt på spot markedet som følge af det påståede misbrug.

Den overpris, som elhandelsselskabet under disse forudsætninger måtte betale ved køb af spot til opfyldelse af en finansiel aftale, vil således alt andet lige efter sagsøgernes egen antagelse være blevet overvæltet til kunden gennem en tilsvarende højere pris på den underliggende finansielle kontrakt.

Det er således udtryk for en misforståelse og et helt grundlæggende problem ved hele sagsøgernes metodik for beregning af de samlede påstandsbeløb, at sagsøgerne antager, at overvæltning til næste omsætningsled kun vil forekomme, hvis videresalg er sket på spotvilkår.

19. **INDIREKTE SAGSØGERE**

For det tilfælde at de af sagsøgerne, som kun er indirekte skadelidte, mod forventning tillades at fremføre et krav mod Elsam, gøres det subsidært gældende, at det krav, som de indirekte skadelidte kan fremføre, under alle omstændigheder skal korrigeres for besparelsen på PSO-tariffen og begrænses til det tab, som elhandelsselskaberne beviseligt har videreovervæltet til de indirekte skadelidte, og som ikke er videreovervæltet. Elsam skal ikke kunne mødes med eksorbitante krav fra senere omsætningsled, som Elsam ikke har nogen form for direkte relation til.

Endvidere skal det tilsvarende beløb naturligvis være fratrukket i elhandelsselskabernes tab-sopgørelse, således at det samme tab ikke kræves erstattet to gange.

19.1 **Fradrag for besparelse på PSO-tariffen**

Såfremt krav fra indirekte sagsøgere, dvs. sagsøgere som ikke selv er elhandelsselskaber, tillades, skal der endvidere ske fradrag for, at sagsøgerne som følge af de forhøjede priser har opnået en besparelse på den såkaldte PSO-tarif. PSO står for "Public Service Obligations".

Baggrunden for fradraget for besparelse på PSO-tariffen er, at selve elprisen kun udgør ca. 20 % af den samlede pris, som en slutkunde betaler for el. De resterende 80 % af prisen udgøres af en række lovregulerede tillæg og afgifter, herunder PSO-tariffen.

PSO-tariffen blev i perioden fra 1. januar 2005 og frem fastsat kvartalsvis og opkræves af den systemansvarlige, Energinet.dk, til dækning af omkostningerne ved en række forpligtelser til at fremme miljøvenlig elproduktion, som Energinet.dk er pålagt ved lov. Den væsentligste af disse er forpligtelsen til at yde tilskud til producenter af vedvarende energi, herunder vindmøller, biogasanlæg og decentrale kraftvarmeværker, i form af pristillæg. Regler om PSO-tariffen blev justeret pr. 1. januar 2005, og reglerne var således en anelse anderledes i 2003 og 2004, idet tariffen i denne periode bl.a. blev fastsat årligt og ikke kvartalsvis.

19.1.1 Regelgrundlaget for PSO-tariffen

De nærmere regler for Energinet.dks ydelse af pristillæg i perioden fra 1. juli 2003 til 31. december 2006 fremgår af de dagældende bekendtgørelser i elforsyningsloven, navnlig Lovbekendtgørelse nr. 767 af 28. august 2001, Lovbekendtgørelse nr. 151 af 10. marts 2003, Lovbekendtgørelse nr. 286 af 20. april 2005 henholdsvis Lovbekendtgørelse nr. 1115 af 8. november 2006.

Det følger heraf, at Energinet.dk i hele perioden ydede varierende pristillæg til forskellige elproducenter, bl.a. afhængig af produktionsformen og datoen for anlæggets tilslutning til nettet.

Det var hovedreglen, at pristillægget blev reguleret i forhold til elmarkedsprisen beregnet på baggrund af de faktisk opnåede spotpriser i hvert prisområde, således at summen af pristillægget og elmarkedsprisen på Nord Pool Spot ikke oversteg et bestemt beløb, f.eks. 36 øre/kWh. Hvis elmarkedsprisen oversteg det angivne beløb, blev der beregnet et negativt pristillæg eller modregnet i efterfølgende udbetalinger.

Dette system indebærer, at jo højere spotpriserne var - og dermed jo højere salgspris elproducenterne opnåede på spotmarkedet - jo mindre tilskud var Energinet.dk forpligtet til at yde, og jo lavere blev PSO-tariffen dermed. Omvendt indebærer det, at jo lavere spotpriserne var - og dermed jo lavere salgspris elproducenterne opnåede på spotmarkedet - jo højere tilskud var Energinet.dk forpligtet til at yde, og jo højere blev PSO-tariffen dermed for kunderne.

Hvis spotpriserne i fravær af det påståede misbrug havde været lavere, ville PSO-tarifferne i de enkelte kvartaler i perioden dermed utvivlsomt have været højere.

Såfremt sagsøgerne tilkendes erstatning baseret på en beregning af de hypotetiske lavere spotpriser i fravær af det påståede misbrug, skal der derfor nødvendigvis tages højde for, at sagsøgerne i samme hypotetiske situation ville have betalt højere PSO-tariffer. Der skal således ved tabsberegningen ske fradrag for differencen mellem de faktisk betalte PSO-tariffer og de hypotetiske højere PSO-tariffer.

Sagsøgerne skal stilles, som om det påståede misbrug ikke havde fundet sted, men skal ikke stilles *bedre*.

19.1.2 Størrelsen af fradraget for sparet PSO-tarif

Det nærmere forhold mellem ændringer i elmarkedsprisen og PSO-tariffen afhænger af en række faktorer, herunder Energinet.dks omkostninger til andet end pristilskud og Energinet.dks forventninger til udviklingen i elmarkedsprisen i de følgende kvartaler. Det kan derfor ikke uden videre - og ikke uden Energinet.dks medvirken - præcist beregnes, hvad PSO-tariffen i hvert år/kvartal i perioden ville være blevet fastsat til, såfremt spotpriserne havde været lavere.

Energistyrelsen har imidlertid i sit notat af 15. juni 2007, "Omkostninger til miljøvenlig elproduktion (PSO-omkostninger)", der vedlægges som bilag L, anført, at "*Overlagsmæssigt er sammenhængen, at en elprisstigning på 1 øre/kWh reducerer PSO-tariffen med 0,5 øre/kWh og omvendt*". Dette indebærer, at for hver øre, spotpriserne i løbet af perioden gennemsnitligt har været forhøjede som følge af det påståede misbrug, vil sagsøgerne over perioden gennemsnitligt have sparet 0,5 øre/kWh.

Det gøres på denne baggrund gældende, at ovenstående tommelfingerregel om en besparelse på PSO-tariffen svarende til 50 % af prisforhøjelsen på Nord Pool Spot skal benyttes ved tabsberegningen for perioden 1. januar 2005 og frem, medmindre sagsøgerne godtgør og dokumenterer en anden konkret effekt for den enkelte sagsøger. For så vidt angår perioden før justeringen af reglerne om PSO-tariffen pr. 1. januar 2005 gøres det gældende, at der ligeledes skal ske reduktion for den faktiske besparelse på PSO-tariffen.

Det skal særligt bemærkes, at PSO-tariffen fastsættes og opkræves på baggrund af Nord Pool Spot-prisen, uanset hvilken aftale om levering af el den enkelte sagsøger faktisk har indgået. Besparelsen på PSO-tarif vil derfor i givet fald foreligge i alle timer, hvor spotprisen ifølge sagsøgerne har været for høj, uanset om den enkelte sagsøger i denne sag har opgjort et tab baseret på køb på spotvilkår, køb under finansielle kontrakter eller slet ikke har indtalt et krav.

Ved tabsopgørelsen skal der derfor ske modregning med hver af sagsøgernes samlede besparelse på PSO-tarifferne i hele perioden, uanset om sagsøgerne kun har opgjort et tab for en del af deres samlede forbrug.

Der er i den forbindelse en række sagsøgere, som tilsyneladende af forskellige grunde kun har beregnet et tab for deres forbrug i en del af perioden, uanset at de også har haft et forbrug - og dermed også har opnået en besparelse på PSO-tarifferne - i den resterende del af perioden.

Selvom disse sagsøgere har valgt alene at opgøre et tab for en del af deres samlede forbrug i perioden, baserer de deres tab på et fælles anbringende om, at spotpriserne i hele perioden har været ulovligt forhøjede. Det er en nødvendig følge af dette anbringende, at PSO-tarifferne i hele perioden ville have været højere i fravær af det påståede misbrug. Uanset at sagsøgerne alene har beregnet et tab for en del af deres forbrug, har de således opnået en besparelse af PSO-tarifferne som følge af det påståede misbrug, også hvad angår resten af deres forbrug, som derfor skal fradrages ved tabsopgørelsen.

Særligt hvad angår forsyningspligtselskaberne bemærkes, at disse ikke har betalt PSO-tariffen, da denne opkræves hos forsyningspligtselskabernes kunder, de endelige forbrugere. Elsam gør gældende, at det overhovedet ikke tilkommer forsyningspligtselskaberne en adgang til at indtale et erstatningskrav på vegne af deres kunder i tilfælde, hvor selskaberne indrømmer, at tabet er overvæltet fuldt ud på kunderne. Skulle forsyningspligtselskaberne imidlertid desuagtet blive givet adgang hertil, må der under alle omstændigheder ske fradrag for den besparelse på PSO-tarifferne, som deres kunder har opnået. Hvis forsyningspligtselskaberne overhovedet kan få erstatning på kundernes vegne, kan det ikke være for et større beløb end det tab, som deres kunder faktisk har lidt.

19.1.3 Beregning af besparelsen på PSO-tariffen for EJ Badekabiner A/S

Med henblik på at anskueliggøre den helt afgørende betydning som besparelsen på PSO-tarifferne vil have for størrelsen af de af sagsøgerne opgjorte tab, har Elsam lavet en beregning af besparelsen for sagsøgeren omhandlet af Tillæg 1 til stævningen, EJ Badekabiner A/S.

Som Bilag 4 til Tillæg 1 har sagsøgerne fremlagt en beregning af de påståede ulovlige overpriser i hver time i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006 opgjort efter sagsøgers principale erstatningsopgørelse (påstand 1). På baggrund af dette bilag kan det beregnes, at sagsøgerne gør gældende, at spotpriserne i fravær af det påståede misbrug ville have været gennemsnitligt 15,959 øre/kWh lavere i 1. kvartal 2006; 13,694 øre/kWh lavere i 2. kvartal 2006; 18,441 øre/kWh lavere i 3. kvartal 2006 og 11,520 øre/kWh lavere i 4. kvartal 2006.

Såfremt den af Energitilsynet formulerede overslagsmæssige sammenhæng mellem spotpriserne og PSO-tariffen lægges til grund, vil sagsøgerne i hvert kvartal have opnået en besparelse på PSO-tariffen som følge af det påståede misbrug svarende til *halvdelen* af den påståede, gennemsnitlige overpris i hvert kvartal. Dette skal herefter sammenholdes med sagsøgernes forbrug i hvert kvartal.

Som Bilag 3 til Tillæg 1 har sagsøgerne fremlagt en opgørelse over EJ Badekabiner A/S's forbrug i hver time i perioden 1. januar 2006 til 31. december 2006. På baggrund heraf kan det beregnes, at EJ Badekabiner A/S's forbrug var 184.630 kWh i 1. kvartal 2006; 138.590 kWh i 2. kvartal 2006; 122.350 kWh i 3. kvartal 2006 og 186.520 kWh i 4. kvartal 2006.

EJ Badekabiner A/S' overslagsmæssige besparelse af PSO-tarif har herefter været 14.732,20 kr. i 1. kvartal 2006, 9.488,95 kr. i 2. kvartal 2006, 11.281,61 kr. i 3. kvartal 2006 og 10.743,53 kr. i 4. kvartal 2006, hvilket giver en samlet besparelse i hele 2006 på 46.246,28 kr.

Dette skal sammenholdes med, at EJ Badekabiner A/S har opgjort sit tab i samme periode til 106.510,68 kr. Således har EJ Badekabiner A/S alene i 2006 overslagsmæssigt opnået en besparelse på PSO-tariffen som følge af det påståede misbrug på 43,42 % af det opgjorte tab som følge af de forhøjede spotpriser.

Elsam har i første omgang kun foretaget beregningerne for 2006. Der kan imidlertid tilsvarende laves en beregning af, hvor meget lavere spotpriserne gennemsnitligt havde været i fravær

af det påståede misbrug i den resterende del af perioden, og dermed hvor meget højere PSO-tariffen i perioden formentlig havde været. Som nævnt skal der tages hensyn til sagsøgernes besparelse i hele perioden, uanset om sagsøgerne kun har beregnet et tab hvad angår en del af deres forbrug, hvilket eksempelvis gør sig gældende for EJ Badekabiner A/S.

19.2 **Tab relateret til indirekte sagsøgere er videreovervæltet**

I det omfang krav mod Elsam fra indirekte sagsøgere tillades, gøres det gældende, at det også for de indirekte sagsøgere generelt har formodningen for sig, at sagsøgerne har videreovervæltet omkostninger forbundet med virksomhedens drift, herunder også påståede overpriser for elektricitet, til det efterfølgende omsætningsled.

19.2.1 Bevisbyrde for overvæltning

Vurderingen af, hvorvidt en given virksomhed har overvæltet en påstået overpris på næste omsætningsled, afhænger i høj grad af de konkrete forhold hos den respektive virksomhed. Bedømmelsen af overvæltningsspørgsmålet forudsætter således nødvendigvis en udførlig og konkret bevisførelse om og vurdering af, præcist i hvilket omfang virksomheden har været i stand til og faktisk har indregnet den påståede overpris i sine priser.

Det er alene sagsøgerne, der besidder alle de oplysninger, som er nødvendige for at dokumentere overvæltningsspørgsmålet, hvorimod Elsam i sagens natur ikke har indsigt heri. Dette gælder særligt under hensyntagen til, at de indirekte sagsøgere ikke er i et aftaleforhold med Elsam, hvorfor Elsam derfor på ingen måde har nærmere kendskab til den enkelte sagsøger eller dennes faktiske prissætning.

Det gøres derfor gældende, at sagsøgerne generelt har bevisbyrden for, at der ikke er sket overvæltning.

19.2.2 Videreovervæltning fra virksomheder, som ikke selv handler med el

Elsam gør gældende, at virksomhederne - i overensstemmelse med økonomisk teori og retspraksis - må antages at have indregnet deres faktisk afholdte eludgifter - herunder en eventuel ulovlig overpris - i priserne på deres egne produkter og tjenesteydelser og dermed har overvæltet den påståede overpris på deres egne kunder, hvorfor virksomhederne ikke har lidt et tab. Eludgifter er variable udgifter, som sædvanligvis altid fuldt ud overvæltet på næste omsætningsled.

Således anfører Østre Landsret i TfS 2001.58 Ø vedrørende overvæltning af ambi: "*Det har formodningen for sig, at kendte omkostninger også indgår i prisdannelsen og ikke bæres af den, der leverer en ydelse, medmindre dette er uundgåeligt, f.eks. på grund af stærk priskonkurrence.*"

På denne baggrund gøres det gældende, at der også for sagsøgere, som er virksomheder, bør gælde en formodning for, at sagsøgerne har overvæltet det påståede tab helt eller delvist.

Dermed påhviler det de enkelte sagsøgere at modbevise, at dette er tilfældet, navnlig ved at godtgøre, at de ikke har indregnet den påståede overpris i deres priser.

19.2.3 Videreovervæltning fra forsyningspligtselskaberne

Som nævnt i pkt. 4, har forsyningspligtselskaber ikke selv lidt noget tab, fordi de fuldt ud har overvæltet den påståede overpris på deres kunder.

20. **KONKURRENCERÅDETS BEREGNING AF DET MAKSIMALE TAB**

Sagsøgernes udokumenterede og eksorbitante erstatningskrav sættes i relief af, at Konkurrencerådet på baggrund af Konkurrencerådets benchmark beregner det maksimale tab for den relevante periode til 240 mio. kr., fordelt med 187 mio. kr. for perioden 1. juli 2003 til 31. december 2004 (Elsam II-sagen) og 53 mio. kr. for perioden 1. januar 2005 til 30. juni 2006 (Elsam III-sagen).

Det af Konkurrencerådet anførte beløb er beregnet ved i hver enkelt kritisk time at multiplicere de samlede mængder el leveret af Elsam med differencen mellem den af Konkurrencerådet accepterede højeste lovlige pris og det laveste af (i) Nord Pool Spot prisen og (ii) Elsams højeste indmelding i samme kritiske time.

Konkurrencerådet har således medtaget det samlede maksimale tab på alle mængder solgt af Elsam, uanset om mængderne i senere omsætningsled er gjort til genstand for videresalg på spotvilkår, fastpris aftale eller under anvendelse af andre finansielle aftaler.

Det gøres i den forbindelse gældende, at det er korrekt, når Konkurrencerådet begrænser tabet til et tab beregnet på baggrund af de mængder, som Elsam rent faktisk har solgt på Nord Pool Spot til de i givet fald for høje priser.

Beløbet på 240 mio. kr. udgør herefter det teoretisk maksimale tab i alle omsætningsled helt ned til slutbrugeren.

Hertil kommer, at Konkurrencerådets beregning ikke tager højde for en række fradrag, som skal ske, før beløbet kan anvendes erstatningsretligt overfor sagsøgerne i nærværende sag. De enkelte fradrag vil blive behandlet i det følgende.

20.1 **De 1.110 sagsøgere udgør ikke alle kunder dækket af Konkurrencerådets beregninger**

For det første beregner Konkurrencerådet det samlede tab for alle kunder helt ned til den enkelte slutbruger. Konkurrencerådets beregning er således en samlet beregning af det tab, som er lidt af sagsøgerne i nærværende sag, og det tab, som er lidt af potentielle skadelidte, som ikke er omfattet af nærværende sag. Det bemærkes i den forbindelse, at Elsam bl.a. har afgivet et meget betydeligt antal suspensionserklæringer.

Beløbet skal derfor allerede af denne grund reduceres væsentligt, før det anvendes som udgangspunkt for tabsopgørelsen i denne sag.

Som følge af sagsøgernes manglende fremlæggelse af dokumentation for elmængder aftaget af sagsøgerne er det ikke på det foreliggende grundlag muligt for Elsam at beregne, hvor stor en del af den solgte el sagsøgerne samlet repræsenterer.

20.2 Konkurrenceankenævnets reduktion af antallet af kritiske timer

For det andet tager Konkurrencerådets beregninger i sagens natur ikke højde for, at Konkurrenceankenævnet i ankesagen kun fandt, at der forelå misbrug i et "vist omfang" og et "ikke uvæsentligt omfang" af de af Konkurrencerådet identificerede 1402 timer.

Beløbet på 240 mio. kr. er derimod korrigeret for, at Konkurrenceankenævnet frifinder Elsam for så vidt angår perioden 1. juli 2006 til 31. december 2006.

20.3 Korrektio n for yderligere reduktion af antallet af kritiske timer

For det tredje tager Konkurrencerådets beregninger heller ikke højde for den yderligere reduktion af antallet af kritiske timer, som nødvendigvis må ske som følge af de erstatningsretlige principper, herunder på grund af manglende ansvarsgrundlag, manglende årsagssammenhæng eller manglende adækvans i konkrete kritiske timer.

20.4 Hypotetisk markedspris

For det fjerde tager Konkurrencerådets beregning heller ikke højde for de situationer, hvor der foreligger de såkaldte inframarginale indmeldinger, der er højere end den "lovlige pris", som Elsam ifølge Konkurrencerådet skulle have indmeldt de pågældende mængder til. I disse situationer ville den hypotetiske pris på Nord Pool Spot ikke falde til en pris svarende til Elsams hypotetiske lavere indmelding, men derimod til den inframarginale pris indmeldt af tredjemand, jf. nærmere ovenfor under pkt. 17.1.

20.5 Sparet PSO-tarif

For det femte indgår det ikke i Konkurrencerådets beregning, at en eventuelt forhøjet elpris betalt af de skadelidte, som ikke selv er elhandelsselskaber, vil have medført en reduceret PSO tarif, som derfor skal fratrækkes i opgørelsen.

PSO-tariffen er behandlet nærmere ovenfor under pkt. 19.1.

20.6 Kun direkte sagsøgere

For det sjette tager Konkurrencerådets beregning ikke højde for, at det erstatningsretligt kun er direkte skadelidte, som kan rette krav mod Elsam og i øvrigt kun for den del af kravet, som ikke er overvæltet på senere omsætningsled, jf. nærmere overfor under pkt. 18.

XII ØVRIGE FORHOLD

21. RENTER

21.1 **Der skal tidligst betales rente fra sagens anlæg**

Det gøres gældende, at rente tidligst skal beregnes fra sagernes anlæg i overensstemmelse med rentelovens § 3, stk. 4.

I den forbindelse bemærkes, at Randers Kommune, Horsens Kommune, Regionshospitalet Horsens og DT Group først anlagde sag den 10. december 2008. Det gøres derfor gældende, at der for disse krav tidligst kan beregnes rente fra dette senere tidspunkt, jf. rentelovens § 3, stk. 4.

Det gøres samtidig gældende, at der tidligst skal beregnes rente af forhøjelsen af kravet fra Skanem Hobro A/S fra den 10. december 2008, hvor forhøjelsen blev meddelt retten, jf. retsplejelovens §§ 351, stk. 1 og 358.

Endelig gøres gældende, at der under alle omstændigheder ikke skal beregnes rente fra et tidligere tidspunkt end betalingernes forfaldstidspunkt, jf. rentelovens § 2, hvorefter der først kan påløbe renter fra forfaldsdagen, uanset om retssag måtte være anlagt forinden⁷.

21.2 **Der bestrides, at der skal tilkendes renter fra de enkelte betalingstidspunkter**

Det bestrides samtidig, at rente skal beregnes som anført af sagsøgerne.

Hovedreglen efter rentelovens § 3 er, at der tidligst skal betales rente fra sagens anlæg, hvis forfaldsdagen ikke er fastsat i forvejen, eller der ikke er fremsat betalingsanmodning.

Alene undtagelsesvist og hvis helt særlige forhold begrundet det, kan retten efter rentelovens § 3, stk. 5 bestemme, at der skal betales rente fra et tidligere eller senere tidspunkt end det, der i øvrigt følger jf. rentelovens § 3.

Rentelovens § 3, stk. 5 er således ikke udgangspunkt for renteberegningen i konkurrenceretlige erstatningssager, som sagsøgerne postulerer.

Der er således ikke i renteloven holdepunkter for, at konkurrenceretlige erstatningssager skulle nyde særstatus, ligesom dette heller ikke har støtte i praksis.

Der henvises i den forbindelse til Østre Landsrets dom af 20. maj 2009 vedrørende erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne, hvor der tilkendtes renter fra sagens anlæg for det oprindelige påstandsbeløb, mens påstandsforhøjelsen blev forrentet fra et senere tidspunkt.

⁷ Jf. FT 1977/1978, tillæg A, 802

Der henvises også til U2005.2842H, hvor Højesteret i en sag om tilbagebetaling af for høje priser efter telelovgivningen, som således er sammenlignelig med nærværende sager, heller ikke fandt grundlag for at anvende konkurrencelovens § 3, stk. 5.

Under alle omstændigheder kan rentelovens § 3, stk. 5 heller ikke kan føre til, at der skal betales rente fra et tidligere tidspunkt end betalingstidspunktet, jf. rentelovens § 2.

21.3 **Andre forhold, der taler imod renter fra betalingstidspunktet**

Det gøres gældende, at sagsøgerne ikke har sandsynliggjort, at der skulle foreligge sådanne særlige forhold, der begrundet rente fra betalingstidspunktet, jf. rentelovens § 3, stk. 5.

Det er i denne henseende forkert og selvmodsigende, når sagsøgerne anfører, at sagsøgerne ikke har kunnet fremsætte kravene tidligere, fordi sagsøgerne skulle afvente konkurrencemyndighedernes behandling af sagerne for overhovedet at have et grundlag at beregne tabet på.

For det første anvender sagsøgerne netop ikke konkurrencemyndighedernes afgørelser til at beregne deres påståede tab, men baserer dette på deres eget benchmark for, hvad der udgør en rimelig pris og dermed deres egen misbrugsvurdering. Der er derfor intet, der har afholdt sagsøgerne fra at anlægge sagerne på et meget tidligere tidspunkt.

For det andet traf Konkurrencerådet afgørelse i Elsam II-sagen allerede den 30. november 2005. Selv hvis der ses bort fra, at sagsøgerne ikke gør brug af afgørelsen for at kunne opgøre deres påståede tab, så har sagsøgerne i hvert fald allerede fra dette tidspunkt haft mulighed for at anlægge kravene relaterende til Elsam II-afgørelsen.

Der er ikke holdepunkter for, at sagsøgerne skulle afvente Konkurrencerådets afgørelse i Elsam III-sagen for at kunne opgøre krav relateret til Elsam II-sagen, og sagsøgerne havde da heller ikke nogle problemer med at annoncere disse erstatningskrav i medierne allerede på tidspunktet for Elsam II-sagens behandling i Konkurrenceankenævnet.

I øvrigt bemærkes, at sagsøgernes advokat i den forbindelse udtalte, at man ønskede at afvente med at anlægge erstatningskrav til, man kunne opgøre kravene for Elsam II- og Elsam-III perioden samlet. Det er med andre ord et bevidst valg fra sagsøgernes side, at sagerne først blev anlagt på et meget sent tidspunkt og skyldtes således ikke, at sagsøgerne først kunne opgøre kravene på dette tidspunkt.

For det tredje afventede sagsøgerne heller ikke konkurrencemyndighedernes afgørelser, idet sagsøgerne anlagde erstatningskravene midt i ankenævnets behandling af Elsam III-sagen. Hvis sagsøgernes argument således skulle holde, skulle sagsøgerne således have afventet Konkurrenceankenævnets afgørelse af 3. marts 2008, men i stedet anlagde sagsøgerne sagerne den 20. november 2007.

Det bemærkes i øvrigt, at det efter forarbejderne til rentelovens § 3, stk. 5 taler for først at tilkende renter fra et senere tidspunkt end sagerens anlæg, hvis sagsanlægget er sket uden

sædvanlig betalingsopfordring til skyldneren, eller såfremt de oplysninger, der er nødvendige for at bedømme kravets berettigelse og størrelse, først fremskaffes under den anlagte sag.

Begge forhold gør sig gældende i disse sager, hvor sagsøgerne ikke har fremsendt betalingsanmodning til Elsam forud for stævningens udtagelse, og hvor sagsøgerne på trods af Elsams gentagne opfordringer herom fortsat ikke har gjort det muligt for Elsam at vurdere det enkelte kravs berettigelse, eller hvorledes det enkelte krav er opgjort i forhold til det nedlagte påstandsbeløb.

Der henvises også til VLD B-0253-06, hvor retten fandt, at der først skulle betales renter 30 dage efter, at sagsøgte havde været i stand til at bedømme kravets berettigelse og størrelse, og U2000.504H, hvorefter der først tilkendtes renter fra sagens anlæg, idet sagsøgeren på trods af opfordring ikke havde fremlagt de nødvendige oplysninger til belysning af erstatningens forfaldstidspunkt.

Dette taler selvsagt også imod, at bestemmelsen i rentelovens § 3, stk. 5 kan anvendes til at tilkende renter fra et tidligere tidspunkt end sagernes anlæg.

22. **PASSIVITET/FORÆLDELSE**

Sagsøgerne har ved processkrift om kumulation af 10. december 2008 udvidet sagskomplekset med krav fra 4 nye sagsøgere.

I det omfang sagsøgerne senere måtte udvide sagskomplekset med yderligere krav, tages der forbehold for at gøre passivitet og forældelse gældende i forhold til disse krav.

XIII PROVOKATIONER

23. **INDLEDNING**

Dette afsnit indeholder dels de grundlæggende provokationer, som sagskomplekset som sådan giver anledning til, dels de grundlæggende provokationer, som de forskellige sagsøgertyper og kontrakttyper giver anledning til.

Det er Elsams opfattelse, at det er nødvendigt for sagernes oplysning og udvælgelsen af repræsentative og egnede prøvesager, at sagsøgerne besvarer disse provokationer, således at de centrale og helt afgørende juridiske problemstillinger kan behandles, og således at formålet med udvælgelsen af prøvesager ikke forspildes.

Herudover er der en række provokationer, der alene vedrører den enkelte sagsøger. Elsam har i den forbindelse gennemgået det af sagsøgerne fremlagte bilagsmateriale med henblik på at identificere de problemstillinger og provokationer, som de enkelte sager rejser. På det foreliggende grundlag, hvor sagsøgerne ikke har redegjort nærmere for de enkelte sager eller de fremlagte kontrakter, og hvor det fortsat ikke er muligt at se, hvorledes sagsøgerne har opgjort de enkelte påstandsbeløb, giver sagerne anledning til en række processuelle opfordringer. Disse provokationer er angivet i vedlagte bilag M.

Elsam er klar over, at besvarelsen af de individuelle provokationer indebærer et stort arbejde fra sagsøgernes side. Elsam er derfor indstillet på, at sagsøgerne først besvarer disse provokationer på et senere tidspunkt. Det skal dog påpeges, at det som i enhver anden sag påhviler sagsøgerne at redegøre for og dokumentere deres krav. Det er kun fordi, at sagsøgerne indtil videre ikke har været indstillet på eller ønsket at medvirke til sagernes oplysning eller udvælgelsen af repræsentative prøvesager, at Elsam har fundet det nødvendigt at fremkomme med disse provokationer.

Elsam forbeholder sig at fremkomme med yderligere provokationer i takt med sagernes oplysning og behandling.

24. **PROVOKATIONER AD REALITETEN**

24.1 **Tabsberegningsmodel**

Sagsøgerne **opfordres** til at fremlægge sagsøgernes tabsberegningsmodel i elektronisk form, således at Elsam får adgang til det bagvedliggende materiale, der for hver enkelt af de 1.110 sagsøgere viser, hvorledes de enkelte påstande 1A-4B er beregnet, herunder på hvilke tidspunkter den enkelte sagsøger har købt el igennem hele perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006, hvilket benchmark der ligger til grund for beregningen af de enkelte påstande, hvilke mængder den enkelte sagsøger har købt de enkelte timer, og i hvilken udstrækning kravet er baseret på en spotkontrakt eller en finansiel kontrakt.

Sagsøgerne **opfordres** endvidere til detaljeret at redegøre for, hvorledes de enkelte påstandsbeløb relaterer sig til de fremlagte kontrakter, således at der sagsøger for sagsøger og kon-

trakt for kontrakt er en dokumenteret talmæssig og beregningsmæssig sammenhæng mellem de nedlagte påstande og den fremlagte dokumentation.

Sagsøgerne **opfordres** til at fremsende materialet i excel-format. Som det fremgår af sagsørgernes processkrift af 28. februar 2008, har sagsøgerne materialet liggende i elektronisk form, hvorfor det udelukkende vil have til formål at forsinke og besværliggøre sagernes behandling, såfremt sagsøgerne – som det tidligere er sket – alene sender materialet i papirform.

Materialet er nødvendigt, således at Elsam kan få adgang til at gøre sig bekendt med, hvorledes sagsøgerne har konstrueret og beregnet de enkelte påstandsbeløb.

Sagsøgerne opfordres derudover til at fremlægge dokumentation til opfyldelse af nedenstående provokationer:

24.2 **De direkte skadelidte (elhandelsselskaberne)**

Sagsøgerne **opfordres** til at identificere de fire elhandelsselskaber, der er sagsøgere i sagen.

For hvert enkelt elhandelsselskab **opfordres** sagsøgerne til at oplyse den samlede mængde fysisk elektricitet, som elhandelsselskabet har indkøbt i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006, herunder til at oplyse time for time, (i) hvilke mængder der er indkøbt på Nord Pool Spot (prismråde DK1), (ii) hvilke mængder der er indkøbt på OTC-kontrakter, herunder hvem de enkelte OTC-kontrakter er indgået med, samt (iii) hvilke mængder der er indkøbt og importeret fra Tyskland.

For hvert enkelt elhandelsselskab **opfordres** sagsøgerne til at oplyse den samlede mængde fysisk elektricitet, som elhandelsselskabet har videresolgt i perioden 1. juli 2003 til 31. december 2006, herunder til at oplyse time for time, (i) hvilke mængder der er solgt på spotkontrakter, herunder hvem spotkontrakterne er indgået med, (ii) hvilke mængder der er solgt på finansielle kontrakter, herunder hvilken finansiell kontrakt, der tale om, og hvem den er indgået med, (iii) hvilke mængder der er solgt på Nord Pool Spot, samt (iv) hvilke mængder der er solgt og eksporteret til Tyskland.

For hvert enkelt elhandelsselskab **opfordres** sagsøgerne til for hver enkelt time i perioden at oplyse, hvilke mængder der har været risikofækket ved indgåelse af finansielle kontrakter, herunder forward- og CfD-kontrakter, og hvilke mængder der ikke har været risikofækket (elhandelsselskabets åbne position).

I den forbindelse **opfordres** sagsøgerne til for hvert enkelt elhandelsselskab at redegøre for elhandelsselskabets strategi for risikofækning i hele perioden, herunder ved fremlæggelse af bestyrelsesprotokolater for de bestyrelsesmøder, hvor elhandelsselskabets risikostrategi har været diskuteret og godkendt af bestyrelsen.

For hvert enkelt elhandelsselskab **opfordres** sagsøgerne til at oplyse den samlede mængde fysisk elektricitet, som elhandelsselskabet kræver erstatning for, herunder til at oplyse om de

pågældende mængder er indkøbt på Nord Pool Spot (prisområde DK1), og i hvilke timer mængderne er indkøbt, eller på OTC-kontrakter og hvem kontrakterne er indgået med.

Sagsøgerne **opfordres** i den forbindelse til at oplyse om de enkelte elhandelsselskaber kræver erstatning for mængder, som er videresolgt, men hvor kunden har valgt ikke at deltage i søgsmålet. Elhandelsselskaberne **opfordres** således til at oplyse, hvorvidt elhandelsselskabet har indtalt krav på vegne af deres kunder, der ikke er repræsenteret i sagen, jf. nærmere pkt. 4.

For hvert enkelt elhandelsselskab **opfordres** sagsøgerne til detaljeret at redegøre for elhandelsselskabets krav relateret til finansielle kontrakter, herunder til at oplyse hvorledes kravet er beregnet i forhold til de nedlagte påstande 1A-4B, hvilke finansielle kontrakter kravet relaterer sig til, og hvilke perioder kravet relaterer sig til

Sagsøgerne **opfordres** i den forbindelse til at redegøre for, hvorledes de enkelte elhandelsselskaber ved beregningen af kravet relateret til finansielle kontrakter har taget højde for, at de påståede forhøjede risikopræmier er videreovervæltet på de af elhandelsselskabets kunder, der har indgået finansielle kontrakter.

Sagsøgerne **opfordres** til at fremlægge dokumentation til besvarelsen af ovenstående provokationer. Elsam er indstillet på, at sagsøgerne foreløbigt dokumenterer provokationerne alene for Energi Danmark, og at dokumentationen for så vidt angår de øvrige elhandelsselskaber først fremskaffes senere.

24.3 **De indirekte skadelidte (elhandelsselskabernes kunder)**

24.3.1 Forsyningspligtselskaber

Sagsøgerne **opfordres** til at identificere de forsyningspligtselskaber, der er sagsøgere i sagen.

Sagsøgerne **opfordres** til at oplyse den samlede mængde fysisk elektricitet, som forsyningspligtselskaberne kræver erstatning for.

24.3.2 Øvrige indirekte skadelidte

Sagsøgerne **opfordres** til at oplyse den samlede mængde fysisk elektricitet, som de øvrige indirekte skadelidte (ekskl. forsyningspligtselskaberne) kræver erstatning for.

I forhold til det samlede krav fra de indirekte skadelidte **opfordres** sagsøgerne til at oplyse, hvor stor en del af kravet, der er direkte overvæltet fra elhandelsselskabet til kunden, fordi elhandelsselskabet har indkøbt mængderne på Nord Pool Spot og solgt de pågældende mængder på spotkontrakter, og hvor stor en del af kravet der er opstået i det interne kontraktforhold mellem elhandelsselskabet og kunden, fordi kunden har indgået en finansiell kontrakt.

Sagsøgerne **opfordres** til at oplyse, hvorvidt de indirekte skadelidte har gjort krav gældende i henhold til kontrakter, der er indgået med elhandelsselskaber, der ikke optræder som sagsø-

gere i sagen, og angive, hvor store mængder det drejer sig om, og hvordan mængderne fordeles sig på spotkontrakter henholdsvis finansielle kontrakter.

Sagsøgerne **opfordres** til at bekræfte, at sagsøgernes krav alene vedrører levering til leveringssteder i prisområde DK1. I forhold til de kontrakter, der også vedrører levering i prisområde DK2, opfordres sagsøgerne således til at bekræfte, at der ikke kræves erstatning for disse mængder.

I forhold til de spotkontrakter, der er baseret på Nord Pool Spot-systemprisen, jf. nærmere pkt. 10, **opfordres** sagsøgerne til at redegøre for, på hvilket grundlag de pågældende krav er rejst.

I forhold til spot med loft-kontrakterne **opfordres** sagsøgerne til at redegøre detaljeret for, hvorledes der i tabsberegningen er taget højde for, at loftet er blevet aktiveret og det beløb, som kunden derefter har fået refunderet/krediteret.

I forhold til spotkontrakterne og spot plus-kontrakterne **opfordres** sagsøgerne til at redegøre detaljeret for, hvorledes der i tabsberegningen er taget højde for en udnyttelse af kontraktens konverteringsmulighed.

I forhold til fastpriskontrakterne og fastpris plus-kontrakterne **opfordres** sagsøgerne til at redegøre detaljeret for, hvorledes der i tabsberegningen er taget højde for en udnyttelse af kontraktens konverteringsmulighed.

I forhold til profilkontrakterne **opfordres** sagsøgerne til at redegøre detaljeret for, om der kræves erstatning for profilelementet og hvordan dette i givet fald er behandlet i tabsberegningen, herunder hvordan der i tabsberegningen er taget højde for et negativt profilelement.

I forhold til gevinst el-kontrakterne **opfordres** sagsøgerne til at redegøre detaljeret for, hvorledes de påståede tab er beregnet, herunder efter hvilke principper de i kontrakterne angivne "Gevinstpris" henholdsvis "Garanteret max pris" blev beregnet, og om der ved tabsopgørelsen er taget højde for, om elprisen ville være blevet den samme selv i fravær af det påståede misbrug.

I forhold til pulje- og pulje uden profil-kontrakterne **opfordres** sagsøgerne til at redegøre detaljeret for, hvorledes de påståede tab er beregnet, herunder efter hvilke principper elprisen og de individuelle tillæg blev beregnet, og efter hvilke principper elprisen blev estimeret i relation til kontrakter, hvor elprisen endnu ikke var fastsat på tidspunktet for den endelige beregning af tabsopgørelsen.

Endvidere **opfordres** sagsøgerne til at redegøre for, hvordan de i kontrakterne angivne prislofter fungerede, og efter hvilke principper de blev beregnet, navnlig om der er betalt en præmie for at inkludere et prisloft i kontrakterne, og i givet hvordan denne præmie er indgået i tabsopgørelsen.

Sagsøgerne **opfordres** til i detaljer at redegøre for, hvordan tabet på fysisk el-kontrakterne nærmere er beregnet, herunder efter hvilke principper elprisen og profiltillægget i henhold til de fremlagte kontrakter blev beregnet.

25. **PROVOKATIONER AD FORMALITETEN**

25.1 **Rette sagsøger**

Liste A indeholder forkerte og mangelfulde oplysninger om et stort antal sagsøgere, hvorfor det ikke er muligt at identificere alle sagsøgerne, jf. retsplejelovens § 348, stk. 2.

I forhold til de oplysninger, der er afgivet på Liste A kan det således konstateres, at en stor del af sagsøgeren enten er ophørte, opløste, under konkursbehandling eller ganske enkelt ikke kan findes ved de afgivne oplysninger.

Sagsøgerne **opfordres** til at afhjælpe disse mangler, således at det klart fremgår, hvem der har anlagt de enkelte sager.

Sagsøgere, der ifølge CVR-registret er ophørt eller opløst, **opfordres** således til at oplyse og dokumentere, på hvilket grundlag de baserer deres krav.

Sagsøgere, der er gået konkurs, **opfordres** til at oplyse og dokumentere, at de relevante konkursboer har truffet beslutning om at gennemføre sagen.

Sagsøgere, hvis navn og CVR-nr. som anført på Liste A, ikke stemmer overens med de i CVR-registret angivne oplysninger, **opfordres** til at oplyse og dokumentere deres korrekte selskabsoplysninger.

Henset til at Elsam allerede ved processkrift af 27. februar 2009 gjorde sagsøgerne opmærksomme på disse fejl og mangler, uden at dette har foranlediget sagsøgerne til at afhjælpe manglerne, gøres det gældende, at disse sager skal afvises, jf. retsplejelovens § 349, stk. 1., såfremt sagsøgerne ikke indenfor en af retten fastsat frist herfor har afhjulpet manglerne.

25.2 **Sagsøgere, der optræder to gange på sagsøgerlisten**

Det kan tilsvarende konstateres, at der er sagsøgere, der optræder to gange på sagsøgerlisten – endda med forskellige beløbskrav.

Haderslev Fjernvarme optræder således to gange, dels med en principal påstand 1A på kr. 405.352, dels med en principal påstand 1A på kr. 383.058.

Saint Gobain Isover A/S optræder dels med principal påstand 1A på kr. 15.102.977, dels med en principal påstand 1A på kr. 711.637.

Scanglas A/S, der i øvrigt er registreret ophørt pr. 10. september 2008 i CVR-registeret, optræder dels med en principal påstand 1A på kr. 853.137, dels med en principal påstand 1A på kr. 12.992.

Sagsøgerne **opfordres** også i den henseende til at korrigere sagsøgerlisten og frafalde det forkert opgjorte krav, idet sagsøgerne samtidig **opfordres** til at redegøre for, hvorledes der kan beregnes to så vidt forskellige påstandsbeløb for de pågældende sagsøgere.

26. **SAGSØGERNES PROVOKATION TIL FREMLÆGGELSE AF OMKOSTNINGSDATA**

Sagsøgerne har på side 22 i stævningen opfordret Elsam til at fremlægge detaljerede data om omkostninger og kapacitet time for time.

Elsam kan i sagens natur ikke besvare den fremsatte provokation på det foreliggende grundlag, idet provokationen vedrører oplysninger af stærkt fortrolig og sensitive karakter. Det vil være særdeles skadeligt for Elsam og for konkurrencen på markedet, hvis de pågældende oplysninger tilflyder Elsams konkurrenter, hvortil bemærkes at flere af Elsams konkurrenter optræder som sagsøgere i sagen.

Det følger tillige heraf, at den manglende fremlæggelse naturligvis ikke kan tillægges procesuel skadesvirkning.

Elsam vil tage endeligt stilling til provokationen, når afgørelsen i substanssagen foreligger.

XIV DOKUMENTATION

27. **BILAG**

- Bilag H: Tilsagnsaftale mellem Elsam og Konkurrencerådet
Bilag I: Konkurrencerådets ikke-fortrolige svarskrift
Bilag J: Konkurrencerådets ikke-fortrolige duplik
Bilag K: Konkurrenceankenævnets kendelse af 3. marts 2008
Bilag L: Energistyrelsens notat
Bilag M: Elsams gennemgang af det fremlagte kontraktmateriale

---o0o---

Århus, den 31. august 2009

Kromann Reumert


Erik Bertelsen