

Elsam sagen

Medlemsmøde, Dansk Forening for Konkurrenceret

v. advokat Jacob Pinborg og advokat Christian Karhula Lauridsen

3. oktober 2016

Disposition

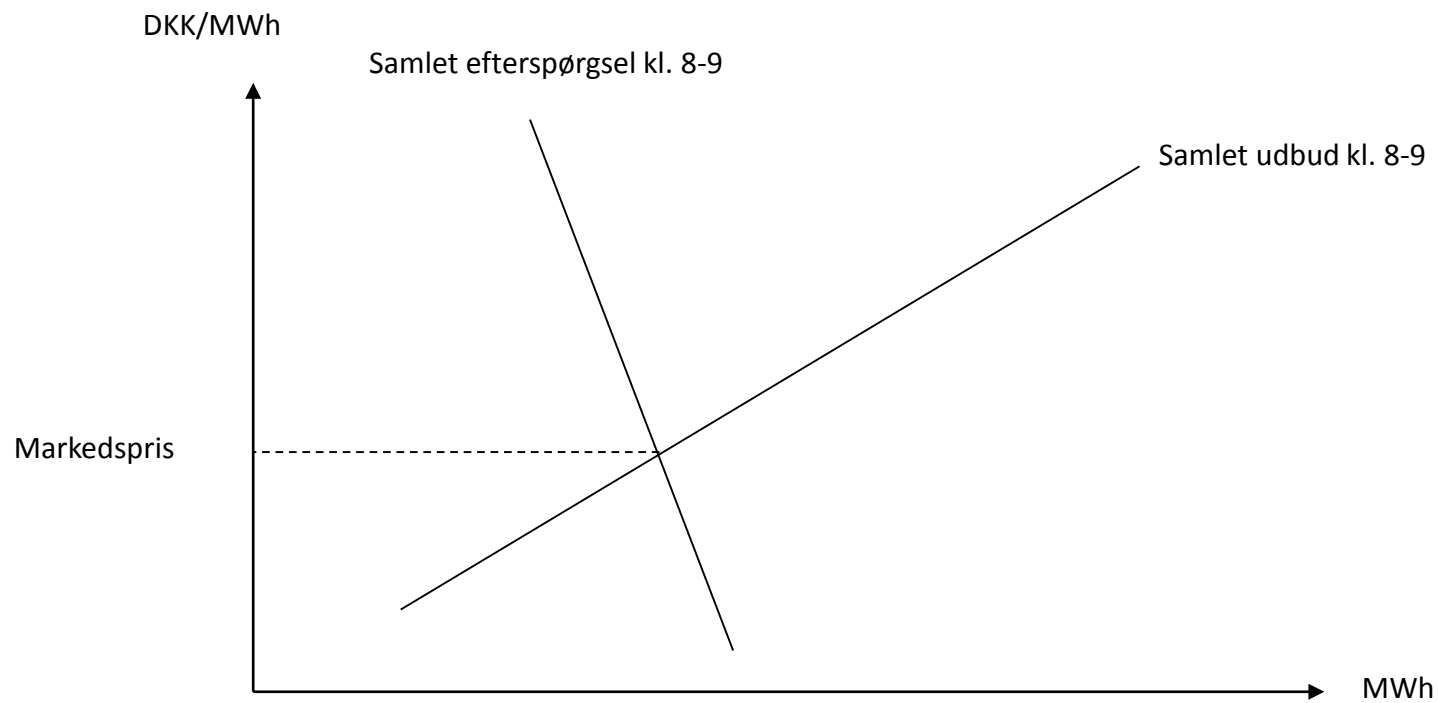
- 1 Overblik over sagskomplekset
- 2 Markedet
- 3 Dominans
- 4 Tilsagnsaftalen
- 5 Misbrug
- 6 Udvalgte øvrige forhold

Overblik over sagskomplekset

- Elsam I
- Elsam II
- Elsam III
 - Rådsafgørelse (2007): Misbrug i 2005-2006
 - Konkurrenceankenævnskendelse (2008):
 - Stadfæster for 2005 – 1. halvår 2006
 - Ophæver for 2. halvår 2006
 - Sø- og Handelsretssag (2008-2016)
 - Præjudiciel forelæggelse afvist (2008-2009)
 - Syn og skøn gennemført (2009-2014)
 - Hovedforhandling (2016)
 - Dom af 30. august 2016
 - Anket til Højesteret (2016)
- Erstatningssagen

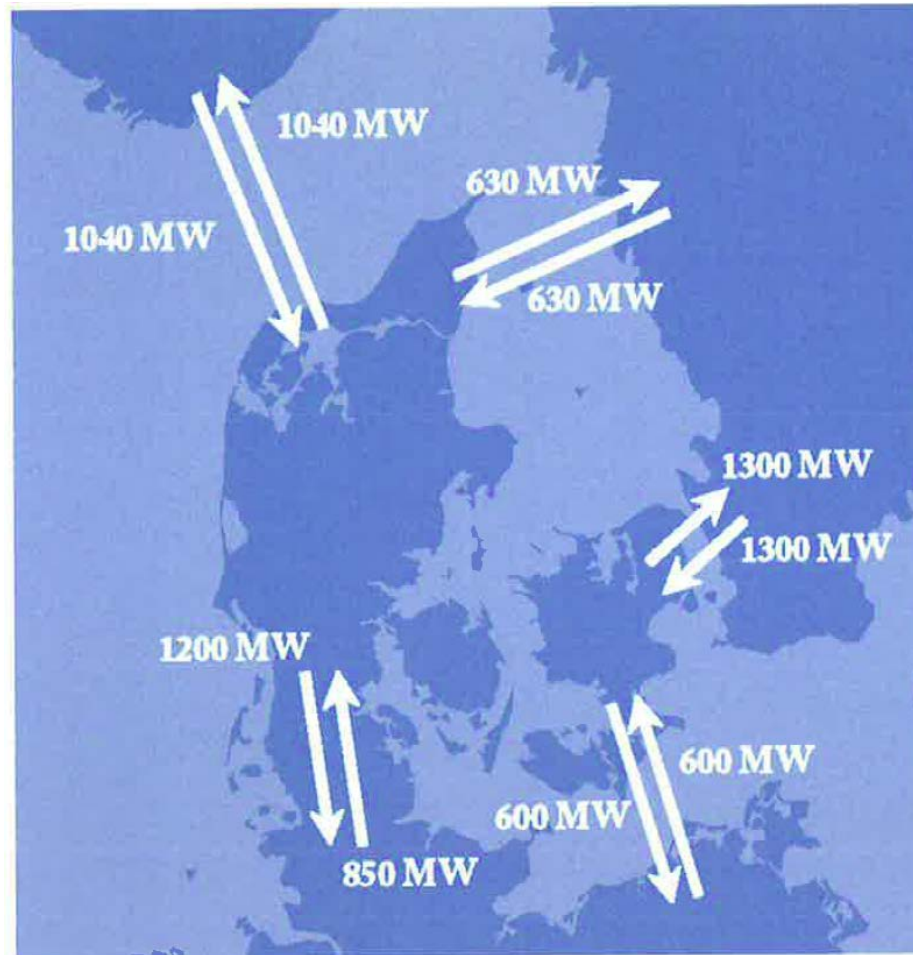
Markedet (i)

Beregning af markedsprisen for el på Nord Pool i en given time



Markedet (ii)

De danske kabelforbindelser



Dominans

- Konkurrencerådsafgørelsens punkt 10:

"Det er vurderingen, at Elsam i alle timer i 2005-2006 indtager en dominerende stilling på det relevante marked, da Elsam besidder den fornødne markedsmagt til at handle uafhængigt af andre aktører"

- Elsam: Kunne ikke handle uafhængigt af andre aktører i 90 % af tiden
- Sø- og Handelsretten: Stadfæster konklusionen om dominans og henviser til myndighedernes begrundelser (dommens side 500)

Tilsagnsaftalen (i)

Elsam I sagen

- Baggrund var en undersøgelse af prisdannelsen i perioden 2000-2001 (lige efter liberaliseringen af sektoren).
- Undersøgelsen indstillet efter afgivelse af tilsagn.
- Reglerne om tilsagn ikke gennemført endnu.

Centrale punkt:

- Overholdelse af en indmeldelsespolitik, som lagde loft over Elsams prisindmeldinger på Nord Pool i situationer med høj sandsynlighed for fuld udnyttelse af importkapaciteten fra Sverige og Norge.
- Priserne måtte ikke overstige den forventede højeste pris i naboområderne.

Tilsagnsaftalen (ii)

- Hvis politikken blev overholdt "vil Konkurrencestyrelsen indstille til Konkurrencerådet, at sagen (j.nr xxx) lukkes og ikke forfølges yderligere..."
- "Elsam er omvendt ikke bundet af tilsagnene, såfremt Konkurrencestyrelsen eller -rådet tager sagen op til fornyet behandling."
- Sagen defineret i senere punkt ved henvisning til j.nr.
- Herudover nogle meget specifikke regler for, hvornår aftalen kan anses for overholdt.

Tilsagnsaftalen (iii)

Betydningen for misbrugsvurderingen?

- Hvordan skal aftalen forstås
- Var aftalen overholdt
- Berettigede forventninger
- Tilbagekaldelse af forvaltningsakt

SH dom side 500f:

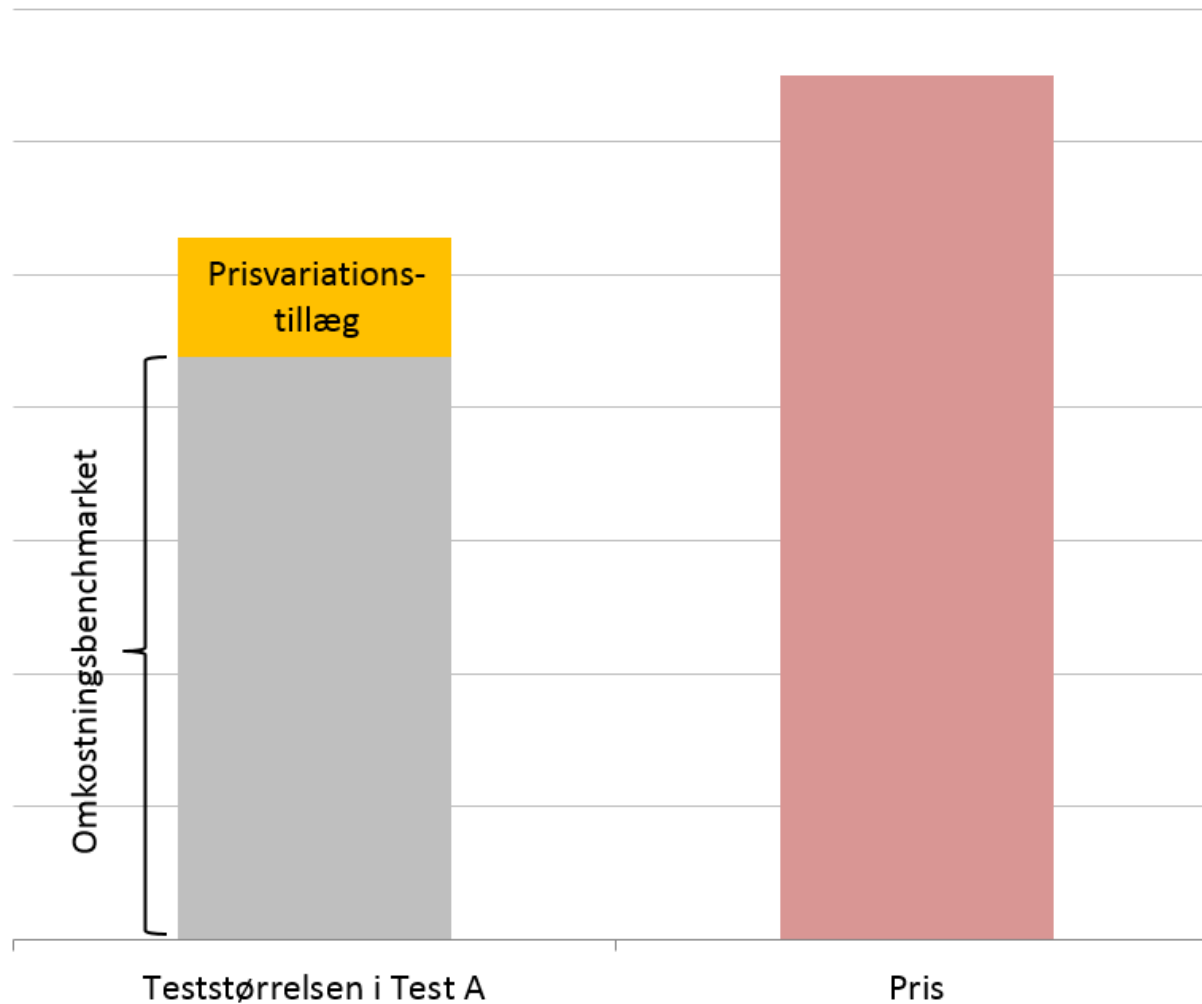
- Elsam indrømmet fordel ved aftalen
- Fritager ikke for overholdelse af de generelle konkurrenceregler, herunder § 11/TEUF 102
- Fejlagtig markedsafgrænsning og mangelfuld forståelse af prisdannelsen kan ikke føre til et andet resultat (markedet var afgrænset anderledes end i de senere afgørelser)

Misbrug

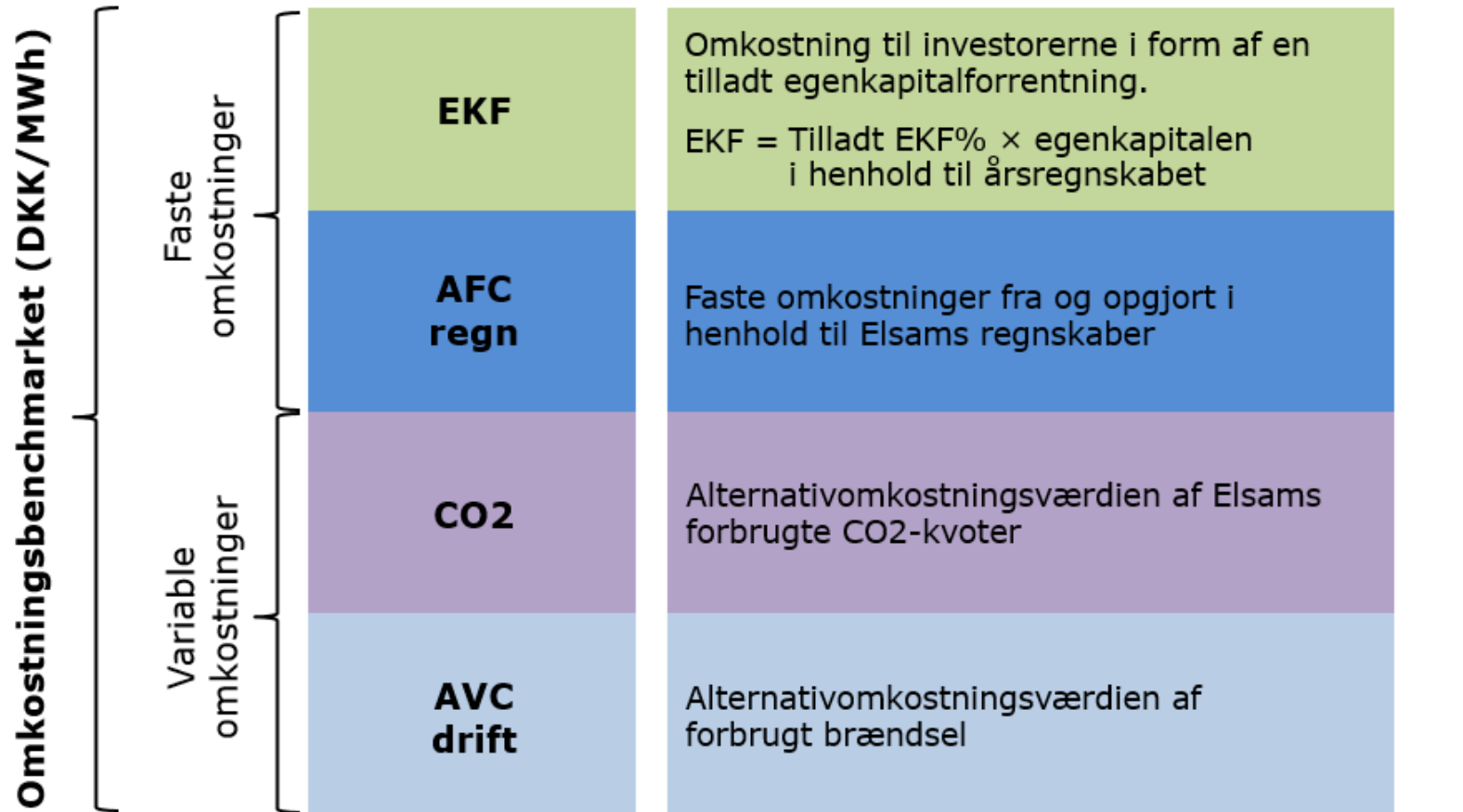
Disposition

- Konkurrencerådets misbrugstest A-G
- Udvalgte dele af Elsams argumentation
- Udvalgte dele af Konkurrencerådets argumentation
- Sø- og Handelsrettens dom (side 501-503)

Konkurrencerådets misbrugstest A (i)

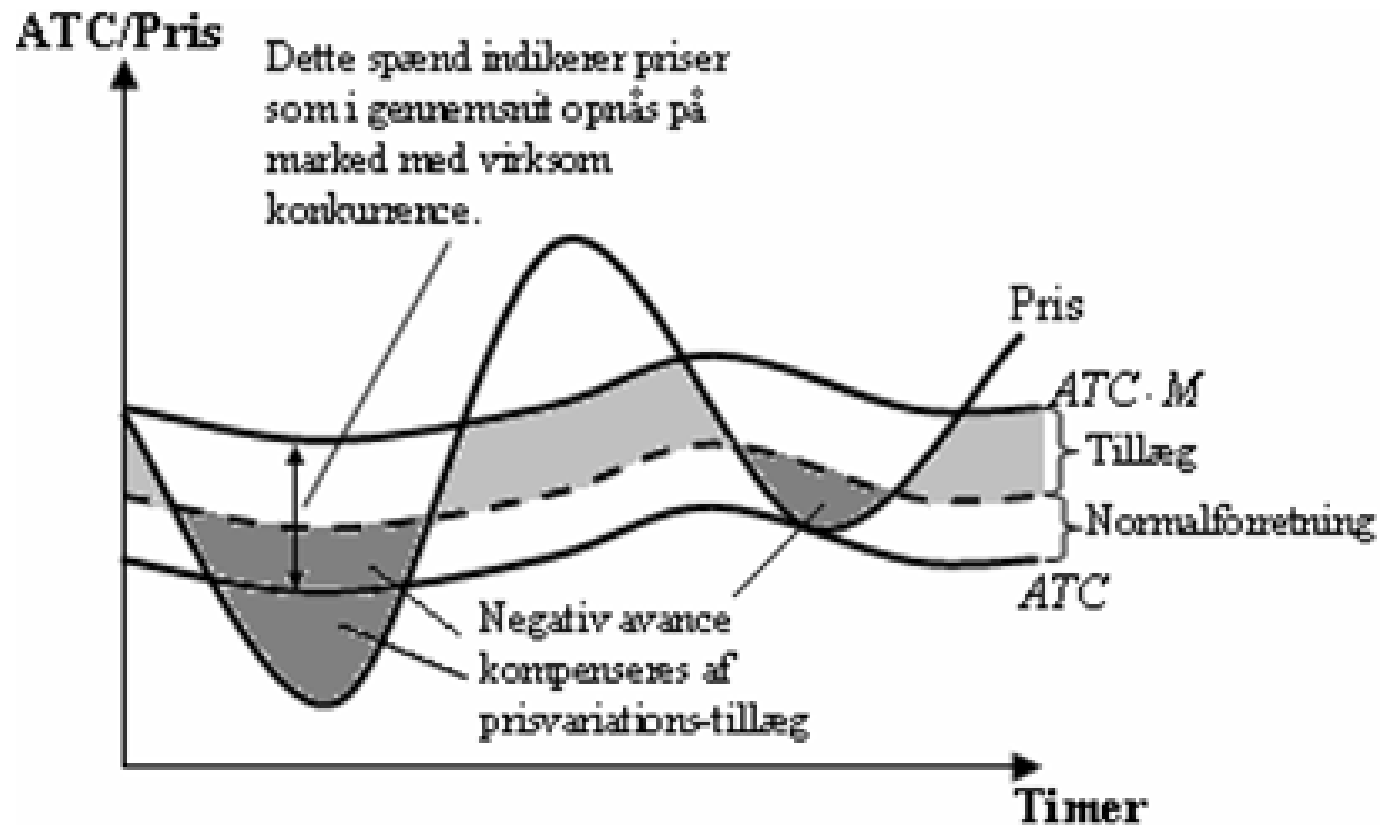


Konkurrencerådets misbrugstest A (ii)



Konkurrencerådets misbrugstest A (iii)

Illustrativt eksempel på intuitionen i prisvariationstillægget



Udvalgte dele af Elsams argumentation (i)

Følgende kriterier skal være opfyldt, for at der kan foreligge urimeligt høje priser:

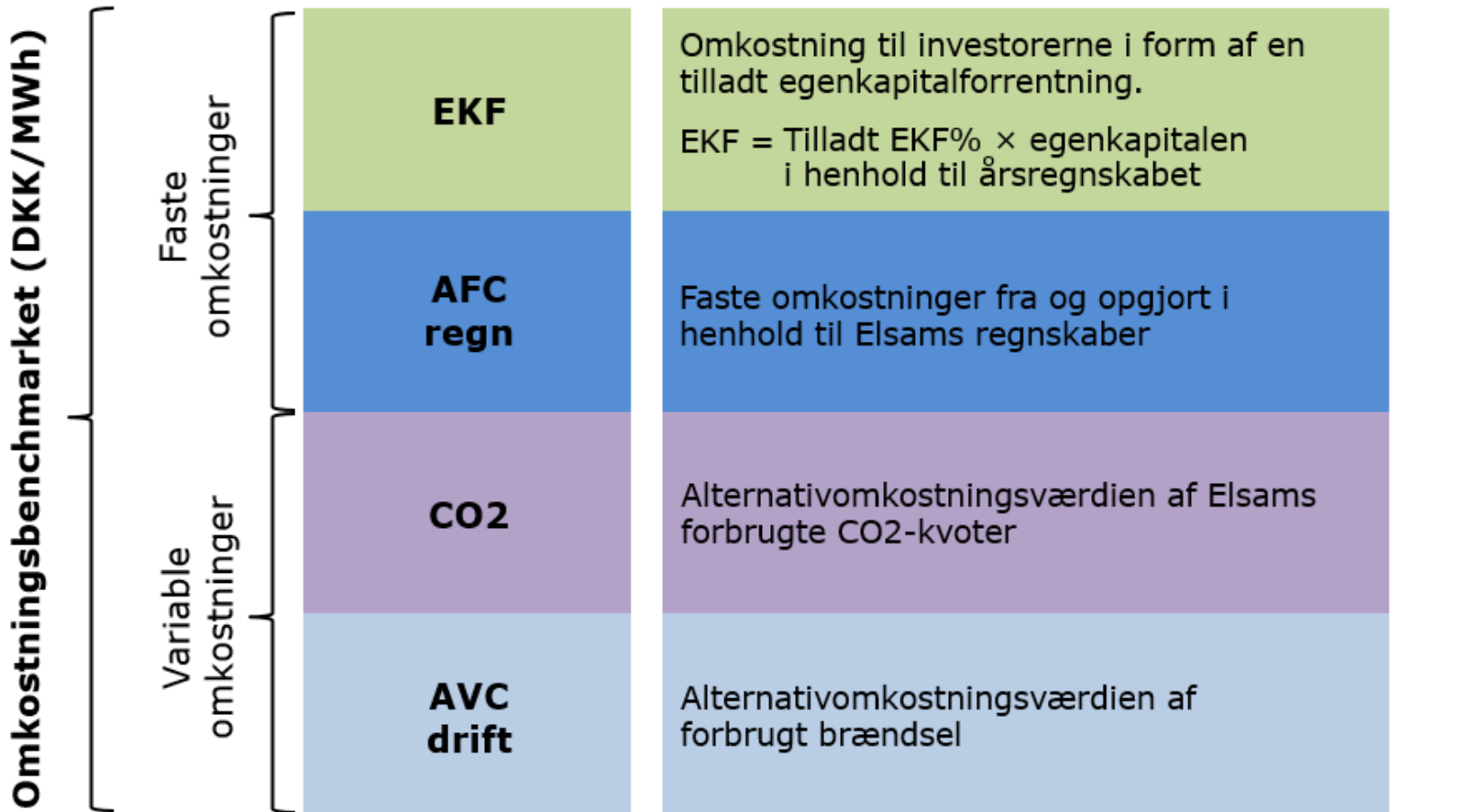
- Virksomhedens priser skal overstige tre benchmarks:
 - Virksomhedens omkostninger
 - Varens økonomiske værdi (ikke-omkostningsmæssige elementer og naboprissammenligninger skal inddrages)
 - Priser, der kan opnås på et marked med virksom konkurrence
- Virksomhedens priser skal være "excessive"/"particularly high"/"clearly disproportionate" i forhold til alle tre benchmarks.

Ved vurderingen af, om kriterierne er opfyldt, skal følgende principper anvendes:

- Økonomisk teori skal anvendes ved opgørelserne af alle tre benchmarks.
 - Alternativomkostninger og ikke regnskabsomkostninger skal ifølge økonomisk teori anvendes ved disse opgørelser
- Sammenligninger foretages over tid mellem alle tre benchmarks og virksomhedens priser
- Detaljeret bevis skal føres af konkurrencemyndigheden for, at virksomhedens priser overstiger alle tre benchmarks.
- Enhver tvivl skal komme den undersøgte virksomhed til gode

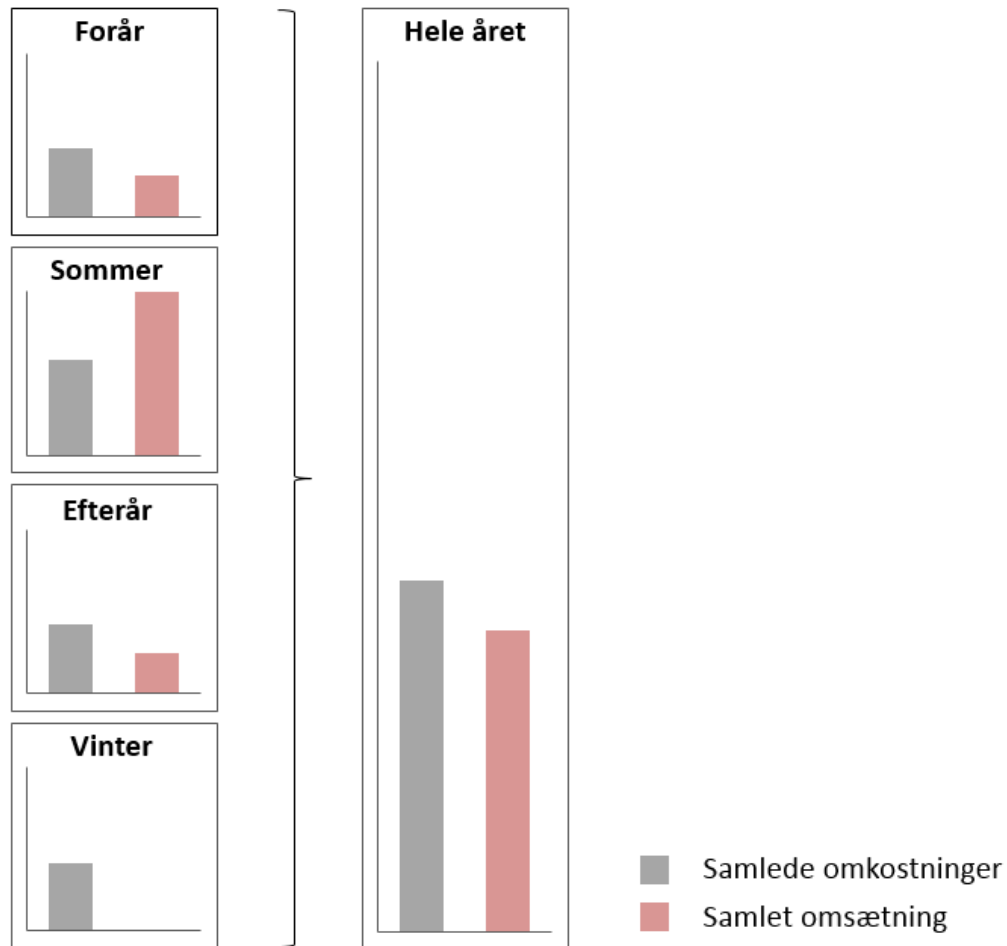
Udvalgte dele af Elsams argumentation (ii)

Omkostningsbenchmarket i Test A



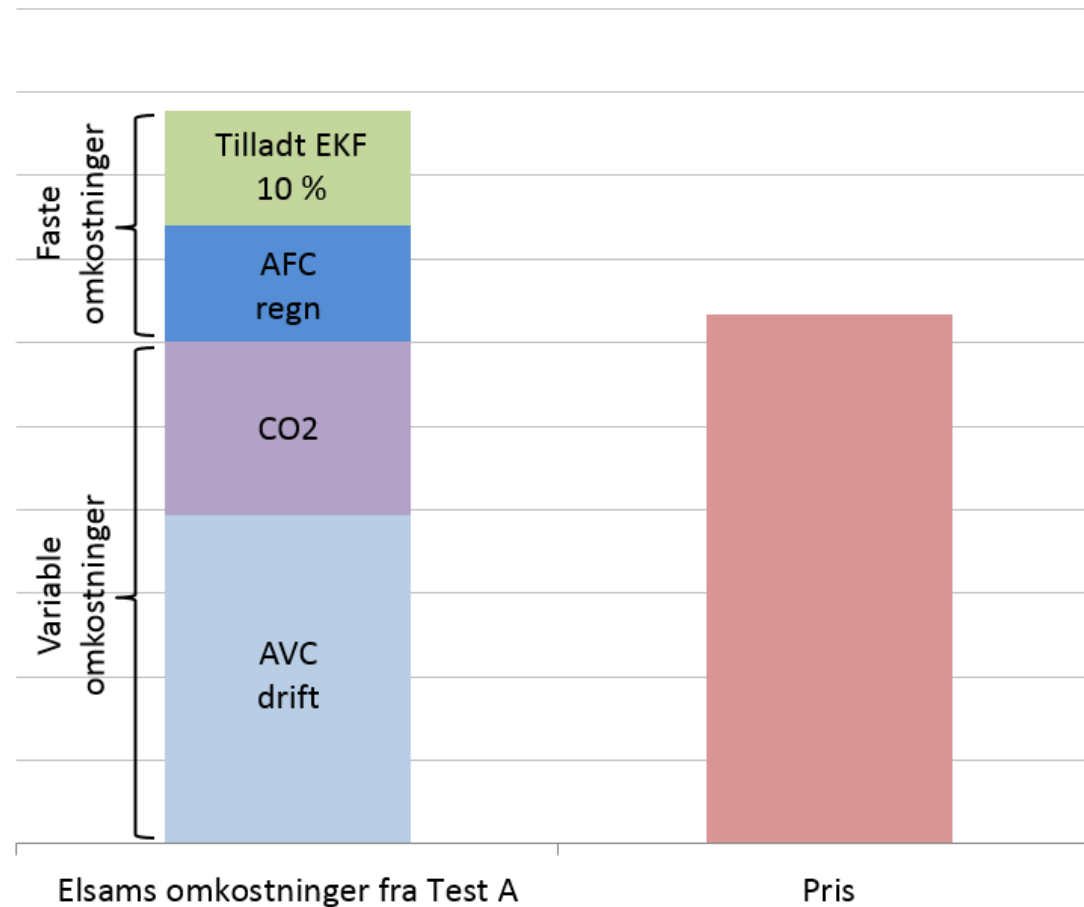
Udvalgte dele af Elsams argumentation (iii)

Over tid - Et sommerferiehoteleksempel



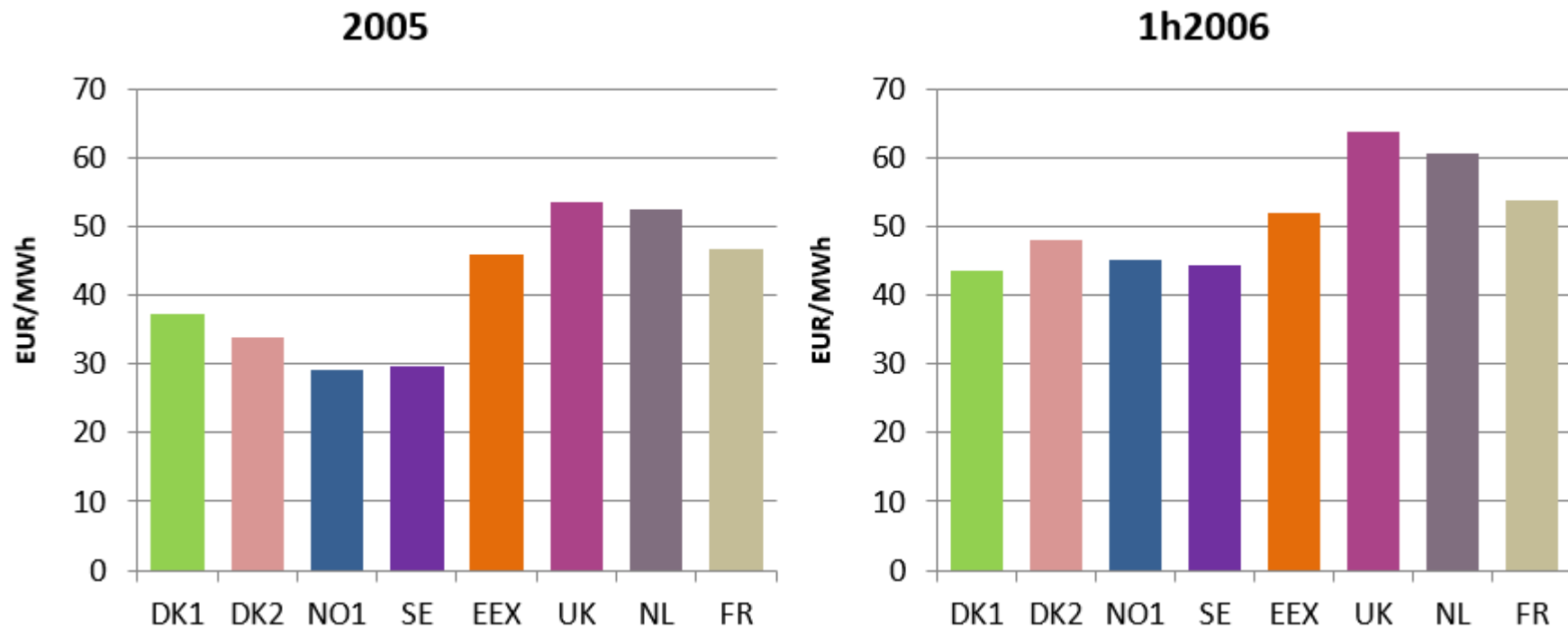
Udvalgte dele af Elsams argumentation (iv)

Elsams omkostninger og priser fra Test A i perioden 1. januar 2005 til 30. juni 2006



Udvalgte dele af Elsams argumentation (v)

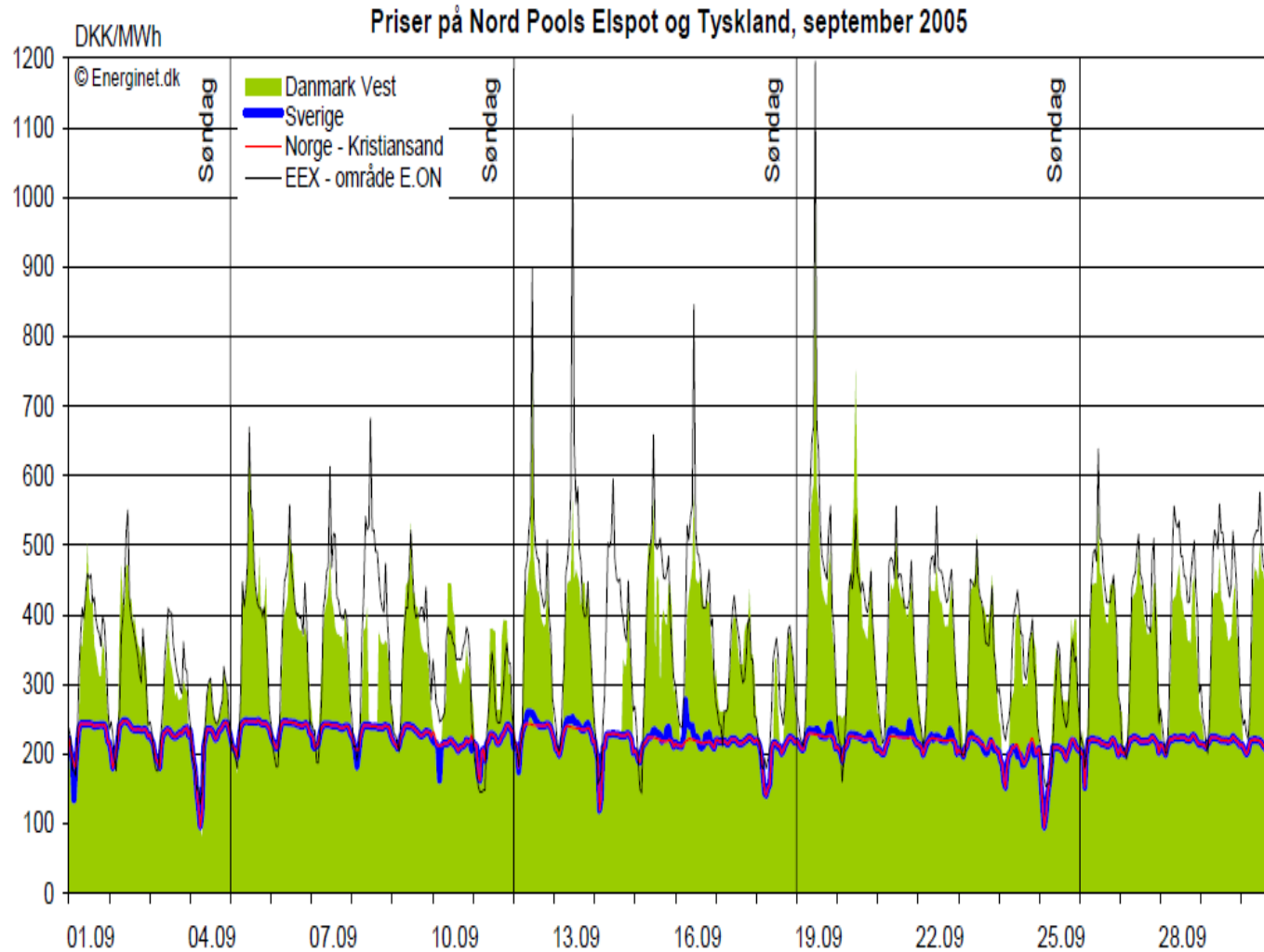
Sammenligning med priserne i naboømråderne



Udvalgte dele af Konkurrencerådets argumentation (i)

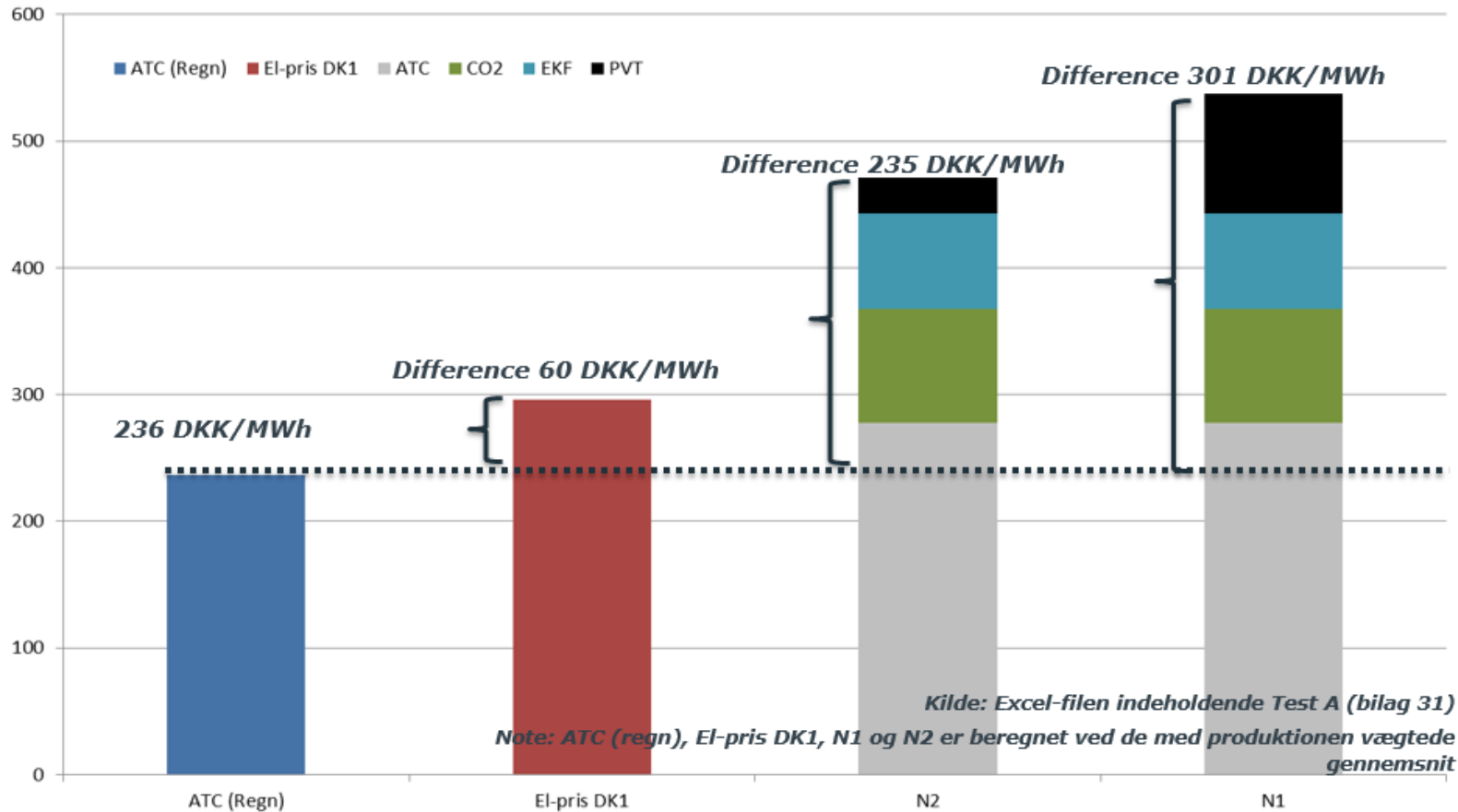
- Strategi om at udnytte markedsmagt (optimere mod højeste nabolandspris)
- En samlet vurdering af en række misbrugstests og konstaterede prisindmeldinger i de observerede timer viser, at strategien udmøntet sig i urimeligt høje priser
- Den konstaterede adfærd ikke objektivt begrundet
- Test A ikke perfekt, men stadig anvendelig
- Elsams over tid-betragtning og benchmark fejlagtigt
- Sammenligning med nabolandes gennemsnitlige priser irrelevant

Udvalgte dele af Konkurrencerådets argumentation (ii)



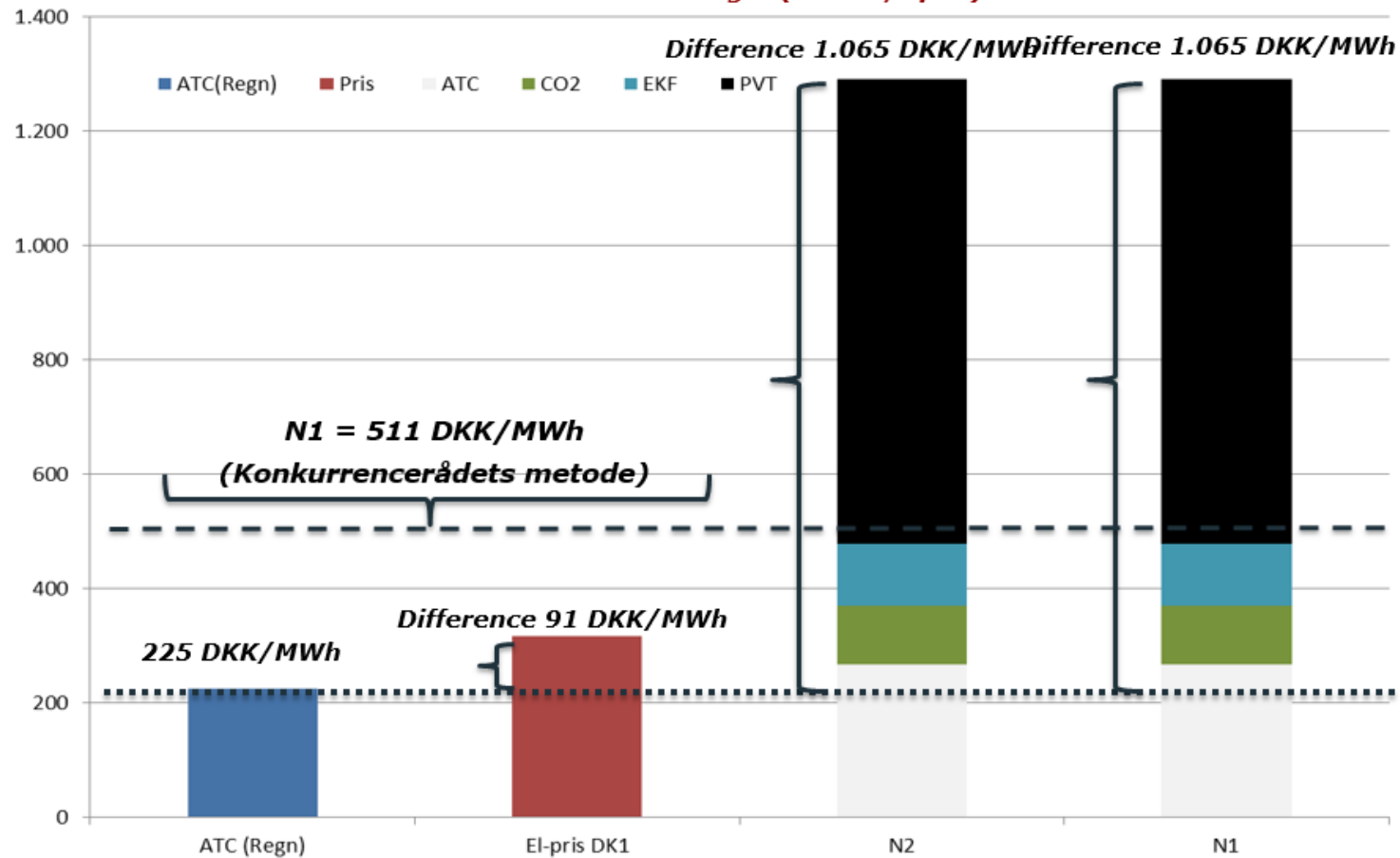
Udvalgte dele af Konkurrencerådets argumentation (iii)

Sammenligning af ELSAM Kraft A/S' ATC(regnskab), el-prisen i DK1, 3-timers teststørrelsen (N1) og 10-timers teststørrelsen (N2) kun for 2005



Udvalgte dele af Konkurrencerådets argumentation (iv)

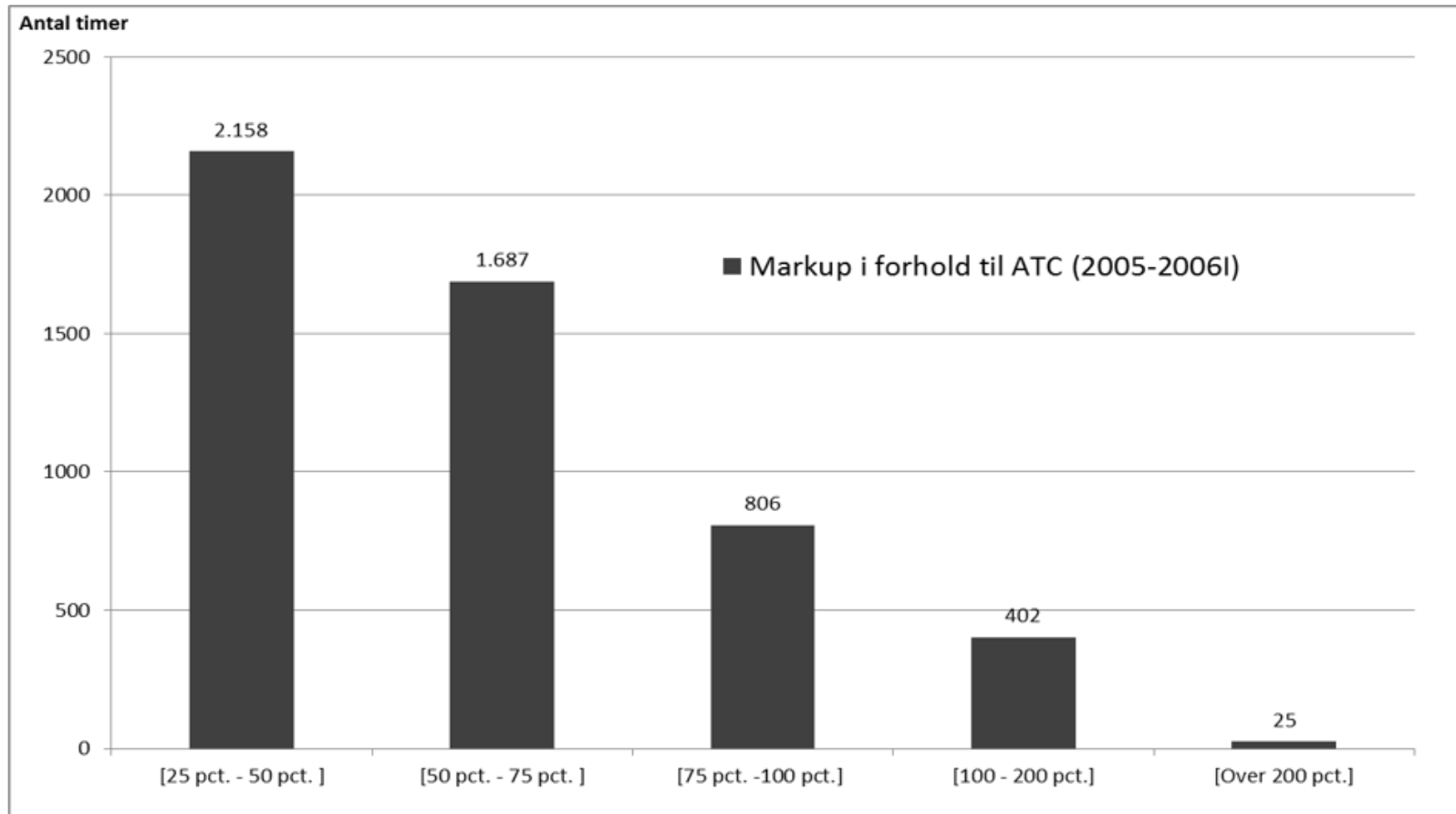
Sammenligning af ELSAM Kraft A/S' ATC(regnskab), el-prisen i DK1, 3-timers teststørrelsen (N1) og 10-timers teststørrelsen (N2) over perioden 2005-2006I. Beregninger er udarbejdet ved brug af Elsams Forudsætning A og Forudsætning B (EKF 13,8 pct.)



Udvalgte dele af Konkurrencerådets argumentation (v)

Over perioden 2005-2006I har Elsam Kraft A/S' i mange timer opnået en markup, der er markant højere end ATC i Test A

ATC i Test A er endvidere højere end Elsam Kraft A/S' ATC(regnskab)



Sø- og Handelsrettens dom vedrørende misbrug

- Misbrugstest A kan ikke lægges til grund for misbrugsvurderingen
- Elsams særlige pligter og den anvendte strategi
- Prisen i enkelttimer
- Udnyttet dominans til at påvirke prisdannelsen
- Priser uden sammenhæng med omkostninger, men lægger sig op ad højprisområde

Udvalgte øvrige forhold

- Rammer for prøvelsen
- Sagens identitet
- Kommende forløb



Plesner

Plesner Advokatfirma
Amerika Plads 37
2100 København Ø
Denmark

T: +45 33 12 11 33

Fax: +45 33 12 00 14

CVR: 42 93 85 13

www.plesner.com

Informationerne i denne præsentation er af generel karakter og er ikke at forveksle med juridisk rådgivning. Anvendelse af præsentationens informationer sker på eget ansvar. Du er velkommen til at kontakte Plesner ved behov for rådgivning.

Kammeradvokaten
Advokatfirmaet Poul Schmith

PLESNER