

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 30. oktober 2024 i sagerne KL-8-2023 – KL-12-2023

Haderup Kraftvarmeværk A.m.b.a.
Feldborg Kraftvarmeværk A.m.b.a.
Vildbjerg Varme A/S
Ørnhøj-Grønbjerg Kraftvarmeværk A.m.b.a.
Silkeborg Varme A/S
(advokat Rune Hamborg)

mod

Konkurrencerådet
(advokat Jacob Pinborg og advokat Christina Hei-
berg-Grevy)

og i sagerne KL-13-23 – KL-16-23

Effekthandel ApS,
Effektmarked.dk ApS,
B.V. Averhoff Consult ApS som ejer af Reguler-
kraft Ikast ApS (under konkurs), og
Nordic Energy Invest A/S
(advokat Asser Rung-Hansen)

mod

Konkurrencerådet
(advokat Jacob Pinborg og advokat Christina Hei-
berg-Grevy)

Resumé af afgørelsen

Konkurrencerådet har den 25. oktober 2023 truffet afgørelse om, at 49 kraftvarme- og regulérkraftværker og Effekthandel ApS har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c, ved at have indgået en konkurrencebegrænsende aftale om koordinering af priser og bud på el-markedet for den manuelle reserve Manual Frequency Restoration Reserve (herefter ”mFRR”) i Vestdanmark (DK1).

Haderup Kraftvarmeværk A.m.b.a., Feldborg Kraftvarmeværk A.m.b.a., Vildbjerg Varme A/S, Ørn-høj-Grønbjerg Kraftvarmeværk A.m.b.a., Silkeborg Varme A/S, Effektmarked.dk ApS, B.V. Averhoff Consult ApS som ejer af Regulerkraft Ikast ApS (under konkurs), Nordic Energy Invest A/S (herefter ”Værkerne”) og Effekthandel ApS har klaget over Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023 til Konkurrenceankenævnet.

I pådømmelsen har deltaget fire nævnsmedlemmer, jf. bekendtgørelse om Konkurrenceankenævnet (bekendtgørelse nr. 496 af 17. marts 2021), § 2, stk. 4.

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrencerådets afgørelse.

Påstande

Haderup Kraftvarmeværk A.m.b.a., Feldborg Kraftvarmeværk A.m.b.a., Vildbjerg Varme A/S, Ørn-høj-Grønbjerg Kraftvarmeværk A.m.b.a., Silkeborg Varme A/S, Effekthandel ApS, Effektmarked.dk ApS, B.V. Averhoff Consult ApS som ejer af Regulerkraft Ikast ApS (under konkurs), og Nordic Energy Invest A/S har nedlagt påstand om ophævelse af Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023, subsidiært hjemvisning.

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om stadfæstelse af Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023.

Sagens faktiske omstændigheder

Det danske el-system består af to budområder, Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2), forbundet af Storebæltsforbindelsen. Energinet er Danmarks systemansvarlige transmissions-virksomhed

og har ansvaret for at drive transmissionsnettet og el-systemet i Danmark. Energinet har dermed ansvar for at sikre, at el-systemet altid er i balance. Energinet indkøber kapacitet i form af mFRR til at dække eventuelle udfald i el-systemet fra kraftvarme- og regulérkraftværker i både Vest- og Østdanmark (henholdsvis DK1 og DK2). Den manuelle reserve, mFRR, afhjælper dermed ubalancer og sikrer ved aktivering opretholdelsen af balancen i el-systemet over længere perioder med ikke-planlagte udsving i produktion eller forbrug.

Kapacitetsauktionen for mFRR i Vestdanmark (DK1) løber fra kl. 09.00, hvor Energinet offentliggør det forventede behov for mFRR i det efterfølgende driftsdøgn, og kl. 09.30 skal Energinet have modtaget bud på pris og mængde fra værkerne. Kl. 10.00 informerer Energinet om de indkøbte mængder og priser (kr./MW).

Alle accepterede bud afregnes efter prisen på det dyreste accepterede bud, også kaldet pay-as-clear-princippet, hvorved der udregnes en clearingspris (marginalprisen), som gælder for alle handler for den pågældende time. Derfor modtager alle værker, der har fået deres bud accepteret, den samme pris per MW, de har stillet til rådighed. Priserne kan svinge fra time til time.

I perioden mellem den 1. september 2019 og den 18. januar 2021 underskrev 49 forskellige værker, herunder Værkerne, grundlæggende enslydende aftaler med Effekthandel om uddelegering af prissætning på mFRR i Vestdanmark (DK1) i en fælles puljeordning. Af aftalerne fremgår bl.a.:

”Ved denne aftale tillader [værket], at Effekthandel ApS, får adgang til at prissætte den produktionsmængde som [værket] selv melder ind i markedet for manuelle rådighedsreserver. [værket] kan ikke, mens denne aftale er gyldig, indmelde priser i foromtalt marked.

Ved aftalens indgåelse tillader [værket], at Balanceansvarlig Centrica udbetaler den månedlige betaling for deltagelse i ovenstående marked til Effekthandel ApS, samt at Effekthandel ApS modtager 15% i provision af den samlede rådighedsbetaling, - og derefter fordeler indtjeningen efter fordelingsnøglen, bilag 1, som er vedlagt denne aftale.

...

[værket] udleverer adgangskode og password til Effekthandel ApS/ [redacted] til indmeldingsportalen hos PBA for det, eller de, omfattede anlæg.

Adgangen til [værkets] indmeldingsportal hos PBA, giver udelukkende [redacted]/Effekthandel ApS lov til at benytte modulet for prissætning af indlagte MW i manuel rådighed.

Aftalen er gældende fra ..., til opsigelse, med en måneds varsel, fra udgangen af en måned.”

Værkerne uddelegerede således ved aftalen prissætningen af deres produktionsmængde (kapacitet i MW), som værkerne meldte ind på markedet for mFRR via deres produktionsbalanceansvarlige aktør, til Effekthandel.

Værkernes produktionsbalanceansvarlige aktører videreformidle buddene (bestående af kapacitet (sat af værket) og pris (sat af Effekthandel)) til Energinet, som afholdt mFRR-kapacitetsauktionerne. Energinet sendte betalingen for de accepterede kapacitetsbud til Værkernes produktionsbalanceansvarlige aktør, som herefter udbetalte beløbet til de værker, hvis bud var blevet accepteret af Energinet.

Forinden indgåelsen af aftalerne rettede direktør i Effekthandel, [REDACTED], telefonisk henvendelse til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som i mail af 29. juli 2019 bl.a. skrev følgende:

”Kære [REDACTED]

Tak for en behagelig samtale dags dato.

Som aftalt sender jeg dig her en skriftlig udgave af den vejledning, som jeg gav dig telefonisk vedrørende sagen.

Vi har vurderet din forespørgsel af 7. juni 2019 vedrørende, hvorvidt en påtænkt disposition kan indeholde konkurrenceretlige problemer i forhold til Konkurrenceloven § 6.

...

På foreliggende grundlag er det vores vurdering, at dit spørgsmål er af en sådan kompleksitet, at det er uafklaret, hvorvidt den påtænkte disposition vil udgøre en overtrædelse af § 6, og at det vil kræve en omfattende undersøgelse at kunne vejlede om dette. Herunder høring i brancher og hos andre myndigheder. Hvis du ønsker en godkendelse af, at dispositionen ikke udgør en overtrædelse af § 6, opfordrede jeg dig til at søge en sådan hos en advokat, som kan give dig konkurrenceretlig rådgivning, idet vi alene er i stand til at give dig konkurrenceretlig vejledning.

Jeg informerede dig også om, at der er mulighed for at søge om en individuel fritagelse jf. konkurrenceloven § 8, stk. 2., eller en ikke-indgrebserklæring jf. § 9.

...

For at imødekomme dine tidligere anmodninger om en tidsplan vejledte jeg dig, om at sådanne sager kan tage op til flere år, og har en kompleksitet, der medfører, at der ofte er en hø-

ringsproces i markedet, og vi opfordrer ansøgere til at søge advokatbistand til sådanne ansøgninger. Jeg nævnte også for dig, at udfaldet af sådanne ansøgninger, kan ende med en afvisning af sagen, og en undersøgelse af, om ansøger ved sin adfærd har overtrådt konkurrencelovens § 6.”

[Advokatfirma] har i et notat af 30. august 2019 udarbejdet en konkurrenceretlig vurdering af Effekthandels påtænkte setup vedrørende salg af el-producenters kapacitet. [Advokatfirma] vurderede, at Effekthandels påtænkte setup ikke gav anledning til konkurrenceretlige betænkeligheder, særligt fordi aftalen mellem Effekthandel og el-producenterne blev vurderet til at være en vertikal aftale.

Effekthandel udsendte løbende månedsopgørelser til de deltagende værker, herunder Værkerne, som typisk bestod af en e-mail med en redegørelse for de seneste udviklinger i puljeordningens ageren på markedet og et vedhæftet regneark, hvor resultaterne fra den seneste måneds mFRR-kapacitetsauktioner var opgjort. Af en sådan orienteringsmail af 23. december 2019 fra direktør i Effekthandel, [REDACTED], fremgår bl.a.:

”November måned har været en måned med meget lave priser i rådighed, og desværre ser december måned ud til at blive en kopi af november.

Jeg har ”leget” en del med vores MW i markedet, og vi har været prissættende i en del timer, - men desværre rækker vores MW endnu ikke til at trække prisen over 4 kr./MW/h, og det gælder så også kun for spidslasttimerne.

Derfor er min højeste prioritet for det første kvartal i 2020 da også at få flere kraftvarmeværker med i vores pulje, så vi kan komme op og flytte på priserne både i spidslast timerne og i ydertimerne.”

Af en anden orienteringsmail af 30. marts 2020 fra [REDACTED] fremgår bl.a.:

”Kære puljedeltagere

...

Som tidligere skrevet har februar måned ikke just være en guldrandet måned. Jeg jagter fortsat nye deltagere til puljen, så vi kan komme til at præge prissætningen og samtidig også få glæde af det i puljen.

...

Det koster at være prissættende!

Som eksempel kan I se på priserne fra den 31. marts (i morgen) hvor vi sætter prisen på timen fra 07:00 til 08:00 hvor det tydeligt viser at markedet kan påvirkes.

Det giver alle andre deltagere i markedet med lave indmeldingspriser en god betaling for deres MW, - men vores pulje må "betale" ved at kun 30% af vores bud blev godtaget..

Derfor er strategien i den kommende periode, at lave disse udvalgte "shows" for at vise at prisen kan flyttes, - men samtidig ikke forære penge til de anlæg som ikke deltager i vores pulje, - men som meget gerne skal overtales til at være med."

Af en orienteringsmail af 28. april 2020 fra [REDACTED] fremgår bl.a.:

"Omsætningsmæssigt var det ikke nogen hurra måned, men vi fik sat nogle aftryk på prissætningen, som viser at vi, med de MW der er i puljen for nuværende, kan presse prisen opad i udvalgte timer, - men at omkostningen i form af tabte indmeldinger fortsat er for høj.

...

Der bygges varmepumper som aldrig før i det ganske land, og mange af de værker som er i byggefasen har endnu ikke besluttet hvad de gør med deres gasmotorer. Skal de alle skrottes, - eller skal man beholde en enkelt som "stand by"? Derfor bliver det spændende at se, hvor mange MW vi kan komme op på i løbet af sommeren, - og om vores pulje bliver "stor" nok til at vi kan ændre radikalt på priserne."

Af en orienteringsmail af 24. juni 2020 fra [REDACTED] fremgår bl.a.:

"Jeg har kastet en del indmeldinger ud over kanten, for at presse priserne opad, - men mange har desværre været forgæves, da der har ligget rigtig mange med 1 krone i bunden af markedet.

...

Jeg sender til slut en stor tak til de af jer, som har reklameret og argumenteret for vores puljeordning. Der er mange kolleger som er interesserede, men som tvivler på om det kan lade sig gøre at ændre på priserne i markedet, - og det betyder bare meget, at få et skub og noget information fra en kollega.

Så bliv endelig ved med at gøre det, da der "næsten" kun er tvivlere tilbage som jeg kan kontakte, for at forøge vores MW i puljen."

Af en orienteringsmail af 22. april 2021 fra [REDACTED] fremgår bl.a.:

"Kære alle puljedeltagere

...

Som nævnt var marts måned ikke speciel god, når vi ser på prisniveauet i forhold til de tidligere måneder, - men vi holder trods alt et gennemsnit omkring de 5,- dkk/MW/h i puljen.

Jeg vil gerne minde jer alle om, at Storebæltsforbindelsen er ude til revision i uge 18 (03.-07.05.2021), hvor der er noget at hente for alle der kan deltage.

Jeg arbejder fortsat på at skaffe nye deltagere til puljen, så vi kan udligne prisforskellen mellem puljens indtjening per MW og dem der står udenfor og nyder godt af vores arbejde.

Jeg vedhæfter vores nye informationsfolder, som jeg håber at I vil liste ind på bordet hos kollegaer som ikke er med endnu.

...”

Effekthandel udarbejdede desuden informationsmateriale, som blev sendt ud til puljedeltagerne. I materiale af 5. september 2019 fremgår bl.a.:

”Forklaring af fordele ved samhandlet prisindmelding

...

For at opnå en effekt af samhandlen, skal vi mindst have indmeldingsretten til op mod [150-200]MW, og det flere MW vi får samlet, det bedre mulighed har vi for at presse bundniveauet op, og eventuelt også at blive prissættende i en del timer i det aktuelle indmeldingsdøgn.

Hver gang vi kan flytte 10MW fra bunden, hvor der typisk meldes ind til 1—3 dkk/MW/h, - til samhandlet indmelding, flytter vi prissætningen opad, alene af den grund, at der bliver færre MW i bunden til at fastholde prisen på 1—3 dkk/MW/h.

...”

Og videre:

”Effekthandel ApS kan påvirke prissætningen positivt.

Markedet for rådighedsreserver er konstrueret således, at ingen producent alene kan påvirke prissætningen, - derfor håber alle, at den sidste indmelding der købes af Energinet, er betragtelig højere end deres egen indmelding.

Man kommer langt med tro, håb og kærlighed, - men i dette marked er det rette redskab af en nogen anden karat, - nemlig FÆLLESSKAB.

Men for at det kan gøres muligt, skal der være mange i fællesskabet og for at et fællesskab kan blive en succes er der en del grundlæggende kriterier der skal opfyldes:

- Der skal vises tiltro tillid til fællesskabet.
- Der skal være gennemsigtighed i alle processer i fællesskabet.
- Alle skal have tålmodighed
- Alle skal have et ønske at hæve indtjeningen fra dette marked, så det økonomisk kan forsvares at beholde sine anlæg i markedet.”

I materiale om Effekthandel af 8. januar 2020 fremgår bl.a.:

”Effekthandel giver en mulighed, for at påvirke prissætningen i en positiv retning.

Som det fremgår af grafikken på de indledende sider, er markedet for rådighedsreserver konstrueret sådan, at ingen producent alene kan påvirke prissætningen, - og derfor håber alle, at den sidste indmelding der købes af Energinet, er betragtelig højere end deres egen indmelding.

Det redskab vi mener der kan bruges til at modsvare det nuværende markedssetup, er at indmeldingerne laves i et fællesskab, hvor risiko og gevinst deles mellem deltagerne på en gennemsigtig måde.

Men for at det kan gøres muligt, skal der være mange i fællesskabet og for at et fællesskab kan blive en succes er der en del grundlæggende kriterier der skal opfyldes:

- Man skal have tiltro til fællesskabet.
- Der skal være gennemsigtighed i alle processer i fællesskabet.
- Alle skal have tålmodighed.
- Alle skal have et ønske at hæve indtjeningen fra dette marked, så prisen afspejler de faktiske omkostninger der er forbundet med at stille ydelsen til rådighed, - og der dermed økonomisk kan forsvares at beholde sine anlæg i markedet.

Hvorfor skal vi deltage i et indmeldingsfællesskab?

- Ved at melde mange MW ind i markedet i fællesskab, flytter vi mange MW væk fra bunden, hvor der typisk meldes ind til 1 dkk/MW/h og flytter alle de fælles MW op i én, eller flere højere prisklasser.
- Vi tager en fælles risiko for at tabe nogle indmeldinger, fordi de blev prissat for højt, - men samtidig får vi godtaget nogle indmeldinger til en knap så høj pris som derefter deles i fællesskabet, i forhold til det antal MW man har stillet til rådighed i det aktuelle døgn
- Som kraftvarmeproducent vil det hjælpe til med at gøre det rentabelt at beholde gasmotorerne i markedet.
- Fordi princippet i fællesskab er, at dér deler man både risiko og gevinst på en fair og gennemsigelig måde.”

Den 25. marts 2020 fremsendte [REDACTED] en mail til puljedeltagerne indeholdende bl.a. to dokumenter med information om puljen, hvoraf fremgår bl.a.:

”Udgangspunktet er, at puljen er opbygget som en andelsforening, hvor vi deler ansvar og fordele på en gennemsigtig måde, der beregnes ud fra objektive kriterier.

Formålet med at danne en stor pulje som indmeldes i markedet af én aktør er, at vi dermed i højere grad kan bestemme hvor mindsteprisen skal ligge i auktionen, og samtidig kan være aktive med at presse priserne op på et acceptabelt niveau, hvor indtjeningen står mål med drift, vedligehold og en rimelig forrentning af produktionsanlæggene.

I skrivende stund har vi [50-100] MW i puljen, fordelt på 23 forskellige værker, og de timer hvor vi er prissættende er ofte hvor der er medregnet decimaler (fx 6,44 og 4,87)

...

Når vi forsøger at presse prisen op, vil nogle af de dyreste bud ofte ligge højere end den pris der antages i auktionen, og dermed giver disse bud ingen direkte indtjening til puljen. De er dog ikke spildte, da de er med til at danne en højere pris i auktionen generelt og derfor skal alle budtimer medregnes i fordelingsnøglen, således, at vi i fællesskab har ”råd” til at satse med nogle MW, uden at de anlæg der bruges til at satse med, bliver ensidigt straffet for det.”

Den 21. januar 2021 fremsendte Energinet en klage til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der antydede, at der var indgået en kartellignende aftale på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1), da Energinet oplevede en anormal udvikling i priserne på mFRR. På to specifikke dage oplevede Energinet, at der var indmeldt 44 identiske prisbud på mFRR fra 44 forskellige produktionsanlæg. Af klagen fremgår bl.a.:

”Det er endvidere vores vurdering, at aftalen konkurrenceretligt udgør en kartelaftale af grov beskaffenhed i overensstemmelse med karteldefinitionen i konkurrencelovens § 23, stk. 3, jf. § 6, stk. 1, herunder i lyset af aftalens omfang, idet den dækker en meget betydelig del af kapaciteten på det relevante marked og i lyset af de åbenbare samfundsmæssige skadevirkninger, som aftalen er egnet til at medføre. Energinet regner fortsat på tabets nærmere størrelse, men henover størstedelen af 2020 har Energinets betaling ligget på ca. 24 mio. kr., svarende til en pris på 68 kr./MW i gennemsnit mod ”normalbetaling” på knap 2 mio. kr., svarende til en pris på 5 kr./MW i gennemsnit. Der ses ikke umiddelbart at være andre årsager til den høje pris.”

Den 25. oktober 2023 traf Konkurrencerådet afgørelse i sagen. Af afgørelsen fremgår bl.a.:

”1. Denne sag omhandler en aftale mellem en række kraftvarme- og regulérkraftværker (”de 49 værker”) om koordinering af priser og bud på el-markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1) gennem virksomheden Effekthandel ApS (”Effekthandel”).

2. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder, at aftalen om koordinering af priser og bud har til formål at begrænse konkurrencen på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1) i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3, og Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (”TEUF”) artikel 101, stk. 1, litra a og c.

3. Effekthandel er en handelsvirksomhed, der fastsætter priser på kapacitet i mFRR-kapacitetsauktionen i Vestdanmark (DK1) i en puljeordning for kraftvarme- og regulérkraftværker, der har indgået en aftale med Effekthandel om uddelegering af prissætningen af mFRR.

4. Deltagerne i Effekthandels puljeordning består både af kraftvarmeværker, hvis primære formål er at levere fjernvarme og sekundært at levere el, og regulérkraftværker, hvis primære formål er at levere el-kapacitet til forskellige typer af opregulering. Op- og nedreguleringskapacitet er reserver indkøbt af Energinet for at kunne justere på produktionen af strøm. Opregulering leveres, når der er behov for at øge produktionen af strøm, mens nedregulering leveres, når der er behov for at reducere produktionen af strøm.

5. Sagen begyndte på baggrund af en klage, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen modtog fra den selvstændige offentlige virksomhed, Energinet, der er eneindkøber af mFRR i Vestdanmark (DK1). Styrelsen gennemførte efterfølgende en kontrolundersøgelse hos [xxx].

6. Materialet fra kontrolundersøgelsen den 5. maj 2021 og efterfølgende indhentet materiale viser, at Effekthandel og de 49 værker i perioden fra september 2019 til i hvert fald august 2022 har haft et indmeldingsfællesskab, hvor de 49 værker har overladt indmeldingen af priser på mFRR til Effekthandel med et fælles formål om at opnå en højere indtjening på mFRR i Vestdanmark (DK1).

7. Værkerne har indgået grundlæggende ens aftaler med Effekthandel om indmeldingen af priser på mFRR i en fælles puljeordning. Det fremgår af aftalerne, at en række andre virksomheder deltager i aftalen og skal have andel i puljeordningens fælles indtjening. De 49 værker er bevidste om, at andre værker har indgået lignende aftaler og er dermed også bevidste om, at værkerne indgår i en fælles puljeordning.

8. Bevismaterialet viser derudover, at Effekthandel modtager provision af de deltagende værkers indtjening på mFRR, og at Effekthandel fordeler omsætningen fra mFRR-kapacitetsauktionen mellem de deltagende værker baseret på mængden af indmeldt kapacitet fra hvert enkelt medlem. Det er således ikke afgørende for værkerne at sælge kapacitet i hvert enkelt tilfælde for at opnå indtjening, da de modtager en betaling fra puljen, uanset om deres bud vinder auktionen.

9. I denne sag kan umiddelbart afgrænses følgende relevante marked: » Markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1).

10. Styrelsen har dog ikke foretaget en endelig afgrænsning af det relevante marked, da det ikke har betydning for vurderingen af denne sag.

11. Styrelsen finder på baggrund af en vurdering af de foreliggende oplysninger i sagen, at puljeordningen har et formål om at hæve priserne på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1).

12. Styrelsen lægger således til grund, at det objektive formål med aftalen mellem Effekthandel og værkerne er at begrænse konkurrencen på markedet for mFRR ved at overlade prissætningen af værkernes kapacitet i mFRR-kapacitetsauktionen til Effekthandel med henblik på at hæve priserne i markedet. Aftalen mellem Effekthandel og værkerne medfører således, at det enkelte værk ikke fastsætter prisen på egne bud i mFRR -kapacitetsauktionen, hvilket sætter priskonkurrencen i auktionen, og hermed en af de vigtigste konkurrenceparametre mellem værkerne, ud af kraft.

13. Det er styrelsens vurdering, at aftalen mellem Effekthandel og værkerne er af horisontal karakter. Dette skyldes, at de 49 værker er aktuelle eller potentielle konkurrenter på det relevante marked, og at Effekthandel efter sin adfærd og hensigt deltager i den konkurrencebegrænsende aftale, uanset at Effekthandel ikke er til stede på det marked, hvor konkurrencebegrænsningen finder sted. Effekthandel og de 49 værker er således ansvarlige for den horisontale aftale.

14. Bevismaterialet viser, at Effekthandel udveksler oplysninger om markedet med værkerne i fælles mails adresseret til samtlige puljedeltagere og regelmæssigt oplyser alle værkerne blandt andet om puljens koordinerede ageren på markedet, hvor værkerne er konkurrenter. Værkerne modtager derudover fælles månedlige mails fra Effekthandel med en fordelingsnøgle over hvert enkelt værks udbetalinger for salg af mFRR og oplysninger om værkernes indmeldte kapacitet målt i MW og timer samt information om blandt andet puljeordningens formål. Det er således især via disse månedlige e-mails, der er egnet til at formidle kontakt mellem værkerne via Effekthandel, at aftalen mellem Effekthandel og de 49 værker får en horisontal karakter.

15. Det er styrelsens vurdering, at der ikke er særlige karakteristika ved markedet, som kan rejse tvivl om, hvorvidt Effekthandels aftale med de 49 værker har til formål at begrænse konkurrencen, og styrelsens analyse af den retlige og økonomiske kontekst, som aftalen indgår i, bekræfter således, at aftalen objektivt har til formål at begrænse konkurrencen.

16. Det er endvidere styrelsens vurdering, at Effekthandel og de 49 værker ikke er omfattet af en gruppefritagelse eller opfylder betingelserne for en individuel fritagelse fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, jf. stk. 3.

17. Styrelsen finder dermed samlet, at Effekthandel og de 49 værker har overtrådt konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 i individuelle varigheder i perioden mellem september 2019 og i hvert fald august 2022.”

Forklaring

[Direktør i Effekthandel] har forklaret bl.a., at han stiftede bekendtskab med energibranchen under et ophold i Norge, og han arbejdede med vedvarende energi i Thy. Markedet blev i 1995 konkurrenceudsat in-denfor el og reservekraft, og så startede hans karriere indenfor energibranchen.

Østermose Bioenergi var en udløber af Folkecenteret, der konverterede dieslbiler om til at køre på rapsolie, hvilket dengang var EU-godkendt som vedvarende energi. Han fik ideen om at bruge det i en større motor, der kunne indgå i reservekraftmarkedet og dermed kompensere, når vinden ikke blæste og solen ikke skinnede. Og så byggede de Østermose Vindenergi i 2007-08, som på det tidspunkt var Danmarks største kommercielle reservekraftværk.

I 2010 blev Østermose Bioenergi ramt, fordi Energinet valgte at købe 300 MW mindre rådighedsreserver i Jylland og Fyn for at finansiere den elektriske storebæltsforbindelse. Prisen inden da var nogenlunde den samme i DK1 (Jylland og Fyn) og DK2 (Sjælland), men faldt til 1 kr. i DK1 bagefter, ligesom der blev købt mindre ind. Prisen var stadig 40-70 kr. i DK2.

Indtil 2009 havde Østermose Bioenergi et sidemarked, hvor de kunne bruge deres maskiner og overleve i hvert fald indtil 2013-14, men så var det også slut. I 2019 blev Østermose Bioenergi afviklet, og maskinerne blev eksporteret.

Effektmarked blev dannet på det tidspunkt, hvor Energinet blev født og kommercielle værker kunne byde ind på markedet for rådighedsreserver i DK1. Effektmarked er dannet på samme grundlag som Østermose Bioenergi. Effektmarked blev etableret i 2005 af Ikastværkerne, som er et varme-elværk lokalt i Ikast. [REDACTED] som også var med i etableringen af Østermose Bioenergi, var med fra start. Han overtog Effektmarked sammen med [REDACTED] i 2019. Ikastværkerne måtte ikke længere eje det, fordi de er underlagt varmforsyningsloven, og derfor ikke måtte eje noget, der er risiko for, er underskudsgivende, og da grundbeløbet forsvandt i 2018, havde Ikastværkerne ingen garanti for at kunne holde værkerne kørende uden at påføre varmekunderne et underskud. Ikastværkerne skulle derfor af med Effektmarked, og de betalte ikke meget for selskabet. Effektmarked er et regulerkraftværk, og de må ikke levere varme til byens fjernvarmeanlæg.

I et kraftvarmeværk produceres der el samtidig med, at der laves varmeproduktion. Der er andre konkurrerende varmekilder, f.eks. flis, gaskedel, elkedler og varmepumper. Kraftvarmeværker har en gasmotor og en gaskedel samt en elkedel og en fliskedel. Gasmotoren er i konkurrence med alle disse varmekilder. Den varmekilde, der har den billigste fremstillingspris i den næste time, er den, værket laver sin varme på. En driftsleder på et kraftvarmeværk skal finde ud af at lave varmen billigst i morgen, for elpriserne er en dag forud. Derfor finder man marginalprisen på hver enkelt enhed, og så finder man den billigste. Derved er alle varmekilderne altid i konkurrence med hinanden, og værkerne benchmarker priserne mod hinanden hele tiden.

Reservekraftmarkedet kommer i spil, når man ikke kan sælge strømmen fra gasmotoren i morgendagens marked, og hvis man kan regne ud, at gasmotoren kan tåle at blive aktiveret i flere timer,

end det der er solgt til spotmarkedet. I så fald kan de yderligere timer lægges ind og sælges som rådighedsreserve for at understøtte elmarkedet i en situation, hvor der mangles el. Man betaler for at sikre forsyningssikkerheden. Det er en pligt, Energinet har. Og så skal motoren stå klar, og må ikke bruges til andet. Men værkerne kan ikke sælge på reservekraftmarkedet i alle 24 timer, for akkumuleringsstanken kan ikke tåle at køre 24 timer i streg, og motoren skal stå til rådighed i de timer, hvor den er solgt til reservekraftmarkedet. Hvis akkumuleringsstanken ikke kan bære mere, så dur det ikke, at den bliver stillet til rådighed for mere, end den kan bære. Det koster dyrt, hvis man bliver taget i at oversælge på den måde, hvor man sælger mere, end man egentlig kan stille til rådighed. Det var her Effektmarkedets ekspertise blev aktuel.

På et decentralt kraftvarmeværk er der typisk en person, der står med ledelsen, som er uddannet maskinmester eller alternativt smed, og så køber de sig til ekspertise på motordelen. Der er typisk én produktionsleder og 2-3 yderligere ansatte på produktionsdelen. Derudover er der kontorphonale bestående af 2-3 HK'ere. Der er ikke energihandlere ansat. Det køber værkerne sig til hos de balanceansvarlige virksomheder.

Han var initiativtager til puljeordningen. Han talte med ██████████ om det, og med ██████████ ██████████ som var ansat ved Nordjysk Elhandel. De havde talt om problematikken omkring markedet i DK1, når Storebæltsforbindelsen lavede et så voldsomt indhak i forretningen, og hvad det ville betyde for de dedikerede reservekraftanlæg. Han var balanceansvarlig for de fleste af dem, men havde ikke selv produktion. Han talte ikke med de decentrale kraftvarmeværker – kun når de mødtes i brancheforeningssammenhæng. Han var klar over, at den konkurrencemæssige del skulle på plads først, for det var det, han ville blive mødt med, hvis han skulle sælge ideen til de decentrale kraftvarmeværker. Der havde tidligere gennem ██████████ været tanker om en mindstepris, som skulle sikre, at værkerne ikke tabte penge, men det blev skudt ned, fordi Nordjysk Elhandel var balanceansvarlig. Man kunne måske forsvare det for det enkelte værk, men ikke hos den balanceansvarlige.

Han tog derfor kontakt til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som han tegnede og fortalte for. Styrelsen var en krig om at behandle hans henvendelse og ville sende alt i høring i markedet. Det var han ikke interesseret i, fordi nogle ville kunne tage ideen og komme ham i forkøbet. Der skulle

derfor i stedet laves en advokatreddegørelse, og da den var i hus, gik det stærkt, for så kørte han fra værk til værk rundt i Jylland. Det tog 1,5 år, og så var de på [200-250] MW.

Adspurgt om vilkårene i aftalerne med værkerne har han forklaret, at der var et enkelt værk i Sønderjylland, som ikke havde motorer, der havde godt af korte aktiveringer. Værket krævede derfor en minimumspris, som de satte til 25 kr. pr. MW/h. Værket skulle således kun melde ind, når der kunne meldes ind til 25 kr. pr. MW/h eller mere. Derudover var der ingen, der ville forhandle noget i aftalen – hverken betingelserne eller produktionsdelen. Ingen af værkerne har betalt noget for ydelsen, medmindre der blev genereret overskud. Hvis et værk tjente ■ kr., tjente Effekthandel ■ kr.

Både før og efter Storebæltsforbindelsen åbnede, har han flere gange henvendt sig til myndighederne og beskrevet, hvad Energinet gør i markedet, når de fastholder meget høje priser i DK2 og samtidig dumper priserne til 1-2 kr. i DK1 for samme vare. Ydermere er det sådan, at i DK1 har værkerne 15 minutter til at levere de MW, der er stillet til rådighed. Det gælder ikke på Sjælland, for halvdelen af kapaciteten på Sjælland, kan kun startes på 1,5 time, og det er det, der bliver brugt som baggrund for, at de undlader at købe ind i DK2. Men når Jylland leverer reservekraft i Sjælland, er det til jyske priser. Når der ikke kan tjenes penge på det i Jylland, er der ikke penge til reinvestering, og det betyder, at der bliver færre motorer, hvilket ikke er gavnligt.

Dette forløb var en del af baggrunden for, at han tog fat i myndighederne i forbindelse med puljeordningen, og at han var klar over, at konkurrenceretten skulle tages alvorligt.

Forevist en illustration benævnt ”Forklaring af samhandlet udbud af rådighedsreserver”, som blev fremsendt til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for at vise, hvordan markedet ville se ud med Effekthandel som tredjepartsindmelder, har han forklaret, at det også er sådan, puljeordningen faktisk har fungeret.

Forevist et eksempel på en aftale med en af puljedeltagerne har han forklaret, at opgavefordelingen er, at Effekthandel har en ekspertise, som værkerne ikke selv har, fordi han bruger tiden og energien på at gennemskue markedet og definere skæringsprisen, og så melder han rådighedsprisen ind, efter

at have regnet den korrekte pris ud. Værkerne skal finde de MW, de kan melde ind i rådighedsmarkedet, for de ved, hvad de har meldt ind i spotmarkedet. Værkerne melder selv MW ind, og så bruger han en algoritme, der på baggrund af indmeldingerne og oplysninger om gaspriser, vindprognoser og forwardpriser på el og gas grupperer indmeldingerne i tre prisklasser med henblik på at opnå den bedste pris for værkerne. Selve beslutningen om at deltage i markedet træffer værkerne selv, inden prisen er sat. Værkerne kan først se prisen, når det er meldt ud, og de har intet med prissætningen at gøre, og kan ikke påvirke den, og de har ikke tiden til at se alle de faktorer, som Effekthandel har.

Foreholdt informationsmaterialet af 5. september 2019 med de to skrivelser ”Forklaring af fordele ved samhandlet prisindmelding” og ”Effekthandel kan påvirke prissætningen positivt” har han forklaret, at den model er blevet præsenteret for alle værker, som også har skrevet under på samme aftaler. De enkelte værker vidste, at der var andre værker med.

Puljeordningen har aldrig været forsøgt holdt hemmeligt. Det skulle være gennemsigtigt, og alle skulle kunne regne baglæns. Eksternt har det heller ikke været forsøgt hemmeligholdt. Energinet kendte til puljeordningen. Han ringede til en medarbejder derinde i 2019, og fortalte om, at de nu var i markedet, og Energinet vidste, at hvis der blev indgivet bud med decimaltegn, så var det deres bud. De brugte decimaler, så de kunne se, om det var dem, der var prissættende, idet alle andre meldte runde tal ind. Meldingen fra Energinet var, at det var længe ventet, fordi markedet var ødelagt og havde været det i mange år. Det havde han fortalt om i et brancheblad, hvor han beskrev prisforskellen mellem DK1 og DK2, hvilket eroderer hele rådighedsmarkedet.

Månedsopgørelserne er al sammen bagudvendt afrapportering for markedets ageren i den forudgående måned for at kunne give alle mulighed for at regne baglæns og tjekke, om det stemmer. De har aldrig fået tilbagemeldinger om fejl. Alle oplysningerne er en måned gamle og kan ikke være konkurrencebegrænsende. Det kan højst få værkerne til at overveje, om de skal øge indmeldte MW, hvilket er til gavn for konkurrencen. Han har selv opfordret nogle kunder til at melde flere MW ind, for at få dem med i konkurrencen, hvilket har udvidet konkurrencen.

Forevist e-mail af 20. januar 2020 fra ham sendt til puljedeltagerne har han forklaret, at det omhandler diskussionen om Storebæltsforbindelsen og de 300 MW, der ikke blev købt. Energinet

havde oplyst at de havde nok frivillige bud uden for rådighedsmarkedet i tilfælde, hvor kablet på 600 MW var fuldt udnyttet til at sikre forsyningssikkerheden. De frivillige bud kan fortrydes indtil en halv time inden rådighedstimen. Han bad dem derfor lægge de frivillige timer ind i intraday, for så lægges de i spotmarkedet, og så kan Energinet ikke bruge dem på rådighedsmarkedet som grund til ikke at købe ekstra reservekapacitet, selvom de har behov for det. Det er markedsinformation, som alle burde kende og agere efter, og information som deres balanceansvarlige aktør burde have givet dem. Han mener ikke, det er en ulovlig opfordring, men mange mener, det er noget, der ligger i grænselandet. Bemærkningen om ”I kan sikkert løse gækkebrevets kode, hvis jeg fortæller, at det er et ord jeg ikke må bruge for Konkurrencestyrelsen” er blot udtryk for dårlig humor.

Efter kontrolbesøget i maj 2021 har han ikke fået spørgsmål om puljeordningen fra konkurrencemyndighederne. Han har ikke kendskab til, at styrelsen har bedt om oplysninger om gasmotorerne fra værkerne. Han har deltaget i nogle møder med myndighederne, men der var ikke medlemmer af Konkurrencerådet, der stillede spørgsmål.

Retsgrundlag

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler

Dansk ret

Konkurrencelovens § 6 har følgende ordlyd:

”§ 6. Det er forbudt for virksomheder mv. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Stk. 2. Aftaler efter stk. 1 kan f.eks. bestå i

- 1) at fastsætte købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser,
- 2) at begrænse eller kontrollere produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer,
- 3) at opdele markeder eller forsyningskilder,
- 4) at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen,
- 5) at stille som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand,
- 6) at to eller flere virksomheder samordner deres konkurrencemæssige adfærd gennem oprettelsen af et joint venture, eller

7) at fastsætte bindende videresalgspriser eller på anden måde søge at få en eller flere handelspartnere til ikke at fravige vejledende salgspriser.

Stk. 3. Stk. 1 gælder også for vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.

Stk. 4. Med henblik på at bringe overtrædelser af stk. 1 til ophør kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udstede påbud, jf. § 16. For at imødekomme de betænkeligheder, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i relation til stk. 1, kan styrelsen endvidere gøre tilsagn, som virksomheden har afgivet, bindende, jf. § 16 a, stk. 1.

Stk. 5. Aftaler og vedtagelser, som er forbudt efter stk. 1-3, er ugyldige, medmindre de er undtaget efter § 7, er fritaget efter § 8 eller § 10 eller er omfattet af en erklæring efter § 9.”

Konkurrencelovens § 6 kan føres tilbage til lov nr. 384 af 10. juni 1997, som blev fremsat den 20. februar 1997. Af bemærkningerne til § 6 fremgår bl.a. (Folketingstidende 1996-97, tillæg A, lovforslag nr. L 172, s. 3657 ff.):

”Til kapitel 2

Bestemmelserne om forbud mod visse konkurrencebegrænsende aftaler m.v.

...

Til § 6

Udgangspunktet for bestemmelsen er, at alle konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis er forbudt, medmindre de ligger under de kvantitative kriterier i § 7.

...

Aftaler mellem virksomheder

Hovedanvendelsesområdet for § 6 er konkurrencebegrænsende aftaler. En aftale kan indgås af to eller flere virksomheder. Der stilles ikke krav om, at en aftale skal være juridisk bindende. F.eks. kan en såkaldt ”gentleman's agreement” være omfattet af aftalebegrebet, ligesom der heller ikke stilles krav om, at aftalen skal være skriftlig. Aftalebegrebet omfatter såvel horizontale som vertikale aftaler.

Aftalebegrebet skal i overensstemmelse med Domstolens fortolkning af aftalebegrebet i artikel 85, stk. 1, fortolkes bredt.

Det er uden betydning for anvendelse af lovforslagets § 6, hvilken betegnelse aftalen har, og hvorledes den er udformet.

...

Hvis der allerede foreligger en aftale, vil også ensidige handlinger med henblik på at sikre aftalens gennemførelse blive anset for en del af den samlede aftale.

...

Konkurrencebegrænsningskriteriet

Enhver form for konkurrencebegrænsning rammes af forbudet i § 6. Bestemmelsen omfatter både hindring, begrænsning og fordrejning af konkurrencen, ligesom den omfatter aftaler m.v., der ”direkte eller indirekte har til formål eller til følge” at begrænse konkurrencen.

Udtrykket ”til formål eller til følge” er alternative kriterier. Forbudet rammer således både aftaler m.v., der tilsigter begrænsninger, selv om de ikke får denne virkning, og aftaler m.v., der har sådanne virkninger, uanset intentionerne. § 6 kræver således ikke, at der faktisk har fundet en påvirkning sted.

Det anses ikke for konkurrencebegrænsende, at flere virksomheder i samme omsætningsled inden for en branche afgiver fælles bud på en bestemt opgave, hvis ingen af de pågældende virksomheder alene ville have kunnet klare opgaven (f.eks. på grund af kravene til knowhow, kapacitet eller økonomiske ressourcer).

Forbudte konkurrencebegrænsninger

§ 6, stk. 2, nr. 1-5, anfører en række eksempler på konkurrencebegrænsende aftaler m.v. Opregningen i nr. 1-5 er ikke udtømmende, men er alene en eksemplificering, jf. ordene ”..f.eks. bestå i”.

§ 6, stk. 2, nr. 1

§ 6, stk. 2, nr. 1, omfatter bl.a. karteller, der kan indskrænke konkurrencen betydeligt, f.eks. fordi den normale priskonkurrence fjernes eller begrænses væsentligt gennem aftaler eller samordnet praksis mellem producenter eller distributører. Dette gælder også, hvor prisfastsættelsen sker inden for en brancheorganisation, indkøbsorganisation eller lignende, jf. stk. 3. Endvidere omfatter forbudet aftaler mellem indbyrdes konkurrerende producenter om fastsættelse af priser eller om etablering af rabataftaler.

Prissamarbejder af vejledende karakter, herunder bl.a. horisontale listepriser, der ofte har været udsendt af bl.a. brancheorganisationer, er omfattet af forbudet. Disse listepriser har ofte i praksis vist sig at være prisstyrende.

Forbudet omfatter også vertikale aftaler m.v. mellem f.eks. en producent og en forhandler om fastsættelse af priser m.v. (herunder rabat- og bonusaftaler) ved videresalg i efterfølgende omsætningsled.

Under udtrykket ”andre forretningsbetingelser” falder bl.a. fælles konkurrencebegrænsende afsætningsvilkår, vilkår for betaling, garantier, rabatter m.v.”

Konkurrencelovens § 6 blev ændret ved lov nr. 1461 af 22. december 2004, hvor bl.a. stk. 2, nr. 7, om bindende videresalgspriser blev indført. Af bemærkningerne til § 6 fremgår (Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 63, s. 1637):

”Aftalebegrebet i § 6 skal fortolkes bredt, jf. FT 1996/97, tillæg A, s. 3658. Aftalebegrebet er bl.a. opfyldt, hvis to parter kan siges at have en samstemmende vilje. Det er ikke afgørende, i hvilken form denne samstemmende vilje manifesterer sig, når parternes adfærd rent faktisk afspejler parternes vilje. Det er derfor ikke et krav, at aftalen er indgået skriftligt eller mundtligt, og der kræves ingen udtrykkelige sanktionsmuligheder eller foranstaltninger til håndhævelsen af de bindende videresalgspriser. Der tilsigtes således ikke med forslaget nogen ændring af aftalebegrebet, som fortsat vil skulle fortolkes i overensstemmelse med aftalebegrebet efter EF-traktatens artikel 81.”

EU-retten

Traktaten om den Europæiske Funktionsmåde (TEUF) artikel 101 har følgende ordlyd:

1. Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt, navnlig sådanne, som består i:

- a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser
- b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer
- c) opdeling af markeder eller forsyningskilder
- d) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen
- e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

2. De aftaler eller vedtagelser, som er forbudt i medfør af denne artikel, har ingen retsvirkning.

3. Bestemmelserne i stk. 1 kan dog erklæres uanvendelige på:

- enhver aftale eller kategori af aftaler mellem virksomheder
- enhver vedtagelse eller kategori af vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, og
- enhver samordnet praksis eller kategori deraf som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, og uden at der:

a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål

b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.”

At en virksomhed, der ved egne handlinger har deltaget i en aftale, som har til formål at bidrage til gennemførelsen af en overtrædelse i sin helhed, kan være ansvarlig for de handlinger, som andre virksomheder har foretaget som led i den samme overtrædelse, blev bl.a. fastslået ved EU-Domstolens dom af 8. juli 1999 i sag C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA, præmis 79-80, som lyder:

”79 For det andet bemærkes, at de aftaler og den samordnede praksis, der omhandles i traktatens artikel 85, stk. 1, nødvendigvis er et resultat af flere virksomheders medvirken, og at disse virksomheder alle er ophavsmænd til overtrædelsen, selv om deres deltagelse kan have forskellig form, alt efter det pågældende markeds karakter, den enkelte virksomheds position på markedet, de tilsigtede mål og den måde, hvorpå det er blevet valgt eller planlagt at gennemføre den.

80 Den omstændighed, at den enkelte virksomhed deltager i overtrædelsen på sin egen måde, er dog ikke tilstrækkeligt til, at den ikke kan anses for at være ansvarlig for den samlede overtrædelse, herunder også de handlinger, som i konkret forstand foretages af andre deltagende virksomheder, men som tager sigte på det samme konkurrencebegrænsende mål eller har den samme konkurrencebegrænsende virkning.”

Ved dom af 8. juli 2008 i sag T-99/04, AC Treuhand AG (I), fastslog Retten bl.a. følgende angående forståelsen af begrebet ”aftale”:

”118 Hvad angår begrebet »aftale« fastslår Retten for det første, at dette kun er et udtryk, som betegner en samordnet/svigagtig og konkurrencebegrænsende adfærd, dvs. et kartel i bred forstand, hvori mindst to forskellige virksomheder deltager, hvilke virksomheder har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 79 og 112, samt Rettens dom af 26.10.2000, sag T-41/96, Bayer mod Kommissionen, Sml. II, s. 3383, præmis 67 og 173, og af 27.9.2006, forenede sager T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP og T-61/02 OP, Dresdner Bank m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3567, præmis 53-55). Hertil kommer, at en akt eller en tilsyneladende ensidig adfærd for at udgøre en aftale i henhold til artikel 81, stk. 1, EF blot i det mindste skal være udtryk for de to parter samstemmende vilje, idet den måde, hvorpå denne samstemmighed kommer til udtryk, ikke i sig selv er afgørende (Domstolens dom af 13.7.2006, sag C-74/05 P, Kommissionen mod Volkswagen, Sml. I, s. 6585, præmis 37). Dette vide aftalebegreb bekræftes af, at samordnet praksis, som består i en form for samordning mellem virksomheder, der ikke resulterer i en

egentlig aftale, også er omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 115 og den deri nævnte retspraksis).”

Herefter fastslog Retten, at en virksomhed, der agerer ”ophavsmand” til en konkurrencebegrænsning på et marked, men som ikke selv er aktiv på samme marked, kan ifalde ansvar for konkurrencebegrænsningen, jf. præmis 122, som lyder:

”122 I denne forbindelse fremhæver de i retspraksis anvendte formuleringer »en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde« (dommen i sagen Bayer mod Kommissionen, nævnt i præmis 118 ovenfor, præmis 67) eller »udtryk for kartelmedlemmernes fælles vilje vedrørende deres adfærd på fællesmarkedet« (dommen i sagen ACF Chemiefarma mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 112) elementet »fælles vilje«, og det kræves ikke, at der foreligger en fuldstændig overensstemmelse mellem det relevante marked, hvorpå den virksomhed, som er »ophavsmand« til konkurrencebegrænsningen, er aktiv, og det marked, hvorpå denne begrænsning skal have sin virkning. Heraf følger, at enhver begrænsning af konkurrencen på det fælles marked kan være omfattet af en »aftale mellem virksomheder« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF. Denne konklusion bekræftes af kravet om, at der foreligger en aftale, der har til formål at begrænse konkurrence på det fælles marked. Dette krav indebærer, at en virksomhed kan tilsidesætte forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF, såfremt virksomhedens adfærd, som koordineret med andre virksomheders adfærd, har til formål at begrænse konkurrencen på et særligt relevant marked i det fælles marked, uden at dette nødvendigvis indebærer, at virksomheden selv er aktiv på dette relevante marked.”

Retten udtalte desuden følgende om muligheden for, at en virksomhed kan være ansvarlig for de handlinger, som andre virksomheder har foretaget som led i den samme overtrædelse (præmis 130-132):

”130 I denne forbindelse er det tilstrækkeligt bevis for, at en virksomhed har deltaget i et kartel, hvis Kommissionen godtgør, at virksomheden har deltaget i møder, hvorunder der blev indgået konkurrencestridige aftaler, uden klart at have taget afstand herfra. For at fastslå en virksomheds deltagelse i en samlet aftale, bestående af en flerhed af tidsmæssigt udstrakte overtrædelser, skal Kommissionen føre bevis for, at den pågældende virksomhed har haft til hensigt ved sin egen adfærd at bidrage til de fælles mål, deltagerne som helhed har forfulgt, og at den har haft kendskab til de konkrete handlinger, som de øvrige virksomheder har planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, eller at den med rimelighed har kunnet forudse dem og været indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko. I den forbindelse virker den stiltiende godkendelse af et ulovligt initiativ, uden offentligt at tage afstand fra dets indhold eller gøre myndighederne opmærksom på det, som en tilskyndelse til at fortsætte overtrædelserne og hindrer, at den bliver opdaget. Denne medvirken udgør en form for passiv deltagelse i overtrædelserne, som derfor kan gøre virksomheden ansvarlig inden for rammerne af en samlet aftale (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 83 og 87, dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 81-84, og dommen i sagen Dansk Rørindustri

m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 113 ovenfor, præmis 142 og 143; jf. tillige dommen i sagen *Tréfileurope mod Kommissionen*, nævnt i præmis 108 ovenfor, præmis 85 og den deri nævnte retspraksis). Desuden følger det af retspraksis, at disse principper finder tilsvarende anvendelse på møder, hvori ikke alene de konkurrerende producenter har deltaget, men også deres kunder (jf. i denne retning Rettens dom af 12.7.2001, forenede sager T-202/98, T-204/98 og T-207/98, *Tate & Lyle m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 2035, præmis 62-66).

131 I forbindelse med fastsættelsen af det individuelle ansvar for en virksomhed, hvis deltagelse i kartellet ikke har den samme rækkevidde og intensitet som de andre virksomheder, fremgår det desuden af retspraksis, at selv om aftaler og samordnet praksis som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF nødvendigvis må være et resultat af flere virksomheders medvirken, som alle deltager i overtrædelsen, men hvis deltagelse kan have forskellig form afhængig af det pågældende markeds karakter, den enkelte virksomheds stilling på markedet, de tilsigtede mål og måden, hvorpå gennemførelsen heraf er besluttet eller planlagt, udelukker selve den omstændighed, at den enkelte virksomheds deltagelse i overtrædelsen har en individuel karakter, dog ikke, at virksomheden er ansvarlig for hele overtrædelsen, herunder for de handlinger, som konkret gennemføres af de andre deltagende virksomheder, men som har samme konkurrencebegrænsende mål eller virkning (dommen i sagen *Kommissionen mod Anic Partecipazioni*, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 78-80).

132 Følgelig er den omstændighed, at en virksomhed ikke har deltaget i alle de elementer, der udgør et kartel, eller at den har spillet en mindre rolle i de aspekter, som den har deltaget i, dog ikke relevant for at fastslå, at den er skyldig i en overtrædelse. Selv om den begrænsede betydning af den berørte virksomheds deltagelse i givet fald således ikke kan anfægte virksomhedens individuelle ansvar for den samlede overtrædelse, kan den dog påvirke bedømmelsen af rækkevidden og grovheden af overtrædelsen, og derved bødens størrelse (jf. i denne retning dommen i sagen *Kommissionen mod Anic Partecipazioni*, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 90, i sagen *Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 86, og i sagen *Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 113 ovenfor, præmis 145)."

I dom af 24. juni 2015 i de forenede sager C-293/13 P og C-294/13 P, *Bananas*, udtalte EU-Domstolen bl.a. følgende om muligheden for, at en virksomhed kan være ansvarlig for de handlinger, som andre virksomheder har foretaget som led i den samme overtrædelse (præmis 156-159):

" 156 Ifølge fast retspraksis kan en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF foreligge ikke alene ved en enkeltstående handling, men også ved en række handlinger eller en sammenhængende adfærd, selv om et eller flere elementer i rækken af handlinger eller i den sammenhængende adfærd også i sig selv og isoleret betraget kan udgøre en tilsidesættelse af den nævnte bestemmelse. Når de forskellige handlinger indgår i en »samlet plan«, fordi de har det samme formål, nemlig at fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, kan Kommissionen således med rette pålægge ansvaret for disse handlinger på grundlag af deltagelsen i overtrædelsen betraget i sin helhed (dom *Kommissionen mod Verhuizingen Coppens*, C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

157 En virksomhed, der har deltaget i en sådan enkelt og kompleks overtrædelse ved egne handlinger, der falder ind under de i artikel 81, stk. 1, EF omhandlede begreber aftaler og samordnet praksis med et konkurrencebegrænsende formål, og som havde til formål at bidrage til gennemførelsen af overtrædelsen i sin helhed, kan således også være ansvarlig for de handlinger, som andre virksomheder har foretaget som led i den samme overtrædelse, for så vidt angår hele det tidsrum, hvor virksomheden har deltaget i den. Dette er tilfældet, såfremt der er ført bevis for, at virksomheden ved sin egen adfærd havde til hensigt at bidrage til de fælles mål, som deltagerne som helhed forfulgte, og at den havde kendskab til den ulovlige adfærd, som de øvrige virksomheder havde planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, eller at den med rimelighed kunne forudse dem, og at den var indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko (dom Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

158 En virksomhed kan således have deltaget direkte i hele den samlede konkurrencebegrænsende adfærd, som den samlede og vedvarende overtrædelse består af, i hvilket tilfælde Kommissionen med føje kan pålægge den ansvaret for hele denne adfærd og derfor den nævnte samlede overtrædelse. En virksomhed kan ligeledes have deltaget direkte i kun en del af den konkurrencebegrænsende adfærd, som den samlede og vedvarende overtrædelse består af, men have haft kendskab til al den øvrige konkurrencebegrænsende adfærd, som de øvrige karteldeltagere havde planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, eller med rimelighed kunnet forudse dem og været indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko. I et sådant tilfælde kan Kommissionen også med føje pålægge denne virksomhed ansvaret for hele den samlede konkurrencebegrænsende adfærd, som en sådan overtrædelse består af, og hermed overtrædelsen i sin helhed (dom Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 43).

159 Hvis en virksomhed således har været direkte involveret i en eller flere af de former for konkurrencebegrænsende adfærd, som den samlede og vedvarende overtrædelse består af, men det ikke er godtgjort, at virksomheden ved sin egen adfærd havde til hensigt at bidrage til samtlige de fælles mål, som de øvrige karteldeltagere forfulgte, og at den havde kendskab til al den øvrige konkurrencebegrænsende adfærd, som de nævnte deltagere havde planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, eller at den med rimelighed kunne forudse dem og var indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko, kan Kommissionen kun med føje pålægge virksomheden ansvaret for den adfærd, som den direkte har deltaget i, og for den adfærd, som de øvrige deltagere havde planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, som virksomheden forfulgte, og hvorom det er godtgjort, at virksomheden havde kendskab til eller med rimelighed kunne forudse adfærden og var indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko (dom Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 44).”

At en virksomhed, der agerer som facilitator for virksomheder, der er aktive på samme marked, men som ikke selv er aktiv på samme marked som disse virksomheder, kan pålægges ansvar for en samlet horisontal aftale, er desuden bl.a. fastslået ved Rettens dom af 8. september 2010 i sag T-29/05, Deltafina SpA, præmis 48, som lyder:

”48 Således som Retten allerede har fastslået i præmis 122 i sin dom af 8. juli 2008, AC Treuhand mod Kommissionen (sag T-99/04, Sml. II, s. 1501), kan en virksomhed overtræde forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF, såfremt virksomhedens adfærd, der er koordineret med andre virksomheders adfærd, har til formål at begrænse konkurrencen på et særligt relevant marked i det fælles marked, uden at dette nødvendigvis indebærer, at virksomheden selv er aktiv på dette relevante marked.”

Og ligeledes i EU-Domstolens dom af 22. oktober 2015, C-194/14 P, AC Treuhand AG (II), præmis 33-35, som lyder:

”33 Det fremgår imidlertid ikke af disse betragtninger, at begreberne »aftale« og »samordnet praksis« forudsætter en gensidig begrænsning af handlefriheden på ét og samme marked, hvor alle deltagerne er til stede.

34 Endvidere kan det ikke udledes af Domstolens praksis, at artikel 81, stk. 1, EF udelukkende vedrører dels virksomheder, der er aktive på det marked, der berøres af konkurrencebegrænsningerne, eller på markeder i et tidligere eller efterfølgende led eller på tilstødende markeder i forhold til dette marked, dels virksomheder, der begrænser deres handlefrihed på et givet marked i henhold til en aftale eller en samordnet praksis.

35 Det følger således af Domstolens faste praksis, at ordlyden af artikel 81, stk. 1, EF henviser generelt til alle aftaler og former for samordnet praksis, som via enten horisontale eller vertikale forbindelser fordrejer konkurrencen på det fælles marked, uafhængigt af hvilket marked parterne er aktive på, og uden at dette påvirkes af den omstændighed alene, at det kun er én af parternes kommercielle adfærd, der er omfattet af vilkårene i de omhandlede arrangementer (jf. i denne retning domme LTM, 56/65, EU:C:1966:38, s. 215, Consten og Grundig mod Kommissionen, 56/64 og 58/64, EU:C:1966:41, s. 252 og 253, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, 100/80-103/80, EU:C:1983:158, præmis 72-80, Binon, 243/83, EU:C:1985:284, præmis 39-47, og Javico, C-306/96, EU:C:1998:173, præmis 10-14).”

Af EU-Domstolens dom af 13. december 2012 i sag C-226/11, Expedia, følger, at der ikke gælder et krav om mærkbarhed i forhold til aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen, jf. præmis 37, som lyder:

”37 Det må således fastslås, at en aftale, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, efter sin art og uanset aftalens faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen.”

Undtagelser til forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler

Konkurrencelovens § 5

Konkurrenceloven indeholder en række undtagelser til forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, herunder konkurrencelovens § 5, som har følgende ordlyd:

”§ 5. Bestemmelserne i kapitel 2 finder ikke anvendelse på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern.

Stk. 2. Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen nærmere regler om anvendelsen af stk. 1, herunder regler om, hvad der forstås ved aftaler mv. inden for samme virksomhed eller koncern.”

Konkurrencelovens § 5 blev indsat ved lov nr. 384 af 10. juni 1997, som blev fremsat den 20. februar 1997. Af bemærkningerne til § 5 fremgår bl.a. (Folketingstidende 1996-97, tillæg A, lovforslag nr. L 172, s. 3656):

”...

I overensstemmelse med EU-konkurrenceretten omfatter virksomhedsbegrebet også andels-selskaber, jf. bemærkningerne til § 6. For så vidt angår andelsselskabers interne aftaleforhold, det vil sige forholdet mellem andelsselskabet som sådan og dets medlemmer samt medlemmernes indbyrdes forhold, og som fastlagt i eksempelvis andelsselskabets vedtægter, vil disse være omfattet af undtagelsen, såfremt de er begrænset til, hvad der er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsselskabet, herunder af en kontraheringsstyrke.

Da der kan være behov for at klargøre retsstillingen for markedsaktørerne og fastsætte præciserende regler, bemyndiges erhvervsministeren i stk. 2 til efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet at fastsætte nærmere regler om anvendelsen af stk. 1.

Såfremt en aftale m.v. ikke er en virksomheds-/koncernintern aftale, vil forbudsbestemmelserne i kapitel 2 gælde fuldt ud.”

I medfør af konkurrencelovens § 5, stk. 2, er der ved bekendtgørelse nr. 1029 af 17. december 1997 om aftaler inden for samme virksomhed eller koncern blevet fastsat nærmere regler for anvendelsen af konkurrencelovens § 5, stk. 1.

Det følger af bekendtgørelsens § 2, nr. 3, at aftaler inden for samme virksomhed eller koncern blandt andet omfatter ”interne aftaler i andelsvirksomheder, såfremt de er begrænset til, hvad der er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden og opretholde en kontraheringsstyrke, jf. § 5.”

Bekendtgørelsens § 5, stk. 1, indeholder følgende definition af begrebet ”andelsvirksomheder”:

”§ 5. ”Andelsvirksomheder” skal i denne bekendtgørelse forstås som enheder, der har det i lov om erhvervsdrivende virksomheders § 4, jf. lovbekendtgørelse nr. 546 af 20. juni 1996, angivne formål.”

§ 4 i den nugældende lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (lovbekendtgørelse nr. 249 af 1. februar 2021) har følgende ordlyd:

” § 4. Ved et andelsselskab (andelsforening) forstås i denne lov en virksomhed omfattet af § 2, stk. 1 eller stk. 2, eller § 3, hvis formål er at virke til fremme af deltagernes fælles interesser gennem deres deltagelse i virksomheden som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde, og hvor virksomhedens afkast, bortset fra normal forrentning af den indskudte kapital, enten fordeles blandt medlemmerne i forhold til deres andel i omsætningen eller forbliver indestående i virksomheden.”

Konkurrencelovens § 8

Det følger af konkurrencelovens § 8, stk. 1, som indholdsmæssigt svarer til TEUF artikel 101, stk. 3, at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, ikke finder anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder opfylder fire betingelser. § 8, stk. 1, har følgende ordlyd:

”§ 8. Forbuddet i § 6, stk. 1, finder ikke anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder

- 1) bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,
- 2) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
- 3) ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og
- 4) ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.”

Den vertikale gruppefritagelsesforordning

Det følger af artikel 2, stk. 1, i Kommissionens forordning (EU) nr. 2022/720 af 10. maj 2022 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (herefter ”den vertikale gruppefritagelsesforordning”), at TEUF artikel 101, stk. 1, er uanvendelig i forbindelse med vertikale aftaler. Artikel 2, stk. 1, har følgende ordlyd:

”Artikel 2

Fritagelse

1. I henhold til traktatens artikel 101, stk. 3, og med forbehold af denne forordnings bestemmelser erklæres traktatens artikel 101, stk. 1, herved uanvendelig i forbindelse med vertikale aftaler. Denne fritagelse finder anvendelse, i det omfang disse aftaler indeholder vertikale begrænsninger.”

Parternes argumenter

Haderup Kraftvarmeværk A.m.b.a., Feldborg Kraftvarmeværk A.m.b.a., Vildbjerg Varme A/S, Ørn-høj-Grønbjerg Kraftvarmeværk A.m.b.a., Silkeborg Varme A/S, Effekthandel ApS, Effektmarked.dk ApS, B.V. Averhoff Consult ApS som ejer af Regulerkraft Ikast ApS (under konkurs), og Nordic Energy Invest A/S har anført navnlig, at Konkurrencerådets konklusion om, at Effekthandelpuljen har til formål at begrænse konkurrencen, ikke er underbygget. Afgørelsen forholder sig ikke til det reelle formål med puljeordningen, herunder sikring af kvalificerede bud på mFRR-auktionen, der kunne medvirke til at sikre værkerne den fornødne omkostningsdækning til, at de kunne opretholde deres gas-generatorer og dermed opretholde høj grad af forsyningssikkerhed både lokalt og nationalt - uden at de enkelte værker kommer i konflikt med varmforsyningslovens forbud mod krydssubsidiering.

Selv hvis Konkurrenceankenævnet måtte komme frem til, at der foreligger en eller flere ulovlige aftaler mellem Effekthandel og værkerne - og/eller en ulovlig aftale mellem værkerne indbyrdes og Effekthandel, så er der ikke tale om et kartel eller anden form for grov overtrædelse af konkurrence-loven.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tilkendegav den 29. juli 2019, at Effekthandels spørgsmål var af en sådan kompleksitet, at det er uafklaret, hvorvidt den påtænkte disposition ville udgøre en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, og at det ville kræve en omfattende undersøgelse. Styrelsen tilkendegav videre, at det var muligt at søge om fritagelse eller ikke indgrebserklæring, hvilket dog ville kunne føre til flere års sagsbehandling. Dette harmonerer meget dårligt med, at der skulle være tale om et kartel eller anden åbenbar ”til-formåls”-overtrædelse.

Det er efter Domstolens praksis et krav, at der foretages et realitetscheck af, om aftalen rent faktisk har et formål om at begrænse konkurrencen. Konkurrencerådet har således under alle omstændigheder begået en alvorlig fejl ved at konstatere, at puljeordningen har til formål at begrænse konkurren-

cen uden at forholde sig til puljeordningens konkrete kontekst og virkninger, herunder bl.a. at Energinet har misbrugt sin stilling som monopol-indkøber ved at benytte et auktionsdesign, som i vidt omfang har elimineret konkurrencen ved at honorere pseudobud på 1 kr./MW og ved at udøve meget betydelig prisdiskrimination mellem DK1 og DK2, således at værkerne reelt ikke har kunnet opnå dækning for deres omkostninger og dermed er blevet tvunget til at nedlukke kapacitet eller ulovligt at krydssubsidiere deres biaktivitet i form af salg af mFRR. Konkurrencerådet har ikke forholdt sig til, at de 49 værker er meget beskedne virksomheder, som i en lang årrække er blevet udsat for denne betydelig prisdiskrimination i forhold til aktørerne i DK2, hvor Ørsted er den primære aktør, og at ingen myndigheder har formået at forholde sig til eller gribe ind over for Energinets favorisering af Ørsted. Puljeordningen udgjorde et proportionalt og konkurrencefremmende modsvar til dette misbrug. Konkurrencelovens § 15, stk. 1, 3. pkt., kan ikke benyttes som hjemmel til at se bort fra disse argumenter.

Afgørelsen forholder sig heller ikke til at puljeordningen blev etableret som reaktion på de udfordringer, som værkerne stod over for i 2019, at reservekapacitet er et biprodukt med begrænset økonomisk betydning for værkerne, og at værkerne hver især har meget begrænsede personalemæssige ressourcer til på kvalificeret vis at deltage i mFRR-auktionen, samt at der ikke eksisterer en reel konkurrencesituation eller et marked i traditionel forstand for reservekapacitet.

Aftalernes formål skal ses i lyset af, at værkerne drives efter ”hvile-i-sig-selv”-princippet, og at værkerne er omfattet af varmforsyningslovens krav om, at værkerne kun må afholde nødvendige omkostninger og ikke krydssubsidiere andre aktiviteter end varmforsyning.

Afgørelsen tager således ikke i behørigt omfang højde for de enkelte værkers individuelle forhold, herunder deres konkrete ageren, at de ikke har haft et formål om at opnå højere priser, og at værkerne har været i god tro om forretningsmodellens lovlighed.

Visse værker har i længere periode selv – dvs. uden om puljeordningen – indmeldt priser, og har i længere periode slet ikke indgivet bud i mFRR markedet, ligesom at værkeres indmeldte kapacitet i mFRR markedet har været begrænset.

Ser man aftalerne i deres retlige og økonomisk kontekst for de enkelte værker, fremstår aftalerne ikke som at have til formål at begrænse konkurrencen. Aftalerne blev indgået for at opnå effektivitet og ressourcebesparelser. Eksempelvis havde flere af værkerne motorer, som ikke blev meldt ind i rådighedsmarkedet. Da deres forsikringsselskaber forlangte, at motorerne periodevis blev sat i drift, kunne værkerne ved puljeordningen outsource en aktivitet i rådighedsmarkedet og dermed spare værkets egne ressource med det håb, at motorerne ville blive aktiveret ofte nok. For andre værker var det eksempelvis ønsket om at driftssikre nødstrømsanlæg, der som udgangspunkt ikke har driftstimer, der var baggrunden for aftalen.

Konkurrencerådet har endvidere fejlagtigt lagt til grund, at puljeordningen er baseret på en horisontal aftale mellem Effekthandel og værkerne. Der foreligger alene et antal separate, individuelle aftaler mellem Effekthandel og et antal værker. Aftalerne er indgået på forskellige tidspunkter efter individuel dialog mellem de enkelte værker og Effekthandel. Der har ikke været nogen form for aftaler eller koordinering mellem værkerne. Aftalerne er indgået med de enkelte værker løbende over en periode på mere end et år. Effekthandel driver ikke selv værker og er således ikke aktiv på produktionsniveau, og virksomheden har ingen egen kapacitet til at byde på reservekapacitet. Der er således tale om et antal individuelle, parallelle vertikale aftaler, hvor Effekthandel leverer en serviceydelse til de enkelte værker. Selv hvis man antog, at der forelå en fælles stiltiende aftale mellem Effekthandels kunder, er der ikke tale om en horisontal aftale med konkurrencebegrænsende formål, da Effekthandels kunder ikke meningsfuldt kan betegnes som konkurrenter. Værkerne agerer først og fremmest i hvert deres separate geografiske område som lokale, naturlige monopoler underlagt varmforsyningsloven, og de opererer alene ud fra hensyn til at sikre varmekunder lavest mulig pris.

Puljeordningen er således undtaget fra konkurrencereglerne i henhold til den vertikale gruppefritagelsesforordning. Aftalerne indeholder ingen af de "hard-core konkurrencebegrænsninger", som er omtalt i gruppefritagelsen for vertikale aftaler.

Konkurrencerådet har ikke foretaget en reel markedsundersøgelse, og der er ikke noget belæg for at antage, at samhandlen mellem EU-medlemsstater påvirkes, herunder er det ikke godtgjort, at puljeordningens kapacitet på noget tidspunkt har overskredet 5% af markedets totale kapacitet. Selv hvis

markedet måtte kunne afgrænses på en måde, der indebærer, at puljeordningens kapacitet i en periode har oversteget 5%, har Konkurrencerådet ikke nærmere forholdt sig til i hvilken periode, dette i givet fald har været gældende.

Konkurrencerådets afgørelse er uproportional og varetager ikke det i konkurrencelovens § 1 fastlagte formål om at fremme effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse. Tværtimod har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet valgt slet ikke at forholde sig til det egentlige problem på markedet, nemlig Energinets ulovlige prisdiskrimination og markedsmanipulation samt risikoen for bortfald af reservekapacitet, der er en nødvendig forudsætning for den grønne omstilling.

Puljeordningen har fungeret som en lovlig andelsbaseret pulje, og aktiviteten er undtaget fra konkurrenceloven på linje med andelsselskabets aktiviteter i medfør af konkurrencelovens § 5, jf. §§ 1, 2 og 5 i bekendtgørelse nr. 1029 af 17. december 1997.

Afgørelsen forholder sig primært til Effekthandels formelle juridiske konstruktion og ejerskab. Det afgørende er imidlertid virksomhedens andelsbaseret formål. Styrelsen fandt i udkastet til afgørelse, at andelsformålet var opfyldt, men lavede en 180-graders ændret vurdering efter Effekthandels høringssvar. Afgørelsen er på dette punkt udtryk for en useriøs og helt formalistisk tilgang, hvor der lægges vægt på Effekthandels ejerskab fremfor muligheden for indtræden og udtræden af puljeordningen, og hvor det uden nogen konkurrencemæssig begrundelse tillægges betydning, at værkerne ikke leverer fysiske produkter eller tjenesteydelser til Effekthandel.

Det er endvidere uklart, om Konkurrencerådet mener, at der ikke ville være noget konkurrenceretligt problem, hvis blot puljen var etableret som et formelt andelsselskab. Det ville være i strid med konkurrencelovens formål, hvis virksomheder skulle tvinges til at gennemføre deres aktiviteter i bestemte juridiske enheder for at undgå at overtræde konkurrenceloven – selv om der findes enklere juridiske konstruktioner med færre omkostninger og mindre ressourceforbrug, særligt når den juridiske konstruktion ikke påvirker den konkrete aktivitet, der udfoldes gennem den pågældende juridiske konstruktion.

Puljeordningen opfylder betingelserne for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, og Konkurrencerådet har reelt ikke forholdt sig til, at puljen for det første skulle bidrage til den grønne omstilling og forsyningssikkerheden både nationalt og lokalt hos det enkelte værk og for det andet skulle hjælpe værkerne til at afgive reelle bud – uden at overtræde varmforsyningslovens forbud mod krydssubsidiering. Konkurrencerådet har heller ikke forholdt sig til, at den benyttede juridiske konstruktion for puljeordningen var billigere og enklere at administrere for parterne end et formelt andelsselskab.

For så vidt angår effektivitetsfordelene ved puljeordningen i form af bedre forsyningssikkerhed, mere kvalificerede auktionsbud og bedre udnyttelse af værkernes begrænsede personalemæssige ressourcer m.v. er der blot henvist til, at parterne efter myndighedernes opfattelse har bevisbyrden for, at alle betingelserne for fritagelse i konkurrencelovens § 8 er opfyldt, og at parterne ikke har fremsendt dokumentation for øget udbud, lavere priser eller bedre konkurrence på markedet som følge af puljeordningen.

Det bestrides, at parterne i den foreliggende sag har den fulde bevisbyrde for puljeordningens effektivitetsfremmende virkninger. Der er tale om et særdeles komplekst marked, hvor konklusioner om virkninger af forskellige tiltag vil kræve et betydeligt analysearbejde og adgang til data fra mange aktører over en længere periode. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har hjemmel til at foretage markedsundersøgelser og herunder forlange oplysninger fra forskellige markedsaktører. Derimod har parterne i denne sag som udgangspunkt ikke adgang til data for andre end dem selv. Puljeordningen fik kun lov at eksistere i en kort periode, og det er formentlig allerede derfor vanskeligt nærmere at godtgøre effekterne af ordningen.

Parterne har fremført tilstrækkelige og plausible effektivitetsfordele og har ikke samme muligheder som myndighederne for at eftervise disse gennem data indhentet fra markedet. At pålægge parterne en højere bevisbyrde ville efter omstændighederne de facto fratage parterne muligheden for at påberåbe sig konkurrencelovens § 8.

Skulle det mod forventning konstateres, at puljeordningen er baseret på en kartel-lignende horisontal aftale med et konkurrencebegrænsende formål, er betingelserne for et lovligt krisekartel i øvrigt

opfyldt. Værkerne har således i en lang årrække befundet sig i en situation, hvor priserne for reservekapacitet har været meget lave, og værkerne har kun opretholdt reservekapaciteten på grund af lovkrav og statsstøtte, som bortfaldt fra starten af 2019. Uden puljeordningen risikeres det, at der over de kommende år løbende sker et væsentligt fald i den tilgængelige reservekapacitet fra centrale kraftvarmeværker – efterhånden som disse skrottes på grund af dårlig økonomi, alder og manglende investeringer i service, vedligeholdelse m.v.

Rækkevidden af rådets afgørelse er endvidere uklar. Det fremstår meget uklart, hvad det er for en adfærd, som parterne er blevet pålagt at ophøre med. Parterne har vedholdende fra sagens opstart forsøgt at få dialog med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med henblik på at få en nærmere afklaring af, hvilke elementer i puljeordningen, styrelsen fandt problematisk, således at Effekthandels puljeordning kunne fortsætte med de eventuelt nødvendige justeringer for at tage højde for styrelsens betænkeligheder.

Klagerne var endvidere i god tro om puljeordningens lovlighed. Aftalen var forelagt styrelsen, der ikke havde oplyst, at forretningsmodellen udgjorde en overtrædelse med formål om at begrænse konkurrencen. Et notat fra et advokatfirma beskrev endvidere, at aftalen ville være i overensstemmelse med konkurrenceloven.

Endelig bemærkes, at Konkurrencerådets afgørelse og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tilgrundliggende sagsbehandling lider af en række sagsbehandlingsmæssige og forvaltningsretlige mangler. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledningsindsats var kritisabel og indikerede klart, at der ikke kunne være tale om en "til-formåls-overtrædelse". Vejledningen var desuden mangelfuld og indebar magtfordrejning og ansvarsforflygtigelse, idet styrelsen klart signalerede, at en formel ansøgning om fritagelse ville kunne tage flere år, uden at der nødvendigvis ville blive taget stilling til ansøgningen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vejledte i den forbindelse ikke om den strafimmunitet, som opnås i perioden fra indgivelse af en fritagelsesansøgning. Det var endvidere unødvendigt og uproportionelt, at styrelsen i 2021 på baggrund af en klage fra Energinet besluttede at gennemføre uanmeldte kontrolbesøg hos sagens parter. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har under sagens behandling ikke reelt forholdt sig til parternes argumenter, men i stedet betragtet disse som forhindringer, der skulle skubbes til side for at komme i mål med den kartelsag, som styrelsen

besluttede sig for at for at forfølge efter at have modtaget Energinets klage. Allerede inden Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde udarbejdet en Meddelelse om Betænkeligheder og hørt de involverede parter om de påståede overtrædelser af konkurrenceloven forsøgte styrelsen at presse flere værker til at acceptere bødeforelæg, i strid med forbuddet mod ”plea bargains” i Danmark. Det var endvidere forkert, at styrelsen ikke anså den for sagen ansvarlige kontorchef for at være inhabil. Kontorchefen var forud for sin ansættelse i styrelsen i 5 år ansat som advokat hos Ørsted, og før da var han advokat hos Kromann Reumert, hvor han bistod Ørsted som ekstern advokat. Styrelsen gav desuden ikke parterne fornøden adgang til at afgive mundtlige indlæg under sagens behandling.

Konkurrencerådet har anført navnlig, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets afgørelse. Der er ingen tvivl om, at aftalen mellem de 49 værker og Effekthandel om koordinering af priser og bud på mFRR-markedet i Vestdanmark (DK1) har til formål at begrænse konkurrencen. Det er uomtvistet, at de 49 værkers prissætning var fuldstændig overladt til Effekthandel, og at formålet med puljeordningen har været at sikre et højere prisniveau i mFRR-kapacitetsauktioner, om end det ifølge klagerne alene var et mål for at nå andre mål, herunder omkostningsdækning med henblik på at kunne opretholde bedre forsyningssikkerhed.

Det følger således f.eks. af Effekthandels informationsmateriale af 8. januar 2020, at det er nødvendigt at indmelde bud i fællesskab, hvor risiko og gevinst bliver delt mellem deltagerne på en gennemsigtig måde for at kunne modsvare ”markedssetup’et”, og at alle deltagere i puljen skal have et ønske om at hæve indtjeningen fra markedet. I informationsmaterialet har Effekthandels direktør bl.a. anført, at ”[f]ormålet med at danne en stor pulje som indmeldes i markedet af én aktør er, at vi dermed i højere grad kan bestemme hvor mindsteprisen skal ligge i auktionen, og samtidig kan være aktive med at presse priserne op”.

Effekthandel brugte konkret de 49 værkers indmeldte bud på kapacitet til at fastsætte priserne på de samlede bud (bestående af en mængde og en pris) strategisk (f.eks. ved at flytte bud med kapacitet i lave prisklasser op i én eller flere højere prisklasser) med henblik på at kunne påvirke clearingsprisen i auktionen i opadgående retning. Ved at koordinere priser og dermed de samlede bud (bestående af mængde og pris) for alle 49 værker på mFRR i Vestdanmark (DK1) eliminerede Effekthandel og de deltagende værker den priskonkurrence, der ellers burde have været mellem de 49 værker

ved prissætningen i mFRR-kapacitetsauktionen. Effekthandel kunne dermed påvirke prisen på auktionen i opadgående retning og sikre en samlet set større indtjening til fordeling mellem de 49 deltagende værker. Effekthandel fordelte omsætningen fra auktionerne på baggrund af udarbejdede månedsopgørelser, der blev udsendt til samtlige puljedeltagere, og værkerne opnåede en højere indtjening ved at være med i puljen i overensstemmelse med baggrunden for puljens etablering.

Konkurrencerådet bestrider ikke, at et subjektivt formål om at opretholde forsyningssikkerheden kan være et legitimt mål, men formålet med en aftale er imidlertid uafhængig af, om parterne har haft en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen eller ej. Klagernes angivelige legitime mål om at sikre forsyningssikkerheden ændrer ikke på, at aftalen – objektivt set – har til formål at begrænse konkurrencen, ligesom det i øvrigt fortsat er udokumenteret, at klagerne forfulgte ovennævnte formål med aftalen.

De 49 værker og Effekthandel har indgået én samlet horisontal aftale. De individuelle aftaler mellem de 49 værker og Effekthandel er baseret på samme aftaleskabelon fra Effekthandel, og det fremgår direkte af aftalerne, at en række andre virksomheder deltager og skal have andel i puljeordningens fælles indtjening efter en fordelingsnøgle. De 49 værker har været informeret om aftalernes indhold og formål, herunder at de andre værker deltog i ordningen, og de er løbende blevet adresseret i fællesskab om puljens koordinerede ageren i markedet. Det må i den forbindelse have stået klart for deltagerne, at de andre værker udgør konkurrenter, som ligeledes kan stille kapacitet til puljens rådighed, da det er præmissen for aftalen, at Effekthandel prissætter mFRR på vegne af værkerne. De 49 værker tog hver måned aktivt stilling til, om de ville stille deres kapacitet til puljeordningens rådighed med henblik på at bidrage til det fælles formål om ”at presse priserne op på et acceptabelt niveau”. Det fremgår også konkret af månedsopgørelserne til de deltagende værker, hvor meget kapacitet de forskellige værker havde indmeldt via puljeordningen i mFRR-markedet, samt hvordan fordelingen af omsætningen mellem værkerne så ud i de pågældende måneder, herunder hvorvidt og hvor meget de forskellige værker skulle betale til puljen eller modtage fra puljen. Endelig bidrog de deltagende værker med kommunikation om puljeordningen til konkurrerende værker og medlemshvervning med henblik på at danne ét stort fællesskab, som var en forudsætning for puljeordningens succes, hvilket Effekthandel i øvrigt opfordrede værkerne til at bistå med. Det må dermed have stået klart for værkerne, at de indgik som en del af et større fællesskab og ikke blot i en vertikal relation med Effekthandel.

Det er i forhold til denne vurdering uden betydning, at aftaleindgåelse er sket på Effekthandels initiativ, idet de 49 værker var bekendte med indholdet af aftalen og formålet med puljeordningen. De 49 værker valgte aktivt at indgå aftalen med Effekthandel samt forblive en del af og deltage i puljeordningen. Værkerne har herved udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet i overensstemmelse med puljeordningens formål, jf. de specielle bemærkninger til konkurrenceovens § 6, samt Rettens dom af 8. juli 2008 (AC Treuhand AG).

Det er endvidere uden betydning, at der er tale om individuelle aftaler med Effekthandel, at der ikke direkte mellem de 49 værker er indgået en udtrykkelig skriftlig aftale, at der ikke har været kommunikation mellem værkerne indbyrdes, og at det ikke er alle, der har deltaget i præcist sammenfaldende dage i overtrædelsen. Det afgørende for, om værkerne har deltaget i aftalen, er, om det enkelte værk har haft til hensigt ved sin egen adfærd at bidrage til de fælles mål, deltagerne som helhed har forfulgt, og at værket har haft kendskab til de konkrete handlinger, som de øvrige virksomheder har planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, jf. Rettens dom af 8. juli 2008 (AC Treuhand AG).

Det er også uden betydning, at "hvile-i-sig-selv"-princippet indebærer, at kraftvarmeværker ikke kan generere et overskud, idet en evt. gevinst på markedet for mFRR blot giver kraftvarmeværker mulighed for at sætte prisen ned på markedet for varmforsyning til gavn for kraftvarmeværkets ejerkreds.

Endelig er det uden betydning, at Effekthandel ikke er aktiv på produktionsniveau og ikke selv har kapacitet til at byde ind med reservekapacitet på mFRR-markedet. En virksomhed, der agerer som facilitator for virksomheder, der er aktive på samme marked, men som ikke selv er aktiv på samme marked som disse virksomheder, kan pålægges ansvar for en samlet horisontal aftale.

Domstolen har i øvrigt fastslået, at en virksomheds passive deltagelse i en overtrædelse, uden at virksomheden klart tager afstand herfra, indebærer en medvirken, som er ansvarspådragende i henhold til TEUF artikel 101.

Aftalens retlige og økonomiske kontekst bekræfter, at dens indhold og objektive formål er at koordinere priser og bud på mFRR i Vestdanmark (DK1) med det formål at begrænse konkurrencen – også set i lyset af den markedsmæssige sammenhæng, den indgår i. Der er således ikke karakteristika ved markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1), der skaber berettiget tvivl om, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen.

Det er i den forbindelse forkert, når Effekthandel og Værkerne anfører, at Konkurrencerådet ikke i sin afgørelse har inddraget klagers bemærkninger om Energinet som monopolist og markedsforholdene i Danmark. En situation, hvor konkurrencen på markedet i forvejen er svækket, medfører ikke, at den resterende konkurrence kan begrænses – tværtimod skal den resterende konkurrence i en sådan situation beskyttes. Regulering af markeder forbeholdes offentlige myndigheder, og det tilkommer ikke private virksomheder at udføre selvregulering.

Energinets auktionsdesign har til formål at forsøge at simulere prissætning ved virksomhed konkurrence og er bundet op på en myndighedsopgave om at sikre forsyningssikkerhed. Den omstændighed, at det angiveligt var vanskeligt at opnå tilstrækkelig omkostningsdækning på markedet kan ikke begrunde, at konkurrenter indgår i en konkurrencebegrænsende aftale for at hæve prisniveauet på markedet generelt. Det er uden betydning, om aftalen konkret medførte et positivt dækningsbidrag eller ikke. En overtrædelse af konkurrencereglerne forudsætter ikke et positivt dækningsbidrag.

Konkurrencerådet har forholdt sig til de 49 værkers omkostninger ved at deltage i mFRR-auktioner, jf. nærmere rådsafgørelsens punkt 676-684. At visse værker angiveligt har indgivet ”pseudobud” og i den forbindelse ikke har forholdt sig til deres reelle omkostninger, kan imidlertid ikke ændre på, at den horisontale aftale har haft til formål at begrænse konkurrencen. Det fremstår udokumenteret, at de 49 værker reelt har afholdt de af klagerne anførte ekstraomkostninger ved at stå til rådighed på mFRR-markedet. Det er i øvrigt muligt, at kraftvarmeværkernes reservationspris i auktionen reelt udgør 1 kr., idet alle omkostninger forbundet med produktionsenheden i henhold til ”hvile-i-sig-selv”-princippet afholdes til brug for dennes funktion i varmeproduktionen.

Klagerne har gjort gældende, at Konkurrencerådet ikke har forholdt sig til, at værkerne er underlagt et forbud i varmforsyningsloven mod krydssubsidiering. Konkurrencerådet forstår dette anbringende således, at klagerne gør gældende, at konkurrencebegrænsningen er en direkte eller nødvendig følge af anden offentlig regulering. Det fremhæves, at puljeordningens konkurrencebegrænsning ikke er en ”direkte eller nødvendig følge” af offentlig regulering som forudsat i konkurrencelovens § 2, stk. 2, 1. pkt. Afgørende er om lovgiver har forholdt sig til, at den offentlige regulering udgør en konkurrencebegrænsning, som imidlertid er påkrævet på grund af de særlige forhold på området. Det er ikke tilfældet i nærværende sag, hvilket i øvrigt er blevet bekræftet af Energistyrelsen på vegne af Klima-, Energi- og Forsyningsministeren.

I forhold til klagerens anbringender om, at aftalerne er indgået for at opnå effektivitets- og ressourcebesparelse, og ikke for at begrænse konkurrencen, følger det af Domstolens praksis, at det for en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen, ”på ingen måde [er] nødvendig” at undersøge aftalens sandsynlige virkninger for konkurrencen nærmere, uanset om de er faktiske eller potentielle eller negative eller positive. Evt. positive virkninger for konkurrencen hører alene hjemme i vurderingen af, om en sådan aftale kan individuelt fritages efter TEUF artikel 101, stk. 3.

Der er i rådets afgørelse i behørigt omfang taget højde for relevante forhold vedrørende de enkelte individuelle værkers konkrete ageren. Det bemærkes, at det er tilstrækkeligt, at den enkelte virksomhed deltager i overtrædelsen på sin egen måde. En virksomhed, der ved egne handlinger har deltaget i en aftale, som har til formål at bidrage til gennemførelsen af en overtrædelse i sin helhed, kan derudover være ansvarlig for de handlinger, som andre virksomheder har foretaget som led i den samme overtrædelse, for så vidt angår hele det tidsrum, hvor virksomheden har deltaget i den, jf. f.eks. Domstolens dom af 24. juni 2015 (Bananas).

Sagens materiale viser, at værkerne var fuldt ud bekendt med indholdet af aftalen med Effekthandel og formålet med puljeordningen, og at virksomhederne ved sin deltagelse i puljeordningen havde til hensigt at bidrage til fællesmålet om at hæve priserne på mFRR i Vestdanmark (DK1). Værkerne er dermed – på lige fod med de andre værker og Effekthandel – (med)ansvarlig for overtrædelsen af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, i den periode, værkerne deltog i aftalen.

Undtagelsen i konkurrencelovens § 5 finder ikke anvendelse på aftalen mellem de 49 værker og Effekthandel, idet puljeordningen ikke udgør en andelsvirksomhed i henhold til § 4 i lov om erhvervsdrivende virksomheder, jf. § 5 i bekendtgørelse nr. 1029 af 17. december 1997. § 5 i bekendtgørelsen om konkurrencelovens § 5's anvendelsesområde har ikke til formål at undtage horisontale aftaler, der begrænser konkurrencen, fra forbuddet blot sådanne aftaler varetager deltagernes fælles interesser. Det følger af fast retspraksis, at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler også omfatter tilfælde, hvor virksomhederne koordinerer deres adfærd gennem institutionelle samarbejder. Puljeordningen kan således ikke undtages fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, alene fordi der er tale om en puljeordning, der ifølge klagerne har lighed med en andelsvirksomhed. Puljeordningen skal således opfylde alle betingelserne i § 5 for at kunne undtages fra forbuddet.

Konkurrencerådet har alene taget stilling til den første betingelse (at der skal være tale om en andelsvirksomhed), da der er tale om kumulative betingelser, og rådet har fundet, at denne betingelse ikke er opfyldt. Konkurrencerådet bemærker for god ordens skyld, at rådet ikke har indikeret, at puljeordningen havde været lovlig, hvis Effekthandel havde været oprettet som et egentligt andels-selskab og/eller havde bistået de 49 værker med andre ydelser end indmelding og koordinering af priser.

Aftalen er ikke omfattet af den vertikale gruppefritagelse og opfylder ikke betingelserne for en individuel fritagelse. Fritagelsen i artikel 2, stk. 1, finder alene anvendelse på vertikale aftaler, og der er som nævnt tale om én fælles horisontal aftale. For så vidt angår en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, påhviler bevisbyrden for, at puljeordningen har effektivitetsfordele, klagerne. Denne bevisbyrde er ikke løftet. Det forhold, at det vil kræve et betydeligt analysearbejde for klagerne at påvise de angivelige effektivitetsgevinster, fritager ikke klagerne for at løfte denne bevisbyrde.

Spørgsmålet om klagernes gode tro er ikke relevant for nærværende sag og kan kun have betydning i forhold til spørgsmålet om eventuel bødeudmåling. Klagernes gengivelse af styrelsens vejledning er i øvrigt misvisende, og det er forkert, når klagerne anfører, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skulle have givet udtryk for, at puljeordningen ikke er i strid med konkurrenceloven. Konkurrencerådet er endvidere ikke enig i den advokatvurdering Effekthandel har indhentet, som beror på en grundlæggende forkert tilgang til spørgsmålet om horisontale aftaler.

Endelig bestrides, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sagsbehandling har været mangelfuld, da styrelsen har forholdt sig til parternes indsigelser. De bestrides endvidere at styrelsens kontrolundersøgelse var unødvendig og uproportional, at styrelsens bødeforelæg var ulovlige og udtryk for magtfordrejning, og at kontorchefen hos styrelsen var inhabil.

Konkurrenceankenævnets begrundelse og resultat

Denne sag angår Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023, hvorved Konkurrencerådet traf afgørelse om, at 49 kraftvarme- og regulérkraftværker (herunder Værkerne) havde overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1. Ved den pågældende aftale faciliterede Effekthandel ApS en fælles puljeordning, hvorved de 49 værker i varierende perioder og omfang uddelegerede deres prissætning på mFRR i Vestdanmark (DK1) til Effekthandel.

Det centrale spørgsmål i sagen er, hvordan Effekthandels prissætning af Værkernes kapacitet i mFRR-kapacitetsauktionerne skal kvalificeres konkurrenceretligt, herunder om en eller flere af de påberåbte undtagelser til forbuddet mod at indgå konkurrencebegrænsende aftaler kan finde anvendelse.

Effekthandel og Værkerne har overordnet gjort gældende, at aftalegrundlaget mellem Effekthandel og Værkerne ikke kan ansues som én samlet horisontal aftale, ligesom de bestrider, at formålet med puljeordningen var at begrænse konkurrencen.

Effekthandel har indgået en række parallelle aftaler med Værkerne om uddelegering af prissætning på mFRR i Vestdanmark (DK1) i en fælles puljeordning. Aftalerne er alle baseret på forskellige versioner af Effekthandels aftaleskabelon. Af aftalerne fremgår, at Effekthandel får adgang til at prissætte den produktionsmængde, som Værkerne selv melder ind i markedet for mFRR, og at Værkerne ikke selv i aftaleperioden må indmelde priser i markedet. Det følger desuden af aftalerne, at en række andre værker deltager og skal have andel i puljeordningens fælles indtjening efter en fordelingsnøgle.

I overensstemmelse med de indgåede aftaler brugte Effekthandel Værkernes indmeldte kapacitet til – med Værkernes accept – at fastsætte priserne på det samlede bud bestående af en mængde (sat af Værkerne) og en pris (sat af Effekthandel). Buddene blev via en produktionsbalanceansvarlig aktør videreformidlet til Energinet, som afholder mFRR-kapacitetsauktionerne. Dermed varetog Effekthandel Værkernes prisfastsættelse og koordinerede de konkurrerende værkers priser og bud.

Den bagvedliggende strategi for puljeordningen bygger på ”pay-as-clear”-formatet i mFRR-kapacitetsauktioner, hvor Energinet accepterer de laveste bud, indtil Energinets efterspørgsel på kapacitet er dækket, og hvor alle bud, der accepteres, modtager den samme pris for deres ydelser, som er prisen på det højeste accepterede bud (herefter ”clearingsprisen”).

Effekthandel brugte konkret de deltagende værkers indmeldte bud på kapacitet til at fastsætte priserne på de samlede bud strategisk med henblik på at kunne påvirke clearingsprisen i auktionen i opadgående retning.

Nogle bud blev prissat så højt, at de ikke ville blive accepteret af Energinet i auktionen. Værkerne bag disse bud fungerede som ”prispressere” og blev kompenseret for den manglende indtjening via en fordeling af den samlet set højere indtjening i puljen som følge af den strategiske prissætning af den samlede kapacitet.

Værkerne blev på månedsbasis i en e-mail fra Effekthandel informeret om puljens ageren i markedet. Hver månedsmail indeholdt en fælles månedsopgørelse, hvoraf det fremgik, præcis hvor meget hvert enkelt værk modtog fra puljen, både før og efter den samlede indtjening var blevet omfordelt. Derudover indeholdt Effekthandels månedsmails typisk en beskrivelse af puljens fælles strategi om at hæve priserne på mFRR samt eventuelle nyheder om markedet eller om nye puljemedlemmer. Navnene på alle de deltagende værker fremgik direkte af disse fælles månedsmails, og hvert enkelt værk kunne dermed se, hvem der deltog i puljeordningen.

Derudover har Værkerne modtaget informationsmateriale fra Effekthandel, der beskriver den fælles puljeordning, og hvad det indebærer at være en del af denne, herunder om fordelene ved koordineret prisindmelding. Informationsmaterialet indeholder bl.a. en beskrivelse af formålet med puljen, herunder ønsket om at danne en så stor pulje, at Effekthandel på vegne af Værkerne i højere grad kunne påvirke, hvor prisen skulle ligge og aktivt være med til at presse priserne op.

På denne baggrund finder Konkurrenceankenævnet, at Værkerne har været informeret om aftalernes indhold og formål, herunder at de andre værker deltog i ordningen, og at Værkerne har stillet deres kapacitet til rådighed for puljeordningen med henblik på at bidrage til det fælles formål om at presse priserne op. Værkerne har herved udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet i overensstemmelse med puljeordningens formål, jf. de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 6 (Folketingstidende 1996-97, tillæg A, lovforslag nr. L 172, s. 3657 og Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, lovforslag nr. L 63, s. 1637) samt Rettens dom af 8. juli 2008, AC Treuhand AG (I), T-99/04, præmis 118.

Værkerne er alle aktuelle eller potentielle konkurrenter på det relevante marked for mFRR i Vestdanmark (DK1). Dette gælder også de værker, som er kraftvarmeværker, uanset at disse er underlagt "hvile-i-sig-selv"-princippet.

Konkurrenceankenævnet finder på denne baggrund, at disse isoleret set vertikale aftaler tilsammen danner én fælles horisontal aftale iværksat og faciliteret af Effekthandel. Effekthandel og Værkerne har således i regi af en fælles puljeordning indgået en samlet horisontal konkurrencebegrænsende aftale om koordinering af priser og bud på mFRR i Vestdanmark (DK1).

Det er uden betydning for vurderingen, at Effekthandel ikke er aktiv på produktionsniveau og ikke selv har kapacitet til at byde ind med reservekapacitet på mFRR-markedet. En virksomhed, der agerer som facilitator for virksomheder, der er aktive på samme marked, men som ikke selv er aktiv på samme marked som disse virksomheder, kan pålægges ansvar for en samlet horisontal aftale. Det følger af EU-Domstolens dom af 22. oktober 2015 i sag C-194/14, AC Treuhand AG (II), præmis 33-35 og Rettens dom af 8. september 2010 i sag T-29/05, Deltafina, præmis 48.

Ved efter aftale at koordinere priser og dermed de samlede bud (bestående af mængde og pris) på mFRR i Vestdanmark (DK1) eliminerede Effekthandel og de deltagende værker den priskonkurrence, der ellers burde have været mellem de deltagende værker ved prissætningen i mFRR-kapacitetsauktionen. Effekthandel kunne dermed påvirke prisen på auktionen i opadgående retning og sikre en samlet set større indtjening til fordeling mellem de deltagende værker.

Konkurrenceankenævnet finder, at aftalen mellem Værkerne og Effekthandel om koordinering af priser og bud på mFRR-markedet i Vestdanmark (DK1) efter sit indhold havde til formål at begrænse konkurrencen. Hertil kommer, at det af sagens øvrige materiale, herunder af korrespondance og informationsmateriale fra Effekthandel til Værkerne, fremgår at det objektive formål med aftalen udtrykkeligt var at hæve priserne på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1).

Af de grunde, som Konkurrencerådet anfører, finder Konkurrenceankenævnet endvidere, at den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen er gennemført, bekræfter og understøtter, at aftalens indhold og objektive formål var at begrænse konkurrencen. Der er således ikke karakteristika ved markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1), der kan føre til, at aftalen mellem Effekthandel og Værkerne ikke kan anses at have til formål at begrænse konkurrencen. Effekthandels synspunkter om, at Energinet misbruger sin købermagt som monopol-indkøber af mFRR ved at udføre ulovlig prisdiskrimination mellem Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2), og at puljeordningen har været en nødvendighed for at modvirke den negative effekt på prisniveauet i Vestdanmark (DK1), kan ikke føre til en anden bedømmelse. Heller ikke Effekthandels synspunkt om, at puljeordningen er en direkte eller nødvendig følge af, at Værkerne i medfør af varmemforsyningsloven er underlagt et forbud mod krydssubsidiering, kan føre til et andet resultat.

Det, som Værkerne og Effekthandel har anført om, at målet med de højere priser alene var et middel til at opnå de egentlige formål med puljeordningen, navnlig at Effekthandel på vegne af Værkerne kunne afgive reelle bud i stedet for pseudo-bud på f.eks. 1 kr./MWh og at sikre Værkerne omkostningsdækning med henblik på at kunne opretholde bedre forsyningssikkerhed, samt at Værkerne kunne opnå effektivitet og ressourcebesparelser, ændrer ikke på, at aftalens objektive formål har været at hæve priserne på mFRR i Vestdanmark (DK1).

Af samme grund kan Værkernes anbringender om, at Konkurrencerådet ikke i fornødent omfang har taget hensyn til de enkelte værkers konkrete ageren og formål med at indgå aftalen ikke føre til et andet resultat. Det bemærkes i den forbindelse, at EU-Domstolen har fastslået, at deltagere i aftaler og samordnet praksis i strid med TEUF artikel 101 alle er ophavsmænd til overtrædelsen, selv om deres deltagelse kan have forskellig form. En virksomhed der kun har deltaget i en del af den konkurrencebegrænsende adfærd, som den samlede og vedvarende overtrædelse består af, men som har haft kendskab til den øvrige konkurrencebegrænsende adfærd, eller med rimelighed kunne forudse dette, kan pålægges ansvar for hele den samlede konkurrencebegrænsende adfærd, jf. EU-Domstolens dom af 24. juni 2015 i de forenede sager C-293/13 P og C-294/13 P, Bananas, præmis 156-158, Rettens dom af 8. juli 2008, AC Treuhand AG (I), T-99/04, præmis 131, og EU-Domstolens dom af 8. juli 1999 i sag C-49/92 P, Anic Patecipazioni SpA, præmis 79-80. Det følger desuden af EU-Domstolens dom af 13. december 2012 i sag C-226/11, Expedia, præmis 37, at der ikke gælder et krav om mærkbarhed i forhold til aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen.

Konkurrenceankenævnet finder, at undtagelsen i konkurrencelovens § 5 ikke finder anvendelse på aftalen mellem Værkerne og Effekthandel, allerede fordi puljeordningen ikke har det i lov om erhvervsdrivende virksomheder § 4 angivne formål, jf. § 5 i bekendtgørelse nr. 1029 af 17. december 1997 om aftaler mv. inden for samme virksomhed eller koncern.

Allerede fordi den vertikale gruppefritagelsesforordning ikke finder anvendelse på horisontale aftaler, er parternes aftale om koordinering af priser og bud ikke omfattet af den vertikale gruppefritagelse.

På den ovennævnte baggrund og i øvrigt af de grunde som Konkurrencerådet anfører, finder Konkurrenceankenævnet, at aftalen mellem Værkerne og Effekthandel ikke opfylder betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3.

Effekthandel og Værkernes synspunkt om, at de var i god tro om puljeordningens lovlighed, er uden betydning for afgørelsen af, om der er sket overtrædelse af de konkurrenceretlige regler.

Der er i øvrigt ikke forhold i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning og sagsbehandling, der kan føre til et andet resultat.

Sammenfattende finder Konkurrenceankenævnet, at der foreligger én samlet horisontal aftale mellem Effekthandel og Værkerne om koordinering af priser og bud på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1), der i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og nr. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c, har haft til formål at begrænse konkurrencen. Aftalen falder ikke ind under en gruppefritagelsesforordning og opfylder hverken betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3, eller konkurrencelovens § 5.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023 stadfæstes.

Rasmus Kristian Feldthusen

Birgitte Sloth

Karsten Engsig Sørensen

Jan Schans Christensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Konkurrenceankenævnet den 30. oktober 2024

Heidi Thorsen

kontorfuldmægtig