SØ- OG HANDELSRETTEN
DOM

afsagt den 25. november 2025

Sag BS-62552/2023-SHR

Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A.
(advokat Pernille Brandhøj Truelsen)
(advokat Malene Blom Sillesen)
(advokat Erik Bertelsen)

mod

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
(advokat Jacob Pinborg)
(advokat Christina Simone Heiberg-Grevy)

Denne afgørelse er truffet af vicepræsident Harald Micklander (retsformand), vicepræsident Jette-Marie Sonne, dommerfuldmægtig Lea Dolmer og de sagkyndige medlemmer Asger Lunde og Preben Sunke.

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen, der er anlagt den 20. december 2023, er en prøvelse af Konkurrencerådsafgørelse af 25. oktober 2023 om, at Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A. i en periode fra den 22. september 2020 til den 31. december 2020 som et af 49 kraftvarme- og regulérkraftværker og Effekthandel ApS havde overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og nr. 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 mFRR i Vestdanmark (DK1). Desuden skal der i tilfælde af, at der foreligger en overtrædelse

af konkurrencelovens § 6, eventuelt pålægges en civil bøde, jf. konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1.

Efter retsplejelovens § 254, stk. 1, er den foreliggende sag sambehandlet med BS-62295/23-SHR, BS-62314/2023-SHR, BS-62568/2023-SHR, BS-62677/2023- SHR og BS-28637/2024, der alle tilsvarende drejer sig om en prøvelse af Konkurrencerådsafgørelsen af 25. oktober 2023, samt BS-63942/2024, som er en prøvelse af kendelse af 30. oktober 2024 fra Konkurrenceankenævnet. Parterne i de sambehandlede sager er ud over konkurrencemyndighederne Bramming Fjernvarme amba, Brøns Kraftvarmeværk a.m.b.a., Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A., Jetsmark Energiværk amba, Ø Brønderslev Fjernvarmeværk, Brønderslev Varme A/S og Effekthandel ApS.

Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A. har nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023 om priser på mFRR i Vestdanmark (DK1) ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling og afgørelse i Konkurrencerådet.

Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A. har over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens selvstændige bødepåstand nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært nedsættelse.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har nedlagt påstand om frifindelse.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har desuden nedlagt selvstændig påstand om, at Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A. skal betale en civil bøde på 240.000 kr.

Oplysningerne i sagen

Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A (herefter Hvide Sande) er en forbrugerejet virksomhed.

Den foreliggende sag er en prøvelse af Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2025, hvor Konkurrencerådet fandt, at 49 kraftvarme- og regulérkraftværker (herefter Værkerne), herunder Hvide Sande, samt Effekthandel ApS (herefter Effekthandel) havde overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved at have indgået en horisontal aftale om koordinering af priser og bud på el-markedet for Manual Frequency Restoration Reserve (mFRR) i Vestdanmark (DK 1). Af Konkurrencerådets afgørelse fremgår blandt andet:

> "…
>
> **1. Resume**

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.

2. Afgørelse

18. Konkurrencerådet træffer følgende afgørelse:

19. Det meddeles
…

» Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A.,
…

at disse har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og nr. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c, ved i perioderne, jf. punkt 20 nedenfor:

at have indgået en konkurrencebegrænsende aftale om koordinering af priser og bud på mFRR i Vestdanmark (DK1).

20. Den i punkt 19 nævnte overtrædelse har fundet sted i følgende perioder:
…

» fra den 22. september 2020 til den 31. december 2020 for Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A.,
…

22. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. punkt, jf. § 16, stk. 1 og TEUF artikel 101, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, jf. § 14 a, påbyder Konkurrencerådet… Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A.,…

» straks at bringe den i punkt 19 nævnte overtrædelse til ophør, såfremt dette ikke allerede er sket,
» fremover at afstå fra adfærd, der har samme eller tilsvarende formål eller følge som beskrevet i punkt 19, og
» senest 10 hverdage fra Konkurrencerådets afgørelse at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for ophør af deltage

i Effekthandels puljeordning. Dokumentation kan fx ske ved at fremsende kopi af udmeldelse af puljen.

3. Sagsfremstilling

3.1 Indledning

23. Denne sag handler om, hvorvidt Effekthandel ApS (herefter "Effekthandel") og en række kraftvarme- og regulérkraftværker (herefter "de 49 værker") har koordineret priser og bud på mFRR ved, at Effekthandel i en puljeordning har forestået de 49 værkers prisindmeldinger i den daglige mFRR-kapacitetsauktion i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

24. Styrelsen foretog den 5. maj 2021 kontrolundersøgelser hos [xxx]. Det skete på baggrund af en klage fra Energinet, der ifølge Energinet tydede på, at der var indgået en kartellignende aftale på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1), da Energinet oplevede en anormal udvikling i priserne på mFRR i Vestdanmark (DK1). På to specifikke dage oplevede Energinet således, at der var indmeldt 44 identiske prisbud på mFRR fra 44 forskellige udbydere. Disse bud var ifølge klagen indmeldt af Effekthandel på vegne af udbyderne.

25. Styrelsen sendte den 26. januar 2022 en meddelelse om betænkeligheder ("MOB") til Effekthandel og de 49 værker. De fremsatte betænkeligheder vedrørte en hypotese om, at:

> *"Effekthandel ApS har samarbejdet med en lang række kraftvarmeværker om at indmelde priser på mFRR-reservekapacitet i DK1 på vegne af disse. […], [den enkelte part] og de øvrige virksomheder har indgået i aftale og/eller samordnet praksis om koordinering af priser på mFRR-reservekapacitet i DK1 i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1."*

26. Styrelsen afholdte et møde med Effekthandel den 16. februar 2022, hvor Effekthandel afgav mundtlige bemærkninger til styrelsens meddelelse om betænkeligheder. Effekthandel fremsendte den 4. marts 2022 en skriftlig, supplerende redegørelse for det relevante marked og Effekthandels forretning.

27. Styrelsen afholdte på opfordring af en række af sagens parter et virtuelt informationsmøde den 8. april 2022, hvor en række af sagens parter deltog.

28. Styrelsen afholdte en række individuelle møder med sagens parter. Styrelsen afholdte møde… den 28. april 2022 med Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A.,…

29. Styrelsen sendte den 22. februar 2023 en klagepunktsmeddelelse i høring hos Effekthandel og sagens øvrige parter. Styrelsen modtog den 11.

april 2023 samt den 23.-25. august 2023 parternes skriftlige bemærkninger til styrelsens klagepunktsmeddelelse.

30. På Konkurrencerådsmødet den 15. september 2023 forelagde en række af sagens parter deres mundtlige bemærkninger til styrelsens klagepunktsmeddelelse. Der var i det væsentligste tale om en gengivelse af parternes skriftlige bemærkninger af den 11. april 2023 samt den 23.-25. august 2023.

3.2 De involverede virksomheder

…

3.2.1 Effekthandel ApS

32. Effekthandel (CVR-nr. 40741798) er et anpartsselskab, der blev stiftet den 27. august 2019, og har ifølge sine vedtægter til formål, "*på vegne af el-produktionsvirksomheder, at handle med effekt i el-markedet*". Effekthandel er placeret i Ikast.

33. Effekthandel driver en pulje, der ifølge Effekthandel er opbygget som en andelsforening, hvor puljen deler ansvar og fordele på en gennemsigtig måde og ud fra objektive kriterier.

34. Selskabet ejes med 75 pct. af FSG Holding ApS, der ultimativt ejes af Finn Stouby Grønkjær ("Finn Grønkjær"), og med 25 pct. af B.V. Averhoff Consult ApS, der ultimativt ejes af Bjarne Vestergaard Averhoff. Finn Grønkjær er direktør i Effekthandel.
…

3.2.23 Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A.

98. Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A. (CVR-nr. 69914128) (herefter "Hvide Sande Fjernvarme") er et forbrugerejet selskab. Selskabets hovedformål er at etablere energiproduktionsanlæg samt at distribuere energi i Ringkøbing-Skjern Kommune.

99. Generalforsamlingen er selskabets øverste myndighed. På den ordinære generalforsamling vælges bestyrelsen, som har den overordnede ledelse af selskabet og alle dets anliggender.

100. Hvide Sande Fjernvarmes tidligere driftsleder, Martin Halkjær Kristensen, har den 22. september 2020 indgået aftale med Effekthandel om indmelding af pris i markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1) på vegne af Hvide Sande Fjernvarme. Hvide Sande Fjernvarme opsagde aftalen med Effekthandel den 24. november 2020.
…

3.2.51 Energinet

188. Energinet (CVR-nr. 28980671) er en selvstændig offentlig virksomhed under Klima-, Energi- og Forsyningsministeriet reguleret i lov om Energinet. Energinet ejer det danske el- og gasnet og er ansvarlig for at opretholde forsyningssikkerheden i Danmark, og dermed at sørge for at alle i landet har strøm i stikkontakten. Energinets formål er at sikre en effektiv drift og udbygning af den overordnede infrastruktur på el- og gasområdet og at sikre åben og lige adgang for alle brugere af nettene.

189. Energinet er Danmarks systemansvarlige transmissionsvirksomhed (TSO), og har ansvaret for, at der er balance mellem produktion og forbrug i energisystemet døgnet rundt, så el-nettet altid holder den elektriske spænding på 50 hertz. Energinet skal desuden skabe rammerne for et velfungerende el-marked, der sikrer både forbrugere og producenter fair priser og fremmer energiløsninger.

190. Økonomisk regulering af Energinet er baseret på et *hvile-i-sig-selv*-princip. Det betyder, at der hos energiforbrugere opkræves tariffer, hvor alle nødvendige omkostninger forbundet med drift og udvikling af nettene mv. indregnes. Nødvendige omkostninger er de omkostninger, som Energinet afholder ud fra driftsøkonomiske overvejelser for at opretholde en effektiv drift. Energinets regnskabsmæssige resultat over tid vil være nul, når der ses bort fra forrentning af egenkapital.

191. At Energinet i dag er underlagt et økonomisk *hvile-i-sig-selv*-princip, hvor udgifterne krone for krone matcher indtjeningen, medfører, at stigende omkostninger vil skulle opkræves gennem tariffer. Stigende omkostninger for Energinet (eksempelvis grundet højere priser på mFRR) får således ikke direkte betydning for forbrugerne, men kan have en indirekte betydning for forbrugerne, hvis det medfører højere forbrugertariffer.

192. Energinet er eneindkøber af mFRR i Danmark.

193. Den 21. januar 2021 fremsendte Energinet en klage til styrelsen, 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. Energinet indhentede derefter oplysninger fra produktionsanlæggenes balanceansvarlige aktører, [balanceansvarlig aktør] og [balanceansvarlig aktør], da Energinet i sin rolle som PPAT (persons professionally arranging transactions) overvåger el-markederne i relation til Europa-Parlamentets og Rådets forordning nr. 1227/2010 af 25. oktober 2011 om integritet og gennemsigtighed på engrosenergimarkederne (REMIT-forordningen). Det påhviler Energinet som PPAT, straks at underrette den nationale regulerende myndighed (Forsyningstilsynet), hvis Energinet har en begrundet mistanke om, at en transaktion er i strid med forbuddene i REMIT-forordningen mod insiderhandel eller markedsmanipulation og at etablere og opretholde effek-

tive ordninger og procedurer til at identificere overtrædelser af disse forbud.

194. I forbindelse med at Energinet indhentede oplysninger fra de produktionsbalanceansvarlige aktører i medfør af sin rolle som PPAT, modtog Energinet identiske svar fra Effekthandel på vegne af anlægsejerne, hvoraf det fremgik, at anlægsejerne har uddelegeret prissætningen af produktionsejernes mFRR til Effekthandel [Note 206: " Jf. bilag 1, uddrag af Energinets klage til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af den 21. januar 2021, bevis 1 og 2."].

3.3 Markedsbeskrivelse

195. Denne sag vedrører salg af mFRR i Vestdanmark (DK1) i perioden september 2019 til i hvert fald august 2022. Nedenstående beskrivelse af markedet tager derfor udgangspunkt i denne periode samt den foranliggende periode fra 2010 og indtil 2023. Der kan derfor efterfølgende være sket ændringer på markedet, som ikke er beskrevet her.

3.3.1 Introduktion til el-systemet

196. Industrielle maskiner, elektroniske husholdningsapparater mv. er produceret således, at de som hovedregel kun fungerer, når der er en spænding på 50 hertz i el-systemet. Det er derfor vigtigt for forsyningssikkerheden, at der konstant er et spændingsniveau på 50 hertz. Hvis forbruget og produktionen af el ikke er i balance medfører det, at spændingen ikke er på 50 hertz, og dermed vil der forekomme ubalancer i el-systemet.

197. I værste fald vil en ubalance i el-systemet kunne forårsage et systemnedbrud, og at forbrugerne derfor ikke har strøm i stikkontakterne. For at sikre, at spændingen forbliver på 50 hertz, skal produktion og forbrug af el være lige store, da ubalancer opstår, når produktion og forbrug ikke er lige store.
…

199. En ubalance kan eksempelvis opstå, hvis forbruget af el overstiger det forventede forbrug, som produktionen er baseret på. I denne situation overstiger forbruget produktionen af el, og elnettet er dermed ikke i balance. En anden årsag kunne være, at et værk ikke kan levere den el, værket har solgt produktionen af, således at der produceres mindre el, end der forbruges, og at der derfor er ubalance i el-nettet.

200. Energinet er Danmarks systemansvarlige transmissionsvirksomhed (TSO), og er den virksomhed, der 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.

201. I de tilfælde, hvor der er ubalance i el-nettet, eller hvor Energinet forudser, at der kan forekomme ubalancer, har Energinet behov for at kunne tilpasse produktionen eller forbruget. Det kan ske ved enten at øge eller reducere produktionen eller forbruget af el for at genskabe balancen mellem produktion og forbrug.

202. Energinet er således ansvarlig for at indkøbe systemydelser, der kan sikre dem mod, at elnettet kommer i ubalance.

203. Det danske el-system består af to budområder, Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2), forbundet af Storebæltsforbindelsen. De to budområder er teknisk sammenkoblet med hver deres synkronområde, henholdsvis Kontinental Europa og Norden. Et synkronområde er ensbetydende med, at der er samme frekvens for vekselstrømsforbindelserne i transmissionssystemet i hele området. At Øst- og Vestdanmark er dele af forskellige synkronområder medfører, at de er underlagt forskellige krav og har forskellige systemydelser. Synkronområderne Kontinental Europa og Norden, og dermed Øst- og Vestdanmark var indtil 2010 ikke forbundne. Energinet satte i august 2010 en fast jævnstrømsforbindelse over Storebælt i drift, Storebæltsforbindelsen, som binder de to budområder sammen, hvilket medfører, at der kan udveksles strøm mellem de to budområder.

204. Storebæltsforbindelsen har en kapacitet på 600 MW, hvorfor der er en naturlig begrænsning på mængden af strøm, der kan transporteres igennem kablet.

205. Energinet køber således systemydelser i både Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2) for at kunne dække ubalancer i hvert budområde.

206. Ligesom det nationale transmissionsnet i Øst- og Vestdanmark er forbundet af Storebæltsforbindelsen, er det danske el-net fysisk integreret med vores nabolande gennem større el-forbindelser. Forbindelserne, der går til Sverige, Norge, Tyskland og Holland, drives og ejes i fællesskab af Energinet og de pågældende nabolandes systemoperatører (TSO'er).

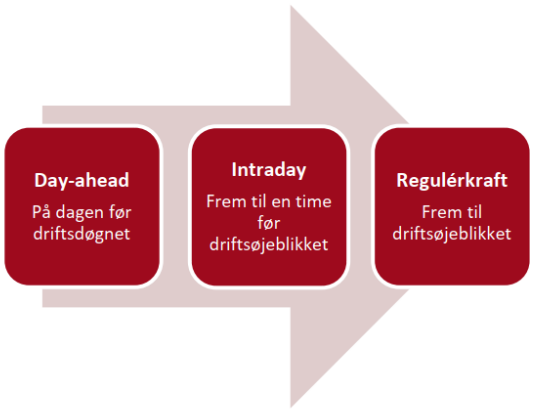
207. Det er dog ikke udelukkende Energinet, der er aktiv i den danske el-sektor. Den danske el-sektor beskæftiger aktører i alle led af værdikæden, lige fra udvinding og produktion, over transmission og handel, til distribution og detailsalg. Den konkurrenceudsatte del af el-sektoren består i produktion og handel med el, herunder detailsalg af el, mens transmissions- og distributionsnettene er naturlige monopoler, som bliver anvendt til transport af el.

208. Den konkurrenceudsatte del af el-markedet kan opdeles i et engrosmarked og et detailmarked. På detailmarkedet sælger el-leverandører strøm til forbrugere af el (slutbrugere). Engrosmarkedet er det marked, hvor el-producenter udbyder deres strøm via balanceansvarlige aktører på el-børser, og andre balanceansvarlige aktører indkøber strøm på vegne af

el-leverandører, som i sidste ende sælger strømmen videre til slutbrugerne. En oversigt over den danske el-sektors værdikæde fremgår af Figur 3.1.
…

209. De forskellige engros el-markeder er illustreret i nedenstående figur, som viser tidspunktet for handel med strøm frem til det tidspunkt, hvor strømmen skal bruges. Størstedelen af den strøm, der forbruges i Danmark, handles på det fælleseuropæiske day-ahead marked.

Figur 3.2 **Oversigt over dele af engrosmarkedet**



Anm.: Før handel på day-ahead-markedet foregår der en række handler med el på finansielle markeder. Figuren viser således udelukkende handel med el på "fysiske markeder" og ikke de finansielle markeder. Regulérkraft er beskrevet som frem til driftsøjeblikket, idet Energinet har mulighed for at regulere markedet ved brug af systemydelser frem til driftsøjeblikket. Regulérkraft anvendes til manuelt at opretholde balancen i el-systemet og anses således som en systemydelse. Energinet har derfor mulighed for at indkøbe regulérkraft frem til driftsøjeblikket.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

210. Ovenstående Figur 3.2 viser den tidsmæssige opdeling af engrosmarkedet frem til den time, hvor strømmen skal leveres. Al produktion, forbrug og handel med el på engrosmarkedet skal være tilknyttet en balanceansvarlig aktør. For at producenter kan sælge el på markedet, og forbrugere kan købe strøm fra markedet, skal handlen således ikke blot gå igennem en el-børs, men også igennem en balanceansvarlig aktør, hvis opgave er at sikre, at der købes og sælges lige meget strøm. Handel af el foregår derfor som udgangspunkt ikke bilateralt, men gennem en balanceansvarlig aktør, jf. mere herom i afsnit 3.3.2 nedenfor. Det er dog muligt for producenter selv at være en balanceansvarlig aktør, hvorfor disse producenter ikke har behov for at gå gennem en anden balanceansvarlig aktør end dem selv, for at kunne melde bud ind på el-markederne. På den måde indkøber Energinet heller ikke systemydelser direkte igennem aktørerne på markedet, men derimod igennem balanceansvarlige aktører.

3.3.2 Balanceansvarlige aktører

211. Der findes en række balanceansvarlige aktører i Danmark. Som balanceansvarlig aktør kan en virksomhed have balanceansvar for forbrug, produktion og/eller handel.

…

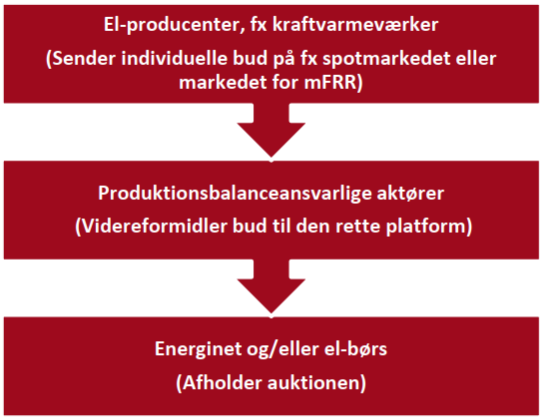
» Balanceansvarlig aktør med produktionsbalanceansvar (PBA) har balanceansvaret for produktionsanlæg samt hertil relaterede aftaler om fysisk el-handel.

…

212. En balanceansvarlig aktør køber og sælger strøm på el-børser og kan varetage balanceansvaret for deres kunder, herunder kraftvarmeværker, der producerer strøm og ønsker at sælge det på en el-børs. Balanceansvarlige aktører med balanceansvar for produktionsanlæg, der leverer el og systemydelser til Energinet, er forpligtigede til at overholde bekendtgørelse om IT-beredskab for el- og naturgassektorerne. De balanceansvarlige aktører er ansvarlige for at holde deres samlede produktion og forbrug i balance. Det vil sige, at de skal købe og sælge lige store mængder strøm.

213. De balanceansvarlige aktører sender dagligt planer ind til Energinet over, hvor meget el de forventer, der bliver produceret og brugt i det kommende døgn hos de producenter og kunder, de er balanceansvarlige for i det kommende døgn. De balanceansvarlige aktører er økonomisk ansvarlige over for Energinet i forbindelse med ubalancer. Den balanceansvarlige aktør afregnes dog blot for den samlede ubalance, således at hvis en ubalance i produktionen bliver tilsvaret af en ligeså stor ubalance i forbruget, som medfører, at der samlet set ikke er ubalance hos den balanceansvarlige aktør, skal den balanceansvarlige aktør ikke betale for ubalancerne. Det er således blot, hvis der er en samlet ubalance hos den balancesvarlige aktør, at Energinet skal kompenseres.

Figur 3.3 **Produktionsbalanceansvarliges rolle i el-markederne**



Note: Figuren viser, at de produktionsbalanceansvarlige aktører modtager bud fra producenter og videreformidler disse til den rette el-børs. Derudover er det den produktionsbalanceansvarlige aktørs rolle at sørge for, at de opretholder balance mellem køb og salg af el.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

214. En produktionsbalanceansvarlig aktør kan modtage bud i form af en bestemt mængde kapacitet og en tilhørende pris fra sine kunder, og den ba-

lanceansvarlige har derefter til opgave at videresende buddene/priserne til Energinet og/eller til den rette el-børs, der afholder auktionen, som beskrevet i Figur 3.3 og eksemplet i Boks 3.1.

Boks 3.1 Eksempel på produktions-balance-ansvarlig aktørers rolle	Eksempel på en produktionsbalanceansvarlig aktørs rolle i mFRR-kapacitetsauktionen. Følgende er et opstillet eksempel på rollen. Tre el-producenter melder kapacitet samt en pris ind på mFRR-kapacitetsauktionen til deres produktionsbalanceansvarlige aktør, som har til opgave at videreformidle buddene til Energinet. » El-producent 1 melder 1 MW ind til en pris på 4 kr./MW » El-producent 2 melder 1 MW ind til en pris på 3,5 kr./MW » El-producent 3 melder 3 MW ind til en pris på 3,75 kr./MW Da ingen af de tre bud for så vidt angår kapacitet er store nok i sig selv til, at de kan meldes ind i mFRR-kapacitetsauktionen (jf. nærmere herom i afsnit 3.3.7.2), puljer den produktionsbalanceansvarlige aktør de tre bud og fastsætter én samlet pris til eksempelvis et vægtet gennemsnit af el-producenternes bud. El-producenterne har således ikke direkte indflydelse på, hvilke andre el-producenter de bliver puljet sammen med eller prisen, som det sammenlagte bud meldes endeligt ind med. Energinet vil i dette eksempel ikke modtage tre forskellige bud, men ét samlet bud fra den produktionsbalanceansvarlige aktør på 5 MW til en pris, der er et vægtet gennemsnit af de tre bud (3,75 kr./MW). Energinet vil derefter acceptere eller afvise buddet i sin helhed efter auktionen er afholdt.

3.3.2.1 Aggregatorer

215. En aggregator er en person, virksomhed eller teknologi, som samler-/aggregerer en mængde af relaterede produkter, her op- eller nedreguleringskapacitet på el-markedet. Aggregatorens funktion for mindre producenter er som udgangspunkt at pulje kapacitet og sælge kapaciteten på el-markederne, da der ofte handles større kapaciteter, end de mindre producenter og forbrugere på markederne kan byde ind med. Energinet er dog fortsat i færd med at definere aggregatorens rolle i forbindelse med elforbrug og indføre denne i reglerne for elmarkedet.

216. Da alle markedsdeltagere er ansvarlige for deres ubalancer, skal aggregatorer som udgangspunkt selv være balanceansvarlige aktører. Aggregatorer kan dog uddelegere dette ansvar til en anden markedsdeltager.

217. De balanceansvarlige aktører kan dermed være eller fungere som aggregatorer på el-markedet. En aggregator har således indgået aftale med en kunde om adgang til at disponere over kundens fleksible forbrug og/eller produktion i elmarkedet. Aggregatoren puljer fleksibilitet fra kunder og omsætter den til ydelser i elmarkedet, herunder opregulerings- og nedreguleringsydelser til Energinet, netselskaber og balanceansvarlige.

218. Aggregatorernes rolle er blandt andet at kunne pulje bud fra mindre produktionsenheder, der gerne vil deltage på et marked, men ikke har kapacitet nok til at opfylde betingelserne for at deltage uden at melde ind med andre producenter. De mindre produktionsenheder indmelder deres individuelle bud til aggregatoren, som videreformidler den puljede kapacitet ind i elmarkedet. Dette gør aggregatoren ved at indmelde puljede bud til Energinet eller andre aktører, alt afhængigt af hvilket el-marked produktionsenheden skal indmeldes på. Aggregatoren køber og sælger derfor ikke el, men videreformidler blot bud. Se herudover eksemplet ovenfor i Boks 3.1.

3.3.3 Day-ahead

219. På *dagen før driftsdøgnet* handles strøm på day-ahead-markedet. Handel foregår gennem europæiske el-børser som fx Nord Pool og EPEX Spot.

220. Day-ahead-markedet er det primære marked for handel af el, hvor mere end 70 procent af elforbruget i Norden handles. På day-ahead-markedet skal der være indmeldt bud senest kl. 12.00 dagen før driftsdøgnet. Det vil sige, at buddene indmeldes til køb og salg af el for det efterfølgende døgn. Senest kl. 13.00 matcher markedsoperatøren alle købs- og salgsbud, og herefter udregnes timepriser for det næste døgn for hele Europa gennem en fælles elprisberegningsalgoritme. Senest kl. 15.00 – efter day-ahead-markedet er lukket – indsender de balanceansvarlige aktører bindende aktørplaner for forbrug, produktion og handel for det efterfølgende døgn. Aktørplanerne godkendes efterfølgende af Energinet, men kan ændres frem til 45 minutter før driftstimen gennem handler på intraday-markedet eller ved bilaterale handler mellem to aktører.

221. Day-ahead-markedet handles på et stort fælles europæisk indre marked, der går fra Portugal til Finland.

222. Buddene på day-ahead-markedet indmeldes på timebasis, eller som blokbud, hvilket er sammenhængende bud på minimum tre timer. Transaktioner på day-ahead-markedet gennemføres per time i det efterfølgende døgn og afregnes efter *pay-as-clear*-princippet, hvorved der udregnes en clearingspris (marginalprisen), som gælder for alle handler for den pågældende time (se en uddybende beskrivelse af auktionsformatet i punkt 258).

223. På grund af flaskehalse i el-systemet, hvor der er en række budområder (i Danmark henholdsvis Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2)), kan elpriserne variere afhængig af produktion, forbrug og tilgængelig kapacitet. Hvis behovet for transmission af el mellem to budområder ligger inden for de kapacitetsgrænser, som systemoperatørerne har fastsat, vil priserne i disse budområder være identiske.

3.3.4 Intraday

224. I driftsdøgnet handles der strøm *frem til en time før driftsøjeblikket* på intraday-markedet, som er et fælleseuropæiske el-marked.

225. Dette marked bruges blandt andet af balanceansvarlige aktører til at handle sig i balance, hvis de efter lukningen af day-ahead-markedet har en ubalance mellem den produktion og det forbrug af strøm, de er ansvarlige for.

226. Intraday-markedet er åbent for handel fra kl. 15.00 efter day-ahead-auktionens lukning og frem til en time før driftstimen. Ligesom på day-ahead-markedet kan buddene indmeldes på timebasis eller som blokbud over flere timer. Intraday-handler gennemføres løbende og afregnes derfor efter *pay-as-bid*-princippet. Det vil sige, at markedet matcher de bedste købs- og salgsbud, hvorefter handlen indgås mellem højeste købspris og laveste salgspris, på first come first servedbasis, ligesom mange kender det fra aktiemarkedet. Handelen foregår som kontinuerlig implicit allokering, hvor timeenergier og transmissionskapacitet handles samtidigt.

3.3.5 Regulérkraft

227. *Efter afslutningen af intraday-markedet og frem til driftsøjeblikket* ligger ansvaret for at balancere el-systemet alene hos systemoperatøren (i Danmark, Energinet), som gennem en række systemydelser kan tilpasse produktionen ved at handle op- og nedregulering hos de balanceansvarlige aktører på regulérkraftmarkedet.

228. Regulérkraft anvendes til manuelt at opretholde balancen (og dermed frekvensen) i det samlede el-system og handles på det fællesnordiske regulérkraftmarked, Nordic Operational Information System (NOIS). På regulérkraftmarkedet kan aktører indgive bud på op- og nedregulering i driftstimen. Der er to muligheder for deltagelse på markedet. Enten har aktøren fået betaling for at stå til rådighed med reserver (det vil sige, at aktøren har fået sit bud på mFRR accepteret, hvorved aktøren er forpligtet til at oplyse en pris for eventuel aktivering af den pågældende kapacitet via opregulering), alternativt kan aktøren afgive frivillige regulérkraftbud, uden at have forpligtet sig forinden til at stå til rådighed i den pågældende driftstime.

229. I løbet af driftstimen aktiveres op- eller nedreguleringsbud i nødvendigt omfang af Energinets kontrolcenter. Der dannes herefter en marginal timepris (regulérkraftprisen) efter samme principper som i day-ahead-markedet, hvorved alle aktiverede bud modtager samme afregningspris per leveret MW. Produktionsenhederne bliver aktiveret i rækkefølge, hvor det billigste værk bliver aktiveret først. Regulérkraftprisen er ens i alle de nordiske prisområder, forudsat der ikke er flaskehalse. Ved flaskehalse beregnes i stedet budområdepriser ligesom i day-aheadmarkedet.

230. Det forventes, at det såkaldte mFRR energiaktiveringsmarked (mFRR EAM) i primo 2025 skal erstatte det eksisterende regulérkraftmarked. Markedet er det nye nordiske energiaktiveringsmarked for mFRR, som blandt andet introducer en ny nordisk platform for automatisk bududvælgelse og budaktivering på 15-minutters basis til erstatning af det nuværende timebaserede regulérkraftmarked.

3.3.6 Systemydelser

231. Energinet indkøber en række særlige produkter kaldet *systemydelser*, som anvendes til at opretholde balancen og stabiliteten i el-systemet. Systemydelser er et samlet begreb for de elproduktions- og elforbrugsressourcer, som står til rådighed, og som aktiveres automatisk eller manuelt. Langt størstedelen af Energinets systemydelser består af reserver og regulérkraft.

232. Energinets portefølje af systemydelser er stor og brugen af dem relativ kompleks. Størstedelen af systemydelserne sikres fra fem forskellige typer reserver, som indkøbes gennem aftaler mellem Energinet og produktions- eller forbrugsbalanceansvarlige aktører. Disse aftaler indeholder bestemmelser om at stille kapacitet til rådighed i en fastdefineret periode.

233. Der er store forskelle på behovet for reserver. I princippet kan el-systemet nøjes med én enkelt hurtigt-reagerende reserve, eksempelvis ved at lade en stor gasturbine balancere produktionen kontinuerligt. De fleste el-systemer kan dog med fordel have en bredere portefølje af reservetyper, både for at øge fleksibiliteten og for at holde omkostningerne til balancering nede. Eksempelvis medfører den høje andel af fluktuerende vindproduktion i Danmark et større behov for balancering.

234. Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2), der er del af hver deres synkronområde, er forskellige i anvendelsen af og behovet for systemydelser og reserver. Tabel 3.1 viser en oversigt over de reservetyper, der anvendes i Danmark i henholdsvis Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2).

Tabel 3.1 **Brugen af systemydelser i Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2)**

Systemydelser	Vestdanmark (DK1)	Østdanmark (DK2)

Fast Freqency Reserve (Primære reserve)		FFR
Frekvensstabilisering (Primære reserve)	FCR	FCR-N/FCR-D
Frekvensgenopretning (Sekundær reserve)	aFRR	aFRR
Balanceudligning (Tertiær reserve)	mFRR	mFRR

…

…

3.3.6.3 mFRR

247. Den "tertiære" reserve mFRR (Manual Frequency Restoration Reserve), eller den såkaldte manuelle reserve, afhjælper store ubalancer og sikrer ved aktivering opretholdelsen af balancen i el-systemet over længere perioder med ikke-planlagte udsving i produktion eller forbrug.

248. Energinet indkøber kapacitet i form af mFRR til at dække eventuelle udfald i el-systemet i både Øst- og Vestdanmark. Da Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2) er tilkoblet hver sit synkronområde, er der forskel i anvendelsen og behovet for mFRR samt måden, hvorpå Energinet indkøber disse reserver (se nærmere om mFRR-kapacitetsauktionen i afsnit 3.3.7.2 nedenfor).

249. Størstedelen af Energinets indkøb af systemydelser består af mFRR. Begrebet dækker over den *kapacitet*, der efter aftale med Energinet reserveres hos aktørerne til manuel balancering af el-systemet i selve driftstimen. Aktører, der har fået deres bud i mFRR-kapacitetsauktionen accepteret, er forpligtede til også at indgive bud på *aktivering* af denne kapacitet i regulérkraftmarkedet. Den indkøbte kapacitet kan således blive aktiveret i regulérkraftmarkedet af Energinet, hvis behovet opstår.

250. Der skelnes således mellem mFRR *kapacitetsbud* og mFRR *energiaktiveringsbud.* Førstnævnte type bud afgives af aktører via deres produktionsbalanceansvarlige aktør i mFRR-kapacitetsauktionen. Aktører, der har fået accepteret deres kapacitetsbud, modtager betaling fra Energinet for at stå til rådighed med sin produktionsenhed. Sidstnævnte type bud afgives af aktører via deres produktionsbalanceansvarlige aktør på det fællesnordiske regulérkraftmarked (snart det såkaldte mFRR energiaktiveringsmarked), jf. afsnit 3.3.5. Aktøren modtager kun betaling for aktivering af Energinet (via deres produktionsbalanceansvarlige aktør), hvis behovet for aktivering reelt opstår.

251. Markedet for mFRR har en mindre teknisk adgangsbarriere, der blandt andet består i, at produktionen skal kunne være fuldt aktiveret indenfor 15

minutter. Det medfører, at en lang række produktionsenheder kan være aktive inden for mFRR, hvorfor udbuddet på markedet er relativt stort.

252. I det følgende beskrives køb og salg af mFRR, herunder Energinets behov for mFRR og Energinets mFRR-kapacitetsauktion i Vestdanmark (DK1).

3.3.7 Køb og salg af mFRR

3.3.7.1 Behovet for mFRR

253. Tilsammen skal aFRR og mFRR kunne dække et udfald af den største enhed i Vestdanmark (DK1), som har en kapacitet på 682 MW. Energinet indkøber 100 MW aFRR over Skagerrak 4-forbindelsen til Norge, hvorfor behovet for indkøb af mFRR er 582 MW. Op til 300 MW heraf dækkes gennem en deling af reserver fra Østdanmark (DK2) via Storebæltsforbindelsen, hvorfor den daglige efterspørgsel på mFRR i Vestdanmark (DK1) er omkring 282 MW. I Østdanmark (DK2) fastsættes indkøbet af mFRR som forholdet mellem den største enhed i Østdanmark (DK2) og Sydsverige. Dette er fastsat til 623 MW, henholdsvis 323 MW *hurtig* reservekapacitet og 300 MW *langsom* reservekapacitet.

254. I perioder med revision af Storebæltsforbindelsen, vil behovet for indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) være højere, da det ikke på disse tidspunkter er muligt at overføre strøm gennem kablet og dække udfald i Vestdanmark (DK1) med mFRR fra Østdanmark (DK2). Det vil typisk medføre, at prisen på mFRR stiger i disse perioder, da en stigning i efterspørgslen alt andet lige medfører højere priser.

255. Udbuddet fra producenterne på auktionen for mFRR er typisk MW og MW i Vestdanmark (DK1). Hvor meget mFRR producenterne udbyder den givne dag, afhænger dog af en række faktorer, som fx day ahead pris, gaspris, varmeforbrug mv. Både centrale kraftvarmeværker, større decentrale kraftvarmeværker, små- og mellemstore decentrale kraftvarmeværker og regulérkraftværker kan deltage i markedet for mFRR, og både produktions- og forbrugsenheder kan levere mFRR. Centrale kraftvarmeværker og større decentrale kraftvarmeværker deltager oftere i markedet, når der er en forventning om høje priser. Små- og mellemstore kraftvarmeværker stiller typisk mFRR til rådighed, når deres gasmotor eller andre produktionsenheder, som både producerer varme og el, ikke anvendes som varmekilder. Disse forskellige typer af aktører har desuden forskellige omkostninger forbundet med at stille mFRR til rådighed.

256. Hvis prisen på mFRR har været høj i det forrige døgn, er det sandsynligt, at der er flere aktører, der deltager på markedet i det efterfølgende døgn, da disse aktører ser en mulighed for potentielt at opnå en høj pris og derfor en høj indtjening i forhold til alternativet at udnytte energikilderne andetsteds.

3.3.7.2 mFRR-kapacitetsauktionen

Vestdanmark (DK1)

257. I Vestdanmark (DK1) indkøbes som hovedregel 282 MW mFRR på daglige kapacitetsauktioner. I Vestdanmark (DK1) indkøbes de 282 MW på et timebaseret dagsmarked. 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 aktørerne. Kl. 10.00 informerer Energinet om de indkøbte mængder og priser (kr./MW).

258. Alle accepterede bud afregnes efter prisen på det dyreste accepterede bud, altså efter marginalprisen, også kaldet *pay-as-clear*-princippet, hvorved der udregnes en clearingspris (marginalprisen), som gælder for alle handler for den pågældende time. Der oprettes således én aggregeret udbudskurve for hver time i døgnet (ligesom på day-ahead-markedet), og alle accepterede bud fastsættes til prisen på det sidste bud, hvor udbud matcher med Energinets efterspørgsel. Derfor modtager alle aktører, der har fået deres bud accepteret, den samme pris per MW, de har stillet til rådighed. Priserne kan svinge fra time til time. Energinet indkøber sædvanligvis ikke nedreguleringsreserver, men har mulighed for at gøre det.

259. Figur 3.4 viser et eksempel på Energinets indkøb af mFRR i en given time. Figuren er et illustrativt eksempel på prisfastsættelsen ved brug af *pay-as-clear*-formatet. Figuren viser, at alle producenter, der har meldt en pris ind på mindre end 5 kr./MW, vil modtage 5 kr./MW i betaling for at have indmeldt bud i mFRR-kapacitetsauktionen. Producenter, der har indmeldt højere bud end 5 kr./MW, vil ikke modtage betaling, da deres bud ikke er blevet accepteret af Energinet.
…

260. Buddene i mFRR-kapacitetsauktionen skulle i perioden 2019-2022 være i størrelsesordenen 5- 50 MW. Energinet er forpligtet til at acceptere eller afvise bud i deres helhed, hvorfor det kan blive nødvendigt for Energinet at lave et overindkøb af mFRR for at dække sin efterspørgsel. Hvis flere bud har den samme pris, og alle disse bud vil kunne opfylde Energinets efterspørgsel (det vil sige de sidste accepterede bud), vil den billigste kombination af bud blive valgt ud fra prisen. Den billigste kombination af bud er den kombination, der sikrer, at Energinet rammer tættest muligt på den efterspurgte mængde. Hvis der er flere mulige kombinationer af bud, som fører til, at Energinet rammer (tættest muligt på) den efterspurgte mængde, som alle har den samme pris, er det tilfældigt, hvilke bud der bliver accepteret.

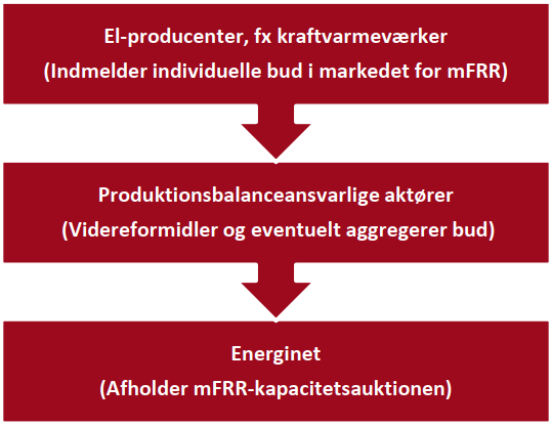
261. Energinet har mulighed for at springe bud over, der er større end 25 MW, hvis det medfører overindkøb i forhold til den efterspurgte mængde.

Det vil sige, at hvis et bud opfylder efterspørgslen, men samtidigt medfører et overindkøb, har Energinet mulighed for at afvise dette bud. Energinet har i denne situation mulighed for at finde en kombination af bud, der som udgangspunkt er dyrere, hvis dette samlet set er billigere end at acceptere buddet på 25 MW eller derover. Det medfører, at der i praksis typisk ikke indmeldes bud, der er større end 25 MW for at undgå denne risiko. Omvendt betyder det også, at Energinet ikke kan springe bud over, der er mindre end 25 MW, hvis de udgør den billigste løsning, selv hvis disse giver anledning til overindkøb.

262. Energinet har en nedre grænse på 5 MW for indkøb af mFRR. Hvis et værk har en kapacitet på mindre end 5 MW, kan værkets produktionsbalanceansvarlige aktør pulje værkets bud med andre bud, der ligger i samme prisklasse. Se hertil Boks 3.1 for eksempel. Et værk kan således ikke afgive et bud alene, hvis værket indmelder en kapacitet på mindre end 5 MW. Dog betyder det ikke, at værket ikke kan melde ind på markedet for mFRR. Hvis et værk indmelder et mindre bud, er værkets produktionsbalanceansvarlige aktør ansvarlig for at pulje buddet, hvilket værket ikke selv har indflydelse på.

263. De produktionsbalanceansvarlige aktører agerer derfor mellemmand for el-producenterne, der indsender bud som videreformidles til Energinet, der afholder auktionen. Budstrukturen for auktionen kan ses i Figur 3.5.

Figur 3.5 **Budstruktur for mFRR**



Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

264. Efter mFRR-kapacitetsauktionen er afholdt får den enkelte aktør oplysning om, hvorvidt deres bud er blevet accepteret, hvor stor en samlet mængde der er blevet indkøbt, og hvad clearingsprisen for den pågældende leveringstime er. Energinet oplyser ikke, hvor stor en mængde, der er blevet budt ind i auktionen, eller hvad andre aktører har budt. Aktører, der

har budt ind i markedet, kan derfor ikke udlede antallet af konkurrenter på markedet efter auktionen.

265. Hvis en aktør får accepteret sit bud i mFRR-kapacitetsauktionen, er aktøren forpligtet til at indgive en pris for aktivering af den accepterede mængde på markedet for regulérkraft. Den pris, som værket har opnået igennem mFRR-kapacitetsauktionen for at stå til rådighed med mFRR, er uafhængig af den pris, som værket kan opnå ved at blive aktiveret til opregulering i driftstimen. Det vil sige, at Energinet typisk betaler aktørerne af to veje, gennem rådighedsbetaling for at reservere en given kapacitet og gennem aktiveringsbetaling for at levere energi til el-nettet. Aktiveringsbetalingen for den leverede energi fastsættes ud fra en fællesnordisk liste over bud på aktiveringspriser (marginalpris). Er der flaskehalse mellem prisområderne korrigeres budlisten for dette.

Østdanmark (DK2)

266. I Østdanmark (DK2) har Energinet indtil 2020 sikret sig den nødvendige mFRR ved et 5-årigt indkøb fra fem forskellige leverandører. Når én af de fem forskellige leverandører ikke kunne levere i henhold til deres aftale med Energinet, har Energinet indkøbt den manglende mængde mFRR ad hoc på dagsbasis i Østdanmark (DK2). Ad hoc mFRR-markedet i Østdanmark (DK2) har været præget af høj markedskoncentration, store overindkøb og relativt høje gennemsnitspriser i forhold til dagskapacitetsauktionen i Vestdanmark (DK1). Grundet dette, samt planer om et nordisk mFRR-marked, implementerede Energinet i januar 2021 et nyt markedsdesign i Østdanmark (DK2), hvor de lange 5-årige kontrakter blev erstattet af måneds- og dagskapacitetsauktioner.

267. Kapacitetsauktionerne i månedsmarkedet følger en tidsplan, hvor aktørerne den 26. kl. 10.00 i hver kalendermåned indsender bud for den kommende måned til Energinet. Aktøren skal angive én pris i DKK/MW og én mængde i MW gældende for alle timer i hele måneden. Prisen angiver den pris pr. MW, som aktøren forlanger for at stå til rådighed med den pågældende mængde i hele måneden. Den 26. kl. 15.00 i hver kalendermåned forud for den kommende måned giver Energinet en tilbagemelding til aktøren om, hvilke bud Energinet har accepteret, samt mængder og priser (kr./MW). Ad hoc indkøbet af mFRR i Østdanmark (DK2) foregår på en dagskapacitetsauktion, der er tilsvarende dagskapacitetsauktionen i Vestdanmark (DK1).

268. Indkøbet af mFRR er undertiden præget af lav kapacitet og høje priser i Østdanmark (DK2) samtidig med rigelig kapacitet og lave priser i Vestdanmark (DK1). Energinet har tidligere foreslået en ny indkøbsmetode, hvor mFRR skal kunne udveksles over Storebæltsforbindelsen for at udligne disse forskelle og derigennem minimere de samfundsøkonomiske omkostninger.

269. Udveksling af mFRR på tværs af budzoner er også et element i den fællesnordiske indkøbsmodel for mFRR-kapacitet, som både Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2) skal være en del af forventeligt tidligst i 2024.
…

3.3.8 Kraftvarmeværker

271. Et kraftvarmeværk er et værk, der producerer både elektricitet og varme, oftest fjernvarme. Kraftvarmeværker omdanner energi fra afbrænding af brændsel til produktion af el og varme. Den primære produktion er el, hvorfra der udnyttes energi til at opvarme fjernvarmevand, der sendes ud til fjernvarmeforbrugere. Der er derfor et tab af el ved samproduktion af varme og el i forhold til, hvis værket udelukkende producerede el. Et kraftvarmeværk kan være et decentralt værk, der typisk er et mindre kraftvarmeværk placeret i et lokalsamfund. Kraftvarmeværker kan endvidere være centrale værker. Centrale værker ligger ofte i større byer, hvor befolkningstætheden er større. Størrelsen på både centrale og decentrale værker kan variere, afhængigt af størrelsen på byerne, de er placeret i. Decentrale kraftvarmeværker forsyner lokalsamfundet med fjernvarme til de husstande, der er tilsluttet fjernvarmenettet. De decentrale kraftvarmeværker er finansieret af de husstande, som er tilsluttet værkets fjernvarmenet og aftager fjernvarme fra værket. Decentrale kraftvarmeværker er typisk organiseret som andelsselskaber eller andelsforeninger.

Boks 3.2 Formålet med kraftvarmeværker	» Et kraftvarmeværks primære formål er at forsyne lokalområdet med varme. Kraftvarmeværker har typisk forskellige varmekilder, de kan producere elektricitet og varme med. Varmekilderne består blandt andet af gasmotorer, gaskedler, elkedler, flisfyrede kedler, solfangere, solvarmeanlæg, varmepumper, overskudsvarme fra nærliggende industri mv. Ikke alle varmekilder bidrager til de decentrale værkers produktion af elektricitet. » Kraftvarmeværker adskiller sig fra både kraftværker og varmeværker. Kraftværker er anlæg udelukkende til elektricitetsproduktionen, og varmeværker er anlæg udelukkende til varmeproduktion. Varmeværker, der udelukkende bruger varmepumper til varmeproduktionen, bruger el frem for at producere el, og er dermed ikke et kraftvarmeværk.

272. Det er forskelligt for de enkelte kraftvarmeværker, hvilke varmekilder/produktionsmuligheder værket har investeret i. Det kan afhænge af geografi, størrelsen på kraftvarmeværket og lokalområdet mv.

273. Mange decentrale kraftvarmeværker har gasmotorer som en del af deres porteføljer. Gasmotorer fungerer ved at forbrænde naturgas. Når dette sker, producerer gasmotoren både varme og elektricitet. Derudover kan

kraftvarmeværker have alternative varmeproduktioner, der også har elektricitet som et biprodukt.

274. For kraftvarmeværker er elektricitet typisk et biprodukt, da værkets primære formål er at producere varme. Varmen leveres til fjernvarmeforbrugere via det lokale fjernvarmenet, mens elektriciteten med hjælp fra en produktionsbalanceansvarlig aktør sælges på en børs for handel med el. Kraftvarmeværkerne kan ved at sælge el fra produktionen helt eller delvist kompensere kraftvarmeværkets udgifter til naturgas og øvrige omkostninger i forbindelse med anvendelsen af gasmotoren.

275. Det betyder, at kraftvarmeværker er aktive på to adskilte områder, henholdsvis salg af varme via fjernvarmenettet og salg af egenproduceret elektricitet via en produktionsbalanceansvarlig aktør.

276. Inden for salg af fjernvarme udgør kraftvarmeværker naturlige, lokale monopoler, da en fjernvarmekunde kun kan aftage varme fra det lokale kraftvarmeværk. Det er derfor ikke muligt for kraftvarmeværkerne at konkurrere på salg af varme.

277. Kraftvarmeværkernes adfærd på varmemarkedet er blandt andet reguleret i varmeforsyningsloven, som underlægger kraftvarmeværkerne et *hvile-i-sig-selv*-princip, som også omtales som "princippet om nødvendige omkostninger". Princippet består af detaljerede regler for kraftvarmeværkernes prisfastsættelse af fjernvarme og betyder, at et kraftvarmeværk ved fastsættelse af sine priser for fremstilling og fremføring af fjernvarme kun kan indregne nærmere specificerede, nødvendige udgifter.

278. *Hvile-i-sig-selv*-princippet betyder, at kraftvarmeværker, der opnår et overskud et år, skal sænke priserne for forbrugerne det efterfølgende år, eller investere i nødvendige forbedringer af kraftvarmeværket, for at justere i forhold til tidligere års overskud. Kraftvarmeværkerne drives derfor på baggrund af *hvile-i-sig-selv*-princippet ikke som en virksomhed, der skal generere overskud.

279. Da kraftvarmeværker, der leverer fjernvarme, er underlagt *hvile-i-sig-selv*-princippet, har kraftvarmeværket til formål at producere varme til lavest mulige pris. Et kraftvarmeværk søger derfor på daglig basis at anvende den/de af værkets produktionsmetoder/varmekilder, der er den billigste i drift den pågældende dag, hvilket blandt andet afhænger af forventninger til gas- og elpriser, sol, vind mm. Hvis værket eksempelvis anvender en gasmotor til at producere varme, vil det formentlig skyldes, at værket vurderer, at omkostningen til naturgas fratrukket den forventede indtjening fra salg af el er billigere, end hvis værket anvender alternative varmekilder (eksempelvis varmekilder, som forbruger el til at producere varme). Værkerne oplever derfor en intern konkurrence mellem de forskellige varmekilder, som værket tager højde for, når driftsdagen planlægges.

280. Det indebærer derfor, at alle varmeproducerende enheder ikke nødvendigvis er i brug i forbindelse med varmeproduktionen en given dag.

281. På markedet for salg af egenproduceret elektricitet er det muligt for kraftvarmeværkerne at konkurrere med andre kraftvarmeværker, idet alle værker kan sælge el på markedsvilkår på forskellige markedspladser relateret til handel med elektricitet. Det følger af varmeforsyningslovens § 2 c, stk. 2, jf. § 2, stk. 1, nr. 3, at kraftvarmeanlæg med en el-effekt på 25 MW eller derunder skal levere elektricitet på kommercielle vilkår. Da kraftvarmeværker ikke er naturlige monopoler på salg af el, er kraftvarmeværker således konkurrenter inden for salg af mFRR.

282. I forbindelse med handel med el bidrager salg af el til en øget omsætning for kraftvarmeværkerne, hvilket grundet *hvile-i-sig-selv*-reguleringen på varmeområdet som udgangspunkt medfører, alt andet lige, at kraftvarmeværket kan opkræve lavere varmepriser hos forbrugerne.

283. Kraftvarmeværker, som råder over flere varmekilder, har ikke nødvendigvis brug for at anvende alle varmekilder på samme tid til at producere varme. De varmekilder, som ikke er i brug til produktion af varme, kan dog anvendes til andre formål. Eksempelvis kan et kraftvarmeværk stille sine gasmotorer til rådighed som mFRR for Energinet, når gasmotoren ikke producerer varme. Det er særligt oplagt at stille en gasmotor til rådighed som mFRR, da gasmotorer kan igangsættes til enhver tid ved brug af naturgas, og således ikke afhænger af vind, sol eller andre eksterne forhold.

284. Hvis kraftvarmeværket har behov for at bruge gasmotoren til varmeproduktionen, kan kraftvarmeværket ikke stille motoren til rådighed som mFRR i de pågældende timer, da motoren allerede er i brug, og den el, som motoren producerer, allerede er indregnet i Energinets balancering af elnettet. For at stå til rådighed som mFRR, er det således et krav, at motoren ikke anvendes til andet end at stå standby i tilfælde af akut behov for opregulering.

285. Hvis kraftvarmeværket har en gasmotor til rådighed som mFRR, har værket modtaget betaling for at stå til rådighed, og har således indgivet et energiaktiveringsbud på regulérkraftmarkedet. Værket kan dermed blive bedt om at igangsætte motoren med henblik på opregulering jf. bl.a. punkt 265 ovenfor. Hvis gasmotoren aktiveres til opregulering, begynder denne at producere el, som der er akut behov for, men producerer samtidig varme, der ikke er akut behov for. Kraftvarmeværket kan derfor vælge at slukke eller skrue ned for en af sine andre varmeproducerende kilder for ikke at overproducere unødvendig varme. Kraftvarmeværket kan alternativt overproducere varme og øge indholdet i sine akkumulationstanke, som opbevarer varmt vand og dermed opbevarer varme.

286. Nogle kraftvarmeværker har en gasmotor som deres primære middel til produktion af varme, hvorfor den sjældent bruges til at stå til rådighed

som mFRR, da kraftvarmeværket bruger den til varmeproduktionen og dermed afsætter el i day-ahead-markedet eller prøver at få strømmen afsat i intraday-markedet.

287. Andre kraftvarmeværker har en ældre gasmotor, der ikke længere er en del af værkets primære varmeproduktion, hvorfor gasmotoren ofte står til rådighed som mFRR, da gasmotoren ellers ikke bliver brugt. Det er derfor en mulig ekstra indtjening for kraftvarmeværket at sætte motoren til rådighed som mFRR for Energinet. Motoren skal dog løbende vedligeholdes, så den er i en tilstand, hvor den kan producere el, hvis den af Energinet bliver antaget til aktivering.

288. Udover kraftvarmeværker kan regulérkraftværker også deltage i auktionen for mFRR. Et regulérkraftværk er et værk, der udelukkende sælger sin produktion på el-markederne. Disse værker leverer ikke fjernvarme, og er dermed ikke underlagt *hvile-i-sig-selv*-princippet. Regulérkraftværker skal derfor heller ikke tage hensyn til den optimale produktionsportefølje for at producere den billigst mulige varme.

3.3.9 Situationen på markedet for mFRR i perioden 2018-2022

289. I perioden fra 2004 til 1. januar 2019 modtog de decentrale naturgasbaserede kraftvarmeværker et grundbeløb. Formålet med grundbeløbet var at sikre, at kraftvarmeværkerne fik en vis pris for den el, der blev solgt til elmarkedet. Udløbet af grundbeløbet medførte, at en del af indtægterne for kraftvarmeværkerne faldt væsentligt. Udløbet medførte derfor, at en række kraftvarmeværker, der er naturgasbaserede, måtte hæve varmepriserne.

290. Bortfald af grundløbet havde dog ikke en direkte effekt på priserne i form af højere priser på mFRR, jf. Tabel 3.2.

Tabel 3.2 **Energinets indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) i perioden 2018-2022**

	2018	2019	2020	2021	2022
Samlet indkøb pr. år i mio. kr.	22,5	24,0	23,5	113,0	38,9
Gennemsnit-sindkøb af mFRR i MW pr. time	290	270	288	299	297

Anm.: Tallene for 2022 er baseret på senest tilgængelige information fra Energinet.

Kilde: Styrelsens beregninger baseret på data fra Energinet, https://www.energidataservice.dk/tso-electricity/mfrrreservesdk1

---

291. Det fremgår af Tabel 3.2, at Energinets gennemsnitsindkøb i forbindelse med mFRR-kapacitetsauktionen var nogenlunde konstant i perioden 2018-2020. Tabellen viser dog også, at der var en kraftig stigning i Energinets omkostninger forbundet med indkøb af mFRR fra 2020 til 2021, hvor omkostningerne i forbindelse med indkøbet af mFRR er tæt på femdoblet. Tendensen fortsætter dog ikke i 2022, hvor det kan ses fra tabellen, at omkostningerne for Energinet er større end i perioden 2018-2020, men ikke på niveau med 2021.

292. Det fremgår yderligere af tabellen, at Energinet i gennemsnit indkøbte en lidt større mængde af mFRR i MW pr. time i 2021 og 2022 end i de foregående år, men at indkøbet ikke er markant anderledes.

293. Energinets omkostninger forbundet med indkøb af mFRR varierer typisk fra time til time, da der er en række omstændigheder, der påvirker prissætningen i kapacitetsauktionen. Hvis Storebæltskablet eksempelvis er ude til revision, vil dette typisk påvirke priserne på mFRR i Vestdanmark (DK1), da det medfører, at efterspørgslen stiger fra 282 MW til 582 MW.

294. Det er dog ikke kun omkostningerne til Energinets indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1), der er steget. Energinets indkøb af systemydelser, herunder mFRR i Vestdanmark (DK1), er fra 2020 til 2021 steget fra 935 millioner kr. i 2020 til 1,4 milliarder kr. i 2021. I 2022 steg Energinets omkostninger til systemydelser yderligere til 2,7 milliarder kr.

3.4 Den omhandlede adfærd

295. I det følgende beskrives den adfærd, der har været mellem Effekthandel og de 49 værker på baggrund af materiale, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indhentede under kontrolundersøgelser den 5. maj 2021 hos [xxx] samt materiale indhentet efterfølgende.

296. Det indhentede materiale består af e-mails/e-mailkorrespondancer mellem Effekthandel og de 49 værker. Derudover indeholder materialet en række dokumenter, der beskriver Effekthandels forretningsmodel og grundlaget for denne.

297. Materialet er inddelt i e-mails/e-mailkorrespondancer, underskrevne aftaler og beskrivende dokumenter. Materialet gennemgås kronologisk.

3.4.1 notat om konkurrenceretlig vurdering af Effekthandel ApS' setup af den 30. august 2019

298. har den 30. august 2019 udarbejdet en konkurrenceretlig vurdering af Effekthandels påtænkte setup vedrørende salg af elproducenters kapacitet. vurderer, at Effekthandels påtænkte setup ikke giver anledning til konkurrenceretlige betænkeligheder, særligt fordi aftalen mellem Effekthandel og el-producenterne vurderes at være en vertikal aftale.

299. Følgende fremgår af notatet:

"Introduktion

har foretaget en konkurrenceretlig vurdering af Effekthandel ApS', CVR.nr. 40741798 ("Effekthandel") påtænkte setup vedr. salg af elproducenters kapacitet til , som uddybet nedenfor.

[…]

har forstået de faktiske omstændigheder for det påtænkte setup på følgende måde:

1. Når elproducenter skal afsætte deres el, har de generelt mulighed for enten af sælge på "spotbørsen" (såkaldt day-ahead eller intraday) eller udbyde kapacitet til en rådighedsreserve for manuel opregulering (såkaldt rådighedsmarkedet).

2. Hvis en produktionskapacitet er reserveret til rådighedsreserven, kan denne kapacitet ikke sælges på spot-børsen.

3. Det påtænkte setup er kun relevant ift. rådighedsmarkedet.

har desuden forstået rådighedsmarkedet som fungerende på den måde, at elproducenterne indmelder deres kapacitet elektronisk via web-portal time for time (i såkaldte "time-slots") til produktionsbalanceansvarlige, som indmelder reserverne til Energinet.dk for samme time-slots. Energinet.dk indkøber efter marginalpris-princippet, hvilket dækker over en metode, hvor prisen for rådighedsreserverne bliver fastsat ens for samtlige bydere, svarende til prisen fra den højstbydende, som bliver del af rådighedsreserven. I rådighedsreserven udbyder Energinet normalt et køb på ca. 300 MW per time. Det er derfor givet, at ikke alle bliver del af rådighedsreserven, idet der normalvis findes rådighedsreserver på ca. 1.500 MW i markedet per time.

har herudover forstået, at Effekthandel, som mellemmand, ønsker at sælge elproducenternes reserver til som produktionsbalanceansvarlige. Når Effekthandel varetager udbuddet af producenternes kapacitet i visse time-slots, vil de pågældende elproducenter dermed ikke selv kunne udbyde kapacitet i de samme time-slots til de produktionsbalanceansvarlige. Som mellemmand får Effekthandel af elproducenterne bemyndigelse til at udbyde

deres ledige reservekapacitet til den højst mulige pris til . Effekthandel får – som en kommission – 15 % af den samlede rådighedsbetaling, som producenterne modtager fra .

har endelig forstået, at Effekthandels direktør Finn Stouby Grønkjær tidligere har været direktør og medejer i produktionsvirksomheden Effektmarked.dk. Per 27. august 2019 er Effekthandel oprettet som uafhængig, selvstændig virksomhed med Finn Stouby Grønkjær som majoritetsejer med bestemmende indflydelse. Finn Stouby Grønkjær er ikke majoritetsejer med bestemmende indflydelse i Effektmarked.dk.

<u>konkurrenceretlige vurdering af det ønskede setup</u>
Idet Effekthandel ikke selv er aktiv med produktion af el, er Effekthandel og elproducenterne ikke begge aktive i dette samme led af forsyningskæden. Når Effekthandel varetager udbuddet af producenternes kapacitet i visse time-slots, vil de pågældende elproducenter dermed ikke selv udbyde kapacitet i de samme time-slots til de produktionsbalanceansvarlige. Dermed er Effekthandel og elproducenterne heller ikke begge aktive inden for dette led i forsyningskæden.

Når virksomheder, der indgår aftaler, ikke er aktive i det samme led i forsyningskæden, så vil disse aftaler normalt karakteriseres som vertikale aftaler. Vertikale aftaler giver som udgangspunkt ikke anledning til konkurrencebegrænsninger, hvis begge parter i aftalen har under 30 % markedsandel. Dette gælder dog ikke, hvis der er tale om en aftale med alvorlige konkurrencebegrænsninger, der fx kan være en leverandørs krav om, at forhandleren skal sælge til en bestemt pris eller kun sælge en bestemt mængde. Den konkrete aftale med det påtænkte setup har efter vores vurdering ikke et indhold, som efter gældende konkurrencelovgivning medfører en alvorlig konkurrencebegrænsning i en vertikal aftale.

På baggrund af det oplyste er det vurdering, at Effekthandels påtænkte setup ikke giver anledning til konkurrenceretlige betænkeligheder, særligt fordi aftalen mellem Effekthandel og elproducenterne vurderes at være en vertikal aftale.

I det omfang elproducenterne, som Effekthandel har indgået aftaler med, melder reserver ind i direkte konkurrence med Effekthandel, da vil aftalen mellem Effekthandel og elproducenterne efter omstændighederne kunne karakteriseres som horisontal. Rammerne for at indgå samhandelsaftaler, som er horisontale, altså mellem konkurrenter, er væsentligt begrænset i forhold til aftaler, som er vertikale. Et konkret element i vurderingen af, hvorvidt aftalen kan karakteriseres som horisontal, vil formentligt være, hvorvidt Effekthandel og elproducenterne melder reserver ind på samme time-slots (altså time for time)

[…]"

3.4.2 Aftaler mellem de 49 værker og Effekthandel i perioden 1. september 2019 til 16. januar 2021

300. I perioden 1. september 2019 til 16. januar 2021, har 49 forskellige værker underskrevet grundlæggende ens aftaler med Effekthandel. Af aftalerne fremgår det, at Effekthandel får adgang til at prissætte den produktionsmængde (kapacitet), som værket melder ind på markedet for manuelle reserver (mFRR). Aftalerne indeholder derudover et vilkår om, at værket ikke selv kan indmelde priser i markedet, mens aftalen er aktiv, samt vilkår omkring opsigelse af aftalen mv.

301. En oversigt over, hvornår de forskellige virksomheder har underskrevet en aftale, kan ses i Tabel 3.3 og Tabel 3.4, hvoraf det også fremgår, hvis en virksomhed har opsagt aftalen med Effekthandel.

302. Det fremgår således af aftalerne:

> *"[…] Ved denne aftale tillader [værkernes selskabsnavn] at Effekthandel ApS, får adgang til at prissætte den produktionsmængde som [værkernes selskabsnavn] selv melder ind i markedet for manuelle rådighedsreserver. [Værkernes selskabsnavn], kan ikke, mens denne aftale er gyldig, indmelde priser i føromtalte marked.*
>
> *Balanceansvarlig PBA laver opgørelse og udbetaler til [værkernes selskabsnavn]. Ved aftalens indgåelse tillader [værkernes selskabsnavn], at Effekthandel ApS modtager 15 % i provision af den samlede rådighedsbetaling og at Effekthandel ApS derefter fordeler indtjeningen mellem de deltagende virksomheder, efter fordelingsnøglen, bilag 1, som er vedlagt denne aftale.*
>
> *Opgørelsen medfører enten en opkrævning fra-, eller en betaling til Effekthandel ApS.*
>
> *[Værkernes selskabsnavn] tillader PBA at udleverer adgangskode og password til Effekthandel ApS/Finn Grønkjær, til indmeldingsportalen hos PBA for det, eller de, omfattede anlæg.*
>
> *Adgangen til [værkernes selskabsnavns] indmeldingsportal hos PBA, giver udelukkende Finn Grønkjær/Effekthandel ApS lov til at benytte modulet for prissætning af indlagte MW i manuel rådighed. […]"*

303. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i Tabel 3.3 og Tabel 3.4 oplistet alle værker, der har underskrevet en aftale med Effekthandel. I det følgende vil det fremgå i fodnoter, hvilke værker (identificeret ved nummer fra Tabel 3.3 og Tabel 3.4) der har modtaget det pågældende materiale.

Tabel 3.3 **Oversigt over ind- og udmeldelse af Effekthandels puljeordning**

…

Nummerering	Navn på kraftvarmeværket	Dato for indmeldelse	Kilde for indmeldelse	Dato for udmeldelse	Kilde for udmeldelse
…					
40	Hvide Sande Fjernvarme	22. september 2020	Bilag 2, bevis 40	31. december 2020	Bilag 2, bevis 76
…					

3.4.3 E-mails af den 3. - 26. september 2019: Effekthandel sender følgebrev til en række værker

304. I perioden 3. september 2019 til 26. september 2019 fremsendte Effekthandel grundlæggende ens e-mails til en række værker. Det fremgår af disse e-mails, at Effekthandel har modtaget en advokatredegørelse fra der beskriver, hvorvidt Effekthandel er forenelig med konkurrencereglerne. Advokatredegørelsen er vedhæftet i de fremsendte e-mails. Derudover beskriver Effekthandel, at advokatnotatet har medført ændringer i det påtænkte setup for virksomheden, samt at Effekthandels pulje starter i oktober 2019.

305. Af disse e-mails fremgår følgende:

> *"[…]*
>
> *Nogle af vores potentielle kunder har ønsket en afklaring af hvorvidt handelsportalen og dens setup er forenelig med konkurrencereglerne i Danmark, før de ønsker at deltage.*
>
> *Konkurrencestyrelsen har ikke ønsket at afgive et svar på vores anmodning, men har derimod anbefalet at få en konkurrenceadvokat til at udarbejde et notat om forholdene.*
>
> *Det har vi bedt advokatvirksomheden om at gøre, og deres notat er vedlagt som bilag til dette brev.*
>
> *Notatet har medført visse ændringer, idet Effektmarked.dk ApS, som vi havde regnet med skulle forestå handelsportalen, ikke kan gøre dette uden at komme i en konkurrencemæssig uforenelig situation, som det også fremgår af notatet.*
>
> *Vi har derfor oprette en "ren" handelsvirksomhed "Effekthandel ApS", som skal varetage handelsportalen og sikre at vi opererer i tråd med anbefalingerne i notatet.*
>
> *Som det fremgår af notatet, har Finn Grønkjær bestemmende indflydelse i handelsvirksomheden Effekthandel ApS, - og Bjarne Vestergaard Averhoff har bestemmende indflydelse i produktionsvirksomheden Effektmarked.dk*

Det medfører automatisk et nyt CVR.nr., brevhoved m.m. for handelsvirksomheden og at der skal underskrives en ny aftale, der henviser til notatet.

Den måde handelsportalen er lavet på, bliver der ikke ændret på. Der bliver blot konkretiseret i aftalen, at de produktionsvirksomheder som indgår en aftale med Effekthandel ApS, ikke kan handle selvstændigt i det samme marked som Effekthandel ApS.

Det er vores håb, at vi med de konkurrencemæssige afklaringer kan komme i gang så hurtigt som muligt, og gerne med opstart fra den 1. oktober. Derfor er aftalerne dateret den 01. september, så vi får tid til at få det praktiske på plads med virkning fra den 1. oktober.

Vi håber dermed at vi i løbet af september har opnået at tegne en rimelig mængde aftaler, med en betydelig mængde MW, til at kunne gøre en forskel i markedet ved opstarten i oktober.

[…]"

3.4.4 Beskrivende materiale af den 5. september 2019: Effekthandel forklarer fordele ved samhandlet prisindmelding

306. Det fremgår af nedenstående beskrivelse af Effekthandels puljeordning i starten af september 2019, at der ifølge Effekthandel er en række fordele ved at deltage i et indmeldingsfællesskab.

Effekthandel beskriver, at værkerne sammen har mulighed for at presse bundniveauet op, hvis puljen bliver stor nok ("*op mod 150 MW*"). Effekthandel beskriver videre, at måden at påvirke prisen i markedet, er ved at have et indmeldingsfællesskab, hvor alle i fællesskabet har et ønske om at hæve indtjeningen fra markedet. Derudover beskriver Effekthandel, at værkerne, ved at deltage i puljen, skal tage en fælles risiko for at kunne opnå målet om at hæve priserne, og at risiko og gevinst deles i fællesskabet på en fair og gennemskuelig måde.

307. Effekthandel skriver følgende i materialet af 5. september 2019:

"[…]

For at opnå en effekt af samhandlen, skal vi mindst have indmeldingsretten til op mod 150MW, 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.

[…]

Markedet for rådighedsreserver er konstrueret således, 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. 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 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.*

<u>Hvorfor skal vi deltage i et indmeldingsfællesskab?</u>

- *Ved at melde mange MW ind i markedet i fællesskab, flytter vi mange MW væk fra bunden, hvor der typisk meldes ind til mellem 1 og 3 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 fællesskabet er, at dér deler man både risiko og gevinst på en fair og gennemskuelig måde."*

3.4.5 Månedsopgørelser fra Effekthandel til værkerne

308. Af materialet fra styrelsens kontrolundersøgelse den 5. maj 2021 fremgår, at Effekthandel har udsendt fælles månedsopgørelser fra oktober 2019 til marts 2021 til deltagerne i puljeordningen. Styrelsen har yderligere modtaget materiale, hvoraf det fremgår, at Effekthandel har udsendt månedsopgørelser i perioden marts 2021 til i hvert fald juli 2022.

309. Månedsopgørelserne består typisk af en e-mail, der redegør for de seneste udviklinger i puljeordningens ageren på mFRR-markedet og indeholder et vedhæftet regneark, herunder en fordelingsnøgle. Regnearket opgør resultaterne fra den seneste måneds mFRR-kapacitetsauktioner, hvor det fremgår, hvor mange MW hvert værk i puljen har stillet til Effekthandels rådighed, samt hvilke værker, der har fået bud accepteret i løbet af månedens kapacitetsauktioner. Herefter beregnes, hvorvidt værket skal betale til puljen eller modtage fra puljen. Dette beregnes i henhold til det antal MW, værket har stillet til rådighed i løbet af måneden, og hvor stor en betaling værket har modtaget fra sin produktionsbalanceansvarlige aktør. Derudover modtager Effekthandel provision af puljens indtjening.

310. Effekthandel fremsender disse e-mails indeholdende månedsopgørelser som en fællesmail adresseret til alle puljedeltagere (det vil sige med alle puljedeltagere indkopieret i modtagerfeltet).

3.4.6 Beskrivende materiale om Effekthandel af den 8. januar 2020

311. Effekthandels informationsmateriale fra starten af 2020 forklarer, hvordan Effekthandel kan påvirke prissætningen. Materialet beskriver, hvilken rolle Effekthandel, den produktionsbalanceansvarlige aktør og de deltagende værker har i forhold til hinanden. Det fremgår videre, at Effekthandel mener, at det er nødvendigt at indmelde i fællesskab for at kunne modsvare markedssetuppet. Derudover fremgår det af materialet, at alle skal have et ønske om at hæve indtjeningen fra markedet.

312. Der fremgår blandt andet følgende af materialet:

> *"[…]*
>
> *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 indmeldingsfælleskab?

• 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.

[…]"

3.4.7 E-mail af den 20. januar 2020: Effekthandel sender månedsopgørelse til de deltagende værker i puljen med status

313. Det fremgår af nedenstående e-mail, sendt af direktør for Effekthandel, Finn Grønkjær, til alle værkerne, der har underskrevet en aftale med Effekthandel pr. 20. januar 2020268, at Effekthandel giver en status for december måned og opfordrer puljedeltagerne til at benytte intraday-markedet.

314. E-mailen indeholder en månedsopgørelse, som fordeler puljedeltagernes indtjening fra mFRR-kapacitetsauktionen i den forudgående måned i henhold til puljeordningens fordelingsnøgle. Derudover fremgår det af nedenstående e-mail, at Effekthandel leder efter nye deltagere til puljen.

315. Direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, skriver således følgende e-mail til alle deltagerne i puljen pr. 20 januar 2020:

"Kære alle

Så er der sendt faktura ud til alle for opgørelsen af december måned 2019.
[…]

Jeg har desværre ikke fået nye "kunder" i butikken endnu. Det går trægt og mange giver udtryk for at de er i tvivl om hvorvidt de ønsker at beholde deres motorer, og at deres bestyrelse ønsker en afklaring på netop det spørgsmål, inden de tager beslutning om at deltage i vores pulje.

Det er selvfølgelig forståeligt, så jeg væbner mig med tålmodighed og håber at I gør det samme.

Til jeres information kan jeg berette, at Energinet bruger (læs misbruger) de frivillige bud i Regulerkraft, til at mindske deres indkøb af manuelle rådighedsreserver i DK1.

Når Storebæltsforbindelsen ikke kan "levere" de 300MW som Energinet "deler" med DK2, og de burde indkøbe ekstra rådighedsreserver i DK1, - så undlader de at gøre det med begrundelse i alle de 1000MW frivillige bud som ligger i Regulerkraft.

Forsyningstilsynet er klar over at denne praksis bliver anvendt af Energinet.dk, - men de rider jo ikke samme dag som de sadler!

Derfor kan jeg kun ..... alle i markedet til at undlade at indmelde "frivillige bud i regulerkraft" så vidt det er muligt, og i stedet benytte Intraday. I kan sikkert løse gækkebrevets kode, hvis jeg fortæller, at det er et ord jeg ikke må bruge for Konkurrencestyrelsen.

Med venlig hilsen

Finn Grønkjær"

3.4.8 E-mail af den 25. februar 2020: Effekthandel sender månedsopgørelse og beskriver, at puljen vokser, samt at puljen ofte er prissættende

316. Det fremgår af nedenstående e-mail, skrevet af direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, den 25. februar 2020, sendt til deltagerne i puljen pr. 25. februar 2020, at Effekthandels pulje har været prissættende i en del timer i den foregående måned, samt at Effekthandel opnår vigtig viden omkring markedet. Derudover beskriver Effekthandel, at Effekthandel arbejder på at få puljen til at vokse, og i den forbindelse opfordres deltagerne i puljen til at oplyse Effekthandel om mulige nye deltagere.

317. E-mailen indeholder en månedsopgørelse, som fordeler puljedeltagernes indtjening fra mFRRkapacitetsauktionen i den forudgående måned i henhold til puljeordningens fordelingsnøgle. Direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, skriver således følgende til alle puljedeltagere pr. 25. februar 2020:

"Kære alle

Så er der lidt læsestof til folket i form af nogle få nyheder og en fordelingsnøgle.

Jeg vil starte med byde velkommen til Lars Larsen fra Jerslev Kraftvarmeværk, som er kommet med i puljen fra starten af 2020.

Januar blev prismæssigt hjulpet på vej af et mindre udfald på Storebælt, - for ellers havde der ikke været noget at skrive hjem om i den måned.

Vi har sat prisen i ganske mange timer i januar måned, men har også betalt prisen for det i form af mistede MW.

Så det vi har vundet på gyngerne, har vi mistet på karrusellen, - men har samtidig fået høstet nyttig viden om prisdannelsen i auktionen, som bliver mere og mere værdifuld, det flere MW vi får samlet i vores pulje.

Med hensyn til at hverve nye deltagere til vores pulje, så kan jeg oplyse, at jeg i sidste uge havde et positivt møde med Energi Danmark, - som på linje med vil understøtte vores arbejde med at hæve indtjeningen i rådighedsmarkedet, - så hvis I har nogle kolleger som bruger Energi Danmark som PBA, skal I endelig lade mig det vide, så jeg kan tage kontakt til dem.

Jeg arbejder fortsat med at skaffe nye kunder indenfor kundekreds, og i februar er vi også vokset en anelse, idet Lemvig og Silkeborg har tilsluttet sig fællesskabet, - så de vil være at finde på opgørelsen næste gang den sendes ud.

Til jeres orientering har Energinet udsendt høringsbrev for "fælles" indkøb af manuelle rådighedsreserver i DK1 og DK2 i perioden efter 2020 (kan findes på linket nedenfor), hvor Effektmarked.dk vil afgive høringssvar.

[…]

Med venlig hilsen

Finn Grønkjær"

3.4.9 E-mail af den 25. marts 2020: Effekthandel sender informationsmateriale om Effekthandel til puljedeltagerne

318. Direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, sendte den 25. marts 2020 en e-mail til puljedeltagerne. E-mailen indeholder blandt andet vedhæftet informationsmateriale vedrørende Effekthandels forretning samt et brev om status for puljeordningen.

319. Det fremgår af informationsmaterialet, at puljen er opbygget som en andelsforening, hvorfor gennemsigtighed i puljen er vigtig. Effekthandel beskriver videre, at formålet med at danne en stor pulje er at kunne bestemme mindsteprisen i mFRR-kapacitetsauktionen, og at puljen kan presse priserne op på et acceptabelt niveau. Yderligere beskriver Effekthandel i materialet, at Effekthandel bruger puljedeltagernes værker forskelligt, når Effekthandel indmelder priser, men at bud, der ikke bliver accepteret i kapacitetsauktionen, ikke er spildte, da de bidrager til at danne en højere pris i mFRR-kapacitetsauktionen.

320. Af brevet fremgår det, at der er vækst i puljen, og at puljen kan være prissættende i efteråret, hvis tilvæksten fortsætter. Derudover fremgår det, at Effekthandels prisstrategi vil være mere afdæmpet for en periode, da omkostningerne ved at være prissættende er høj.

321. Direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, skriver således følgende i informationsmaterialet af den 25. marts 2020:

> *"[…]*
> *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 90 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)*
>
> *Hvad vil det sige at deltage i puljeordningen hos Effekthandel?*
>
> - *Deltagerne i puljeordningen overlader prissætningen af rådighedsreserverne i manuel opregulering til Effekthandel, som via adgang til de enkelte deltageres indmeldingssystem indlægges hos deres Produktions Balance Ansvarlig*
> - *Der er ingen fast håndteringsbetaling og ingen binding af produktionsanlægget*
> - *Effekthandel får 15% provision af den månedlige indtjening i markedet*
> - *Den Balanceansvarlige virksomhed afregner til producenten, som den plejer at gøre*
> - *Effekthandel laver en månedsopgørelse med fordelingsnøgle med fuld gennemsigtighed*
> - *Effekthandel laver afregning ud fra fordelingsnøglen, hvor man enten får en opkrævning, eller en betaling*
>
> *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.

Provisionsbetalingen til Effekthandel dækker på ingen måde omkostningerne ved at drive puljen med de nuværende antal MW og de nuværende priser i markedet, - men vi har en forventning om, at en puljestørrelse på 200 – 250MW og en gennemsnitspris på mere end 5 kr./MW/h, vil gøre det muligt at dække omkostningerne ved at drive puljen på sigt.

Jeg håber at denne lille oversigt giver et indblik i hvordan puljeordningen er skruet sammen og vil samtidig opfordre til at indbyde mig til et møde i jeres bestyrelse, så vi sammen kan gennemgå konceptet, med udgangspunkt i jeres varmeværk.

Med venlig hilsen

Finn Grønkjær

Daglig leder og direktør i Effekthandel ApS."

322. I samme e-mail vedhæfter direktør for Effekthandel, Finn Grønkjær, et brev til puljedeltagerne. Brevet til puljedeltagerne indeholder en status på, hvordan det går puljeordningen:

"Kære alle puljedeltagere

[…]

Hvis den tilvækst kan fortsætte de næste 6 måneder, vil vi til efteråret være tæt på den puljestørrelse på 200MW, som jeg mener er nødvendig for at kunne være prissættende, og tilføre puljen en højere gennemsnitsbetaling end i dag. I denne måned har jeg taget kontakt til nogle af de værker, der har Energi Danmark som PBA, - så det bliver spændende at se hvordan de stiller sig til at deltage i vores pulje.

Vi er en samling af meget forskellige anlægstyper og med lige så forskellige driftsmønstre af vores motorer, og derfor svinger vores puljestørrelse også fra time til time, afhængig af blandt andet vind og vejr, - men i gennemsnit ligger vi nu på 85MW indmeldt per time, med flest MW i ydertimerne hvor spotprisen er lav og varmeproduktionen dermed også er fraværende.

Selv om rådighedsmarkedet er påvirket af mange forskellige faktorer, har jeg nu efterhånden godt styr på hvordan mængder og priser bevæger sig hen over den enkelte dag, og også på de udsving der kommer i forbindelse med weekender og på helligdage. Som I kan se i eksemplet i skemaet nedenfor, er

der med de nuværende mængder i puljen en høj pris at betale for at være prissættende. Vi sætter prisen fra klokken 17:00 til 20:00, men får meget få MW fra vores pulje godtaget til prisen. Derfor vil prisstrategien i den kommende periode generelt være lidt mere afdæmpet og kun krydret med sporadiske indslag af galskab. […].

3.4.10 E-mail af den 30. marts 2020: Effekthandel sender månedsopgørelse og oplyser puljedeltagerne om Effekthandels strategi

323. Direktør for Effekthandel, Finn Grønkjær, sendte den 30. marts 2020 en månedsopgørelse til puljedeltagerne. Af e-mailen fremgår der en status for, hvordan det er gået puljen i februar. Derudover indeholder e-mailen information om, at der er høje omkostninger for puljen ved at være prissættende, og at Effekthandel i denne forbindelse mener, at puljen forærer penge til anlæg, der ikke deltager i puljen.

324. Følgende fremgår således af e-mailen:

"Kære puljedeltagere

[…]

Det koster at være prissættende!

Som eksempel kan I se på priserne for 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. Med en puljestørrelse på ca. 200MW er mit bud, at puljen ville have fået 75% af buddene godtaget til 9,33 kr/MW/h, og så vil det være acceptabelt for puljedeltagerne [...]."

3.4.11 E-mailkorrespondance mellem Effekthandel og Finn Johnsen i perioden den 4.-28. august 2020.

325. Det fremgår af nedenstående e-mailkorrespondance, at Finn Grønkjær på vegne af Effekthandel henvender sig til en mulig kunde, som senere melder sig ind i puljeordningen. Effekthandel og Finn E. Johnsen har en korrespondance om puljeordningen, hvoraf det fremgår, at puljens formål er at hæve priserne i rådighedsmarkedet med så lave omkostninger som muligt. Det fremgår videre af e-mailkorrespondancen, at Finn E. Johnsen på vegne af Nordic Energy Invest gerne vil samarbejde med Effekthandel for ikke at trække prisen på markedet ned.

326. Finn Grønkjær, direktør i Effekthandel skriver således følgende e-mail den 4. august 2020 til Finn E. Johnsen, daglig leder af Entro-Gruppen AS:

> *"Hej Finn*
>
> *Jeg har nu analyseret på vores periode med indmeldinger for Entro og Grenå, og jeg kan konstatere at begge parter vil have en fordel ved at handle sammen i puljen, og modsat vil vi handle imod hverandre når vi ikke har sammenfaldende interesser.*
>
> *Jeg vil derfor foreslå, at I laver en prøveperiode som fuldgyldig deltager i puljeordningen for august måned 2020.*
>
> *Så kan I derefter se hvorvidt det kan svare sig.*
>
> *Med venlig hilsen*
>
> *Finn Grønkjær"*

327. Finn E. Johnsen, daglig leder af Entro-Gruppen AS, svarer Effekthandel samme dag:

> *"Hei*
>
> *Som du vet er jeg tilhenger av konseptet og at vi ikke handler mot hverandre. Vi møter en monopolist i andre enden og vi er avhengig av å ikke samles i bunnen.*
>
> *På den annen side mener jeg det er feil at vi skal betale vesentlig mye mer enn andre puljemedlemmer siden vi er så store.*
>
> *Hvis vi kan si [xxx] betaling i prøveperioden tror jeg at jeg skal få eieren med på avtalen. Da får vi erfaring med resultatet og du får erfaring med å introdusere kvantumsrabatt i puljen. I alle andre markeder er det kvantumsrabatt og i kr betaler vi fortsatt mye mer enn de andre.*
>
> *Til din orientering legger jeg våre priser på samme nivå som jeg ser du opererer – jeg er i mot gratispassasjerer. Hvis alle tar sin del av risikoen, tjener alle på det."*

328. Direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, svarer følgende den 6. august 2020:

"Hej Finn

[…]

Jeg kontakter nu Jørgen Løe for at høre hvordan en ejer af et anlæg, med åbne øjne, kan undlade at tjene mest muligt, - og hvis han er lige så stålsat som du er, på at I skal have særbehandling i en andelsbaseret puljeordning, - så slutter samtalen der.

Med venlig hilsen

Finn Grønkjær"

329. Finn E. Johnson svarer Finn Grønkjær samme dag og skriver:

> *"Hei Finn*
>
> *Det må du gjerne gjøre. Uansett synes jeg at vi skal fortsette å samarbeide på ett eller annet nivå. Det dummeste er at vi skal trekke prisen ned i en slags konkurranse.*
>
> *[…]*
>
> *Vi ønsker å stille oss solidariske og ta den risikoen som det medfører – i tro på at begge parter tjener på det i det lange løp.*
>
> *[…]"*

330. Finn Grønkjær svarer Finn E. Johnson samme dag og skriver yderligere til Jørgen Løe og Øyvind Christensen:

> *"Kære Jørgen, Øyvind og Finn*
>
> *[…]*
>
> *Jeres 2 x 25MW er faktisk meget vanskeligere at takle i puljen, end de mange små enheder, - fordi melder ind i blokke af 5MW størrelse, som så bliver godtaget, - eller afvist, i auktionen.*
>
> *Jeres 25MW bliver derimod meldt ind som en samlet størrelse, idet de ikke kan deles op.*
>
> *Dermed bliver jeres 2 anlæg enten godtaget med 25MW, - eller afvist med 25MW. Derfor kan jeres anlæg IKKE bruges til ligge øverst i puljens prisklasse, da de altid vil koste alle 25MW ved en afvisning, - hvorimod alle de øvrige anlæg kan puljes til 5MWbud, hvor der så tabes mindre ved et overbud.*
>
> *En særbehandling kommer derfor aldrig på tale, da hele konceptet er opbygget på andelsprincippet hvor solidaritet og gennemsigtighed er grundpillerne. (Én for alle og alle for én). Se også vedhæftede fil med "anonym afregning".*

Derimod kan % satsen godt ændres for hele puljen, og det vil den blive når vi har hævet prisen så meget i markedet, - og/eller at puljen er blevet så stor, at indtjeningen til Effekthandel overstiger 150 - 200t om måneden. Det vil kræve en puljestørrelse på 200MW og en gennemsnitspris på ca. 8,- kr./MW/h.

Det er vigtigt at pointere, at puljen ikke er lavet for at skrabe penge fra producenterne. Den er lavet for at hæve priserne i rådighedsmarkedet, med så lave omkostninger som muligt.

[…]

Med venlig hilsen

Finn Grønkjær."

331. Finn E. Johnson svarer Finn Grønkjær samme dag og skriver:

"Hei Finn

Jeg har forstått deg dithen at samarbeidet vi hadde i juli ga gode resultater. Kan du si noe mer om det? Det forteller kanskje litt om potensialet vi kan ha sammen om eierne av Grenaa og Effektpartner velger å delta i andelslaget. "

332. Direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, skriver den 28. august 2020 til Finn E. Johnson, Jørgen Løe og Øyvind Christensen:

"Hej Finn, Jørgen og Øyvind

Jeg kan se, at markedet nu har lagt sig til rette på ca. [xxx] dkk./MW/h, hvilket svarer til rundt [xxx] kr. per måned for jeres 50MW.

Hvis vi antager at jeres deltagelse i Effekthandels pulje vil løfte gennemsnitsprisen for puljen op på [xxx] dkk./MW/h, - så vil det betyde at I, i stedet for, har rundt [xxx] kr. per måned for jeres 50MW. Vel at mærke EFTER at I har betalt provision til Effekthandel.

I min verden vil en øget indtjening aldrig være at foragte, - selv om der skal betales for andres arbejde med at øge indtjeningen.

Jeg vil foreslå at du, Øyvind, ringer til mig når du får tid og mulighed for det, så vi kan få en snak om hvordan markedet er skruet sammen, - og mulighederne for at påvirke markedsprisen, både nu, og når/hvis der bliver en sammenkobling med markedet i DK2 efter nytår.

God weekend/helg til jer alle tre

Med venlig hilsen

Finn Grønkjær"

333. Finn E. Johnson svarer Finn Grønkjær samme dag og skriver:

"Hei Finn

Det høres forlokkende ut at du skal klare å løfte prisen til [xxx] DKK/MW/h. Jeg vil gjerne at du begrunner hvordan du skal kunne klare det. På dager som i morgen, har vi kanskje det ene kraftverket med noen timer, det andre ikke i det hele tatt. Vi ligger hø- yere enn priskrysset for i morgen med unntak av 4 timer, hvor vi ligger på markedskryss for det ene kraftverket. Det betyr at vi ikke trekker ned prisen og dermed ville ditt spillerom ikke blitt påvirket av om vi er den del av puljen eller ikke. Slik har det vært siden prisfallet startet."

3.4.12 E-mail af den 2. december 2020: Effekthandel oplyser puljedeltagere om status på markedet

334. Det fremgår af nedenstående e-mail, at direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, forklarer deltagerne i puljen, at Effekthandel forsøger at hæve bundniveauet på markedet, selvom det er omkostningsfuldt. Yderligere fremgår det af e-mailen, at Effekthandels pulje pr. 2. december 2020 indeholder mere end 120 motorer, som kan indmeldes i mFRR-kapacitetsauktionen.

335. Direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, skriver således følgende til alle deltagende værker i puljen pr. 2. december 2020:

"Kære alle puljedeltagere

[…].

De gasmotorer der deltager i spotmarkedet er derfor indirekte med til at generere den høje rådighedsbetaling, som de resterende motorer i puljen tjener ind til fællesskabet, og det var netop grundtanken med puljen.

Der kommer selvfølgelig lave priser igen, - men jeg vil forsøge at hæve bundniveauet også på de "dårlige" dage, selv om det koster for puljen som helhed. Jeg tror nemlig at det kan få flere til at løfte deres mindstepris, så bunden med 1 kroner svinder ind.

Indmeldinger i markedet

Det kan virke mystisk, når I ser at jeres værk er sat til 0,5 kr./MW/h, men det er altså ikke fordi at I er glemt, - men fordi det er en del af en strategi, hvor vi tager lidt i bunden og samtidig presser prisen i toppen.

Nu hvor jeg har mere end 120 motorer at melde ind for, vil der være nogle motorer der står til den samme pris i nogle perioder, - men det er ganske enkelt en nødvendighed, da tastetiden er ganske omfattende når der skal lægges forskellige priser ind på hver enkelt motor for hver dag.

[…]

Vi har nu rundet de 600t i puljen i december, så det ser ud til at slutspurten for 2020 bliver rimelig okay.

Fortsat god december

Med venlig hilsen

Finn Grønkjær"

3.4.13 E-mail af den 25. januar 2021: Effekthandel sender månedsopgørelse og oplyser om puljens strategi

336. Det fremgår af nedenstående e-mail, at direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, oplyser puljedeltagerne om puljens fælles strategi med henblik på at hæve priserne på mFRR. Effekthandel oplyser, at puljeordningens strategi er at anvende nogle af kraftvarmeværkernes anlæg til at presse prisen op, og samtidig anvende nogle af værkernes anlæg til at sikre, at puljen får nogle bud accepteret, som er prissat meget lavt.

337. E-mailen indeholder en månedsopgørelse, som fordeler puljedeltagernes indtjening fra mFRR-kapacitetsauktionen i den forudgående måned i henhold til puljeordningens fordelingsnøgle. Derudover fremgår det af nedenstående e-mail, at Effekthandel er etableret for at være et redskab, der kan benyttes til at hæve rådighedspriserne (mFRR) i markedet generelt med henblik på at bidrage positivt til puljedeltagernes forretninger.

338. Direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, skriver således følgende til alle deltagende værker i puljen pr. 25. januar 2021:

"Kære alle & godt nytår

[…]

Som jeg har skrevet tidligere, er det begrundet i måden jeg melder ind i markedet på, - kombineret med de systemer (eller rettere sagt, mangel på systemer) jeg har til min rådighed, når der skal laves indmeldingsstrategier, - og derfor vil nogle anlæg oftest ligge i "bunden" og dermed blive godtaget i rådighed ganske ofte = mange penge fra PBA.

De anlæg der ligger i mellemgrupperne vil have en del timer godtaget, - og de anlæg der ligger som prispressere i toppen, vil ofte bliv smidt ud over kanten.

Men der er lys forude i tunnelen. I februar måned skal vi teste et API indmeldingssystem for nogle udvalgte værker som har som PBA.

Når vi har det testet grundigt igennem, vil det blive den nye platform jeg har at arbejde med i mit system og I kommer ikke til at se nogen form for ændring i jeres setup med .

Forskellen her i huset bliver, at jeg får et redskab til at håndtere alle puljens (næsten) motorer, - sætte dem i vilkårlige grupper, - og give dem vilkårlige omregningsværdier i forhold til fx spotprisprognose m.v. […]

Dette betyder også noget i forhold til Effekthandels provisionsaftale og hvis februar/marts bliver bare nogenlunde lige så god som de to foregående måneder, vil vi have bragt vores investering i nul på det tidspunkt, - og derfor ændre provisionsandelen til at være som følger fra april måned 2021:

- *Den første mio. kr. i puljen per måned afregnes fortsat med 15%*
- *Den næste mio. kr, i puljen per måned afregnes med 10%*
- *Det efterfølgende beløb i puljen per måned afregnes med 5%*

Vi tror på, at den model fremadrettet kan betale for driften af Effekthandel og samtidig give os mulighed for at udvikle nye ideer og værktøjer, - som fx API indmeldings-systemet.

De af jer der har været med fra start, vil kunne genkende tankerne bag dette, - da Effekthandel ikke er etableret for at være en pengemaskine, - men et redskab til at hæve rådighedspriserne generelt til et niveau, hvor produktionsanlæggene kan bidrage positivt til puljedeltagernes forretninger.

Der er intet nyt mht. hverken DK2 rådighed, eller Energinets forespørgsel fra december 2020, - men I vil selvfølgelig få information tilsendt, når der dukker noget op.

Med venlig hilsen

Finn Grønkjær"

3.4.14 E-mail af den 22. marts 2021 fra Effekthandel til Bjarne V. Averhoff

339. Direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, sender den 22. marts 2021 en mail til Bjarne V. Averhoff, der ejer Regulerkraft Ikast, og som er medejer af

Effektmarked.dk og Effekthandel, vedrørende en status i forhold til, hvordan det går med Effekthandel.

340. Direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, skriver således følgende:

> *"God aften Bjarne*
>
> *[…]*
>
> *Jeg gør selvsagt alt jeg kan, for at hæve priserne i rådighedsmarkedet, - men som jeg skrev i mailen der kom ud med månedsopgørelsen for februar, så er der en del lykkeriddere som er kommet ud af gemmerne med deres anlæg, - og jeg ved at [xxx] er på vej ind også. Jeg er i dialog med dem ang. puljen, - men de vil vente til Storebælt har været ude til revision i maj, inden de beslutter sig.*
>
> *Det er lidt bøvlet, at vores succes med Effekthandel hen over vinteren, bliver vores stopklods for at hverve nye deltagere. Du ville tro at det du hørte var løgn, hvis jeg havde optaget nogle af de samtaler med potentielle deltagere. De fleste padler rygsvømning og fortæller de skrækkeligste historier, som desværre forhindrer dem i at deltage, som sagerne står lige nu!!!!!!!*
>
> *Patetisk at høre på, - men forretningsmæssigt og på kort sigt har de jo ret, - at det er os i puljen der er de dummeste i klassen.*
>
> *Jeg hader at være den dumme dreng i klassen, - så jeg vrider min hjerne for at komme på nye ideer til at få puljen boostet, så vi kan sætte priserne uden at sætte så meget til hver dag.*
>
> *[…]*
>
> *Mvh. Finn"*

3.4.15 Informationsbrochure om Effekthandel af den 24. marts 2021

341. Effekthandels informationsbrochure fra marts 2021 indeholder blandt andet information om, hvad Effekthandel har opnået, hvordan Effekthandel fungerer, og hvorfor Effekthandel mener, at puljen skal være større. Brochuren er henvendt til el-producenter, der endnu ikke er medlem af Effekthandels puljeordning.

342. Følgende fremgår blandt andet af brochuren:

> *"[…]*
>
> *Hvordan kom vi der til?*

Effekthandel ApS har siden stiftelsen i efteråret 2019 arbejdet på at samle en pulje af el producerende værker, som mod en marginal provisionsbetaling, overlader prisindmeldingen af rådighedsreserverne til Effekthandel.

Vi started med mindre end 50MW i puljen, - og var i November måned 2020 oppe på over 200MW, - hvilket har betydet, at vi i perioder af døgnet har kunnet hæve priserne betragteligt i markedet.
Hvordan gør vi?

Puljen fungerer som en andelsvirksomhed, hvor man deler i forhold til antal MW og antal timer, som det enkelte anlæg har deltaget med i løbet af en måned.

Denne metode betyder, at de bud der afvises på den daglige auktion fordi prisen var højere end auktionens slutpris, ikke er tabt for de enkelte anlæg, - men medregnes i opgørelsen af den samlede pulje ved månedens afslutning.

Hvorfor skal puljen være større?

For at nå målet på en gennemsnitspris på minimum 15 dkk./MW/h skal puljen op på mindst 300MW.

Når der åbnes for samhandel af rådighedsreserver mellem DK1 og DK2, vil vi kunne splitte puljens bud og dermed præge prissætningen i begge områder.

Skulle Energinet finde på at indføre pay as bid i deres evige jagt på billigere systemydelser, vil det ikke påvirke puljens even til at opnå gode og stabile priser i markederne.

Så husk at:

- *Når alle kæmper mod alle, bliver der kun en lille andel til alle!*

- *Når mange nok er solidariske og vil gøre en forskel, er det muligt at ændre en lille andel til en rimelig andel !"*

3.4.16 E-mail af den 7. december 2021: Effekthandel oplyser om rådighedsmarkedet

343. Det fremgår af nedenstående e-mail, sendt til puljedeltagerene af direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, at Effekthandel opfordrer puljedeltagerne til at deltage i mFRR-markedet, da Energinet efterspørger flere MW, hvilket ifølge Effekthandel medfører, at priserne er steget væsentligt.

344. Direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, skriver således følgende:

"Kære alle

Der indkøbes i disse dage 100MW ekstra i markedet for manuelle rådighedsreserver, hvilket medfører at priserne er gået helt til himmels.

Det betyder for nogle af jer, at det måske kan betale sig at bruge gaskedlen, - og lade motorerne stå i rådighedsmarkedet. Jeg vil derfor opfordre jer til at se på priserne i rådighed for onsdag, og lave jeres beregninger ud fra det.

Jeg var meget nysgerrig efter at finde ud af hvorfor de 100MW pludselig skulle indkøbes, og nu tror jeg at jeg har fundet ud af hvorfor.

Det er de 100MW aFFR, som normalt indkøbes på månedsauktion der ikke bliver leveret.

[…]"

3.4.17 E-mail af den 24. august 2022: Effekthandel fremsender månedsopgørelse til puljedeltagerne

345. Den seneste månedsopgørelse i styrelsens bevismateriale er fremsendt den 24. august 2022 fra direktør i Effekthandel, Finn Grønkjær, til puljedeltagerne og indeholder en månedsopgørelse for juli 2022. Bevismaterialet i sagen omfatter således månedsopgørelser for perioden september 2019 til juli 2022.

3.4.18 *Pay-as-clear*-formatets betydning for den omhandlede adfærd

346. Energinets køb af mFRR i mFRR-kapacitetsauktionen foregår efter *pay-as-clear*-metoden jf. punkt 258-259, hvorved de laveste bud accepteres først, men alle accepterede bud modtager den samme pris for deres ydelser; clearingsprisen.

347. I det beskrivende materiale af den 5. september 2019, jf. afsnit 3.4.4 ovenfor, beskriver Effekthandel fordelene ved fælles indmelding af priser og skriver ligeledes, at der er udfordringer ved at hæve prisen:

"• Ved at melde mange MW ind i markedet i fællesskab, flytter vi mange MW væk fra bunden, hvor der typisk meldes ind til mellem 1 og 3 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."

348. Effekthandel beskriver i det ovenstående, hvordan Effekthandel flytter bud med puljens kapacitet fra lave priser til højere priser. Et eksempel på

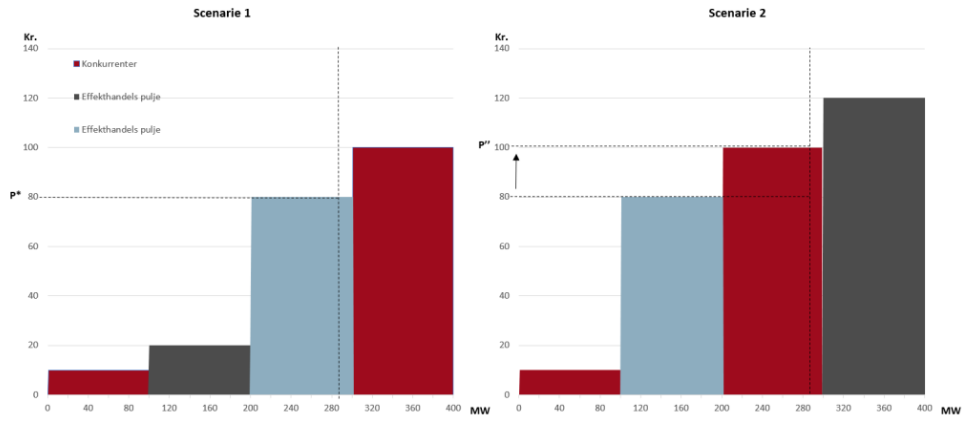
denne mekanisme er illustreret i det følgende eksempel i Boks 3.3 og Figur 3.6.

Boks 3.3 Eksempel på pay-as-clear-formatets betydning for puljeordningens indtjening	Følgende eksempel har til formål at illustrere, hvordan pay-as-clear-auktionen fungerer, og er således ikke retvisende for de faktiske priser eller bud, som blev indmeldt i mFRR-kapacitetsauktionen af Effekthandel og andre aktører, der ikke var medlem af puljeordningen. » For eksemplets skyld antages, at det totale udbud på markedet for den pågældende auktion er MW, hvor Effekthandel råder over 200 MW, som Effekthandel melder ind i to grupper af 100 MW, mens de konkurrerende aktører repræsenterer 200 MW, som ligeledes indmeldes i to grupper af 100 MW, og Energinets efterspørgsel er 282 MW. Eksemplet kan ses illustreret i Figur 3.6. Scenarie 1: » Den ene gruppe af konkurrenter melder priser ind på 10 kr./MW, mens den anden gruppe af konkurrenter melder priser ind på 100 kr./MW. » Effekthandel melder 100 MW ind til 20 kr./MW, og de øvrige 100 MW til 80 kr./MW. Auktionens clearingspris er i dette tilfælde 80 kr./MW, og Effekthandel får således accepteret bud på 182 MW til en pris på 80 kr./MW. Den ene gruppe af konkurrenter modtager en pris på 80 kr./MW for deres 100 MW, som var budt ind til 20 kr./MW, og den anden gruppe af konkurrenter får ikke accepteret deres bud på 100 kr./MW. Scenarie 2: » Effekthandel øger nu priserne på den ene gruppe af bud ved at indmelde 100 MW til en pris på 120 kr./MW i stedet for en pris på 20 kr./MW. Alle andre bud indmeldes til de samme priser som i scenarie 1. » Auktionens clearingspris bliver i dette tilfælde 100 kr./MW, og Effekthandel får samlet accepteret bud på 100 MW til en pris på 100 kr./MW. Den ene gruppe af konkurrenter modtager en pris på 100 kr./MW for deres 100 MW, som var budt ind til 10 kr./MW, og den anden gruppe af konkurrenter modtager ligeledes en pris på 100 kr./MW, men kun for 82 af deres 100 MW, som var budt ind til 100 kr./MW, da Energinets efterspørgsel bliver mødt ved 282 MW.

» Den samlede indtjening for Effekthandels pulje er mindre i scenarie 2 end i scenarie 1, da puljen samlet får accepteret færre bud, selvom disse bud er accepteret til en højere pris. Kunden (Energinet) betaler dog alligevel en højere pris i scenarie 2 (100 kr./MW) end i scenarie 1 (80 kr./MW).

Figur 3.6 **Eksempel på effekten af et forsøg på at hæve priserne på mFRR**

Figur 3.6 **Eksempel på effekten af et forsøg på at hæve priserne på mFRR**



Note: Figuren viser et eksempel på, hvad effekten på prisen kan være, hvis en række bud hæves fra 20 kr./MW til 120 kr./MW. De to røde bokse illustrerer aktører, der ikke er med i Effekthandels pulje, mens den grå og lyseblå illustrerer bud afgivet af Effekthandels pulje. Effekthandel kan, ved at hæve prisen på de grå bud, hæve clearingsprisen. Dette medfører dog, i dette eksempel, at de grå bud bliver prissat så højt, at disse ikke bliver accepteret i auktionen og derfor ikke modtager betaling.

Anm.: Dette er et eksempel og er således ikke baseret på en faktisk auktion. Eksemplet er baseret på eksemplet brugt i Boks 3.3 og illustrerer, at det kan have omkostninger for Effekthandles pulje at hæve prisen på mFRR.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

349. For yderligere om mFRR-kapacitetsauktionen henvises til afsnit 3.3.7.2.

3.5 Høringssvar

350. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sendte den 22. februar 2023 en klagepunktsmeddelelse i høring hos Effekthandel og de 49 værker.

351. Styrelsen modtog den 11. april 2023 et samlet fælles skriftligt høringssvar til klagepunktsmeddelelsen fra Effekthandel, Asaa Fjernvarme, Bredsten-Balle Kraftvarmeværk, Durup Fjernvarme, Effektmarked.dk, Egtved

Varmeværk, Glyngøre Fjernvarmeværk, Hanstholm Varmeværk, Hvalpsund Kraftvarmeværk, Jerslev Varmeværk, Jetsmark Energiværk, Karup Varmeværk, Løgstør Fjernvarmeværk, Nordic Energy Invest, Ravnkilde Kraftvarmeværk, Regulerkraft Ikast, Oksbøl Varmeværk, Skærbæk Fjernvarme, Snedsted Varmeværk, Thisted Varmeforsyning, Thorshøj Kraftvarmeværk, Tistrup Varmeværk, Østervrå Varmeværk og Aars Fjernvarme (herefter samlet "høringssvar fra 24 parter").

352. Derudover modtog styrelsen den 11. april 2023 næsten identiske skriftlige høringssvar til klagepunktsmeddelelsen fra Feldborg Kraftvarmeværk, Haderup Kraftvarmeværk, Vildbjerg Varme og Ørnhøj-Grønbjerg Kraftvarmeværk samt den 25. april 2023 fra Silkeborg Varme.

353. Styrelsen modtog den 11. april 2023 ligeledes næsten identiske skriftlige høringssvar fra Arden Varmeværk, Billund Varmeværk, Bramming Fjernvarme, Lemvig Varmeværk, Odder Varmeværk og Videbæk Varme. Den 25. august 2023 modtog styrelsen supplerende høringssvar fra disse parter samt næsten identiske skriftlige høringssvar fra Hanstholm Varmeværk, Sdr. Herreds Kraftvarmeværker og Skærbæk Fjernvarme.

354. Derudover har styrelsen modtaget individuelle skriftlige høringssvar fra Aars Fjernvarme, Bredsten-Balle Kraftvarmeværk, Brøns Kraftvarmeværk, Brørup Fjernvarme, Christiansfeld Fjernvarmeselskab, Durup Fjernvarme, Egtved Varmeværk, Hammershøj Fjernvarmeværk, Hanstholm Varmeværk, Løgumkloster Fjernvarme, Nibe Varmeværk, Andelsselskabet Oksbøl Varmeværk, Sdr. Herreds Kraftvarmeværker, Skjern Fjernvarme, Skærbæk Fjernvarme, Thisted Varmeforsyning, Thorshøj Kraftvarmeværk, Ørum Varmeværk og Østervrå Varmeværk.

355. På Konkurrencerådsmødet den 15. september 2023 forelagde Effekthandel, Feldborg Kraftvarmeværk, Haderup Kraftvarmeværk, Vildbjerg Varme, Ørnhøj-Grønbjerg Kraftvarmeværk, Silkeborg Varme, Løgumkloster Fjernvarme, Arden Varmeværk, Billund Varmeværk, Bramming Fjernvarme, Lemvig Varmeværk, Odder Varmeværk, Videbæk Varme, Aars Fjernvarme, Hanstholm Varmeværk, Snedsted Varmeværk, Sdr. Herreds Kraftvarmeværker og Skærbæk Fjernvarmemundtligt deres bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen. Der var i det væsentligste tale om en gengivelse af parternes skriftlige bemærkninger.

356. I det følgende vil parternes bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen, som styrelsen har fundet anledning til at inddrage i sagen, samt styrelsens svar hertil blive gennemgået. Bemærkningerne er opdelt nedenfor i kronologisk rækkefølge i forhold til afgørelsens struktur. Der er i parternes høringssvar således afgivet følgende overordnede bemærkninger:

Bemærkninger til sagsfremstillingen

» Der er ikke tale om et marked
» Manglende inddragelse af markedsforholdene i Østdanmark (DK2)

» Manglende inddragelse af betydningen af, at værkerne leverer fjernvarme, og hvorfor værkerne dermed ikke er konkurrenter
» Værkerne er for små til selv at byde ind i auktionen

Bemærkninger til afsnittet om samhandelspåvirkning
» Der er ikke samhandelspåvirkning

Bemærkninger til afsnittet om aftalebegrebet
» Effekthandel fungerer som et andelsselskab » Aftalerne er parallelle, vertikale aftaler

Bemærkninger til formålsvurderingen
» Konkurrencebegrænsningen er en direkte eller nødvendig følge af anden offentlig regulering
» Der sker ingen koordinering af priser og bud værkerne imellem
» Effekthandel har ikke koordineret bud
» Formålet med aftalen er at spare ressourcer
» Formålet med aftalen er at sikre forsyningssikkerheden
» Fritagelse efter TEUF artikel 101, stk. 3 og konkurrencelovens § 8, stk. 1
» Parterne har ikke udøvet ulovlig konkurrencebegrænsende informationsdeling
» Aftalen udgør ikke et kartel
» Formålsanalysen er ikke omfattende nok

Øvrige bemærkninger
» Parterne har handlet i god tro, og der er ikke grundlag for strafforfølgning af virksomheder og/eller fysiske personer
» Parterne har haft en beskeden fortjeneste på aftalen, og kraftvarmeværkerne kan ikke betale en bøde, da de ikke har en betalingsevne
» Styrelsen har tilsidesat specialitetsprincippet, lex-specialis princippet, proportionalitetsprincippet og lighedsgrundsætningen
» Styrelsens sagsbehandling har ikke været tilstrækkelig

357. Parternes bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen uddybes nedenfor. Bemærkningerne giver ikke anledning til, at styrelsen ændrer sin vurdering i sagen.

3.5.1 Der er ikke tale om et marked

358. En række af parterne har i deres høringssvar gjort gældende, at konkurrenceloven ikke finder anvendelse på forholdet, jf. konkurrencelovens § 2, da der ikke er tale om et "marked" i konkurrenceretlig forstand, når der kun er én lovbestemt køber – Energinet – og deltagelse og prissætning er reguleret af henholdsvis elforsyningsloven og Energinets forskrifter.

359. Styrelsen bemærker, at mFRR er en generisk ydelse, som kan købes og sælges på markedsvilkår, jf. mere herom i markedsbeskrivelsen i afsnit 3.3 ovenfor. Det forhold, at der kun er én køber af ydelsen, og at køber fastsæt-

ter vilkårene for deltagelse i konkurrencen, ændrer ikke på, at der fortsat er tale om et marked.

360. I økonomisk teori defineres et marked med mange udbydere og kun én køber som et monopsoni. Dette er modsætningen til et monopol, hvor der kun er én sælger på markedet.

361. Styrelsen har ikke foretaget en endelig afgrænsning af det relevante marked. Som det fremgår af punkt 484 nedenfor, har styrelsen dermed ikke taget stilling til, om de forskellige systemydelser udgør særskilte produktmarkeder, eller om systemydelser og engrossalg af el udgør et samlet marked. Det kan således ikke udelukkes, at andre købere og sælgere indgår i markedsstrukturen på det relevante marked.

362. Styrelsen finder sammenfattende, at der foregår økonomisk aktivitet i et marked for varer eller tjenesteydelser. Der er således tale om et marked i konkurrenceretlig forstand, hvor værkerne sælger mFRR til Energinet, som Energinet aftager som eneste køber.

3.5.2 Manglende inddragelse af markedsforholdene i Østdanmark (DK2)

363. En række parter anfører, at Energinet indkøber mFRR i Østdanmark (DK2), som Energinet flytter til Vestdanmark (DK1), og at dette har stor indflydelse på prisdannelsen i Østdanmark (DK2), hvor udbuddet er lavt, hvorfor det har resulteret i høje priser på mFRR i Østdanmark (DK2) relativt til Vestdanmark (DK1). Parterne anfører videre, at dette har presset prisen ned i Vestdanmark (DK1) og skabt en skævvridning gennem prisdiskrimination mellem Østdanmark (DK2) og Vestdanmark (DK1), hvilket er nødvendigt at tage i betragtning.

364. Parterne har videre anført, at de bestrider den geografiske afgrænsning af markedet til salg af mFRR i Vestdanmark (DK1), da det ifølge parterne ikke er muligt at se bort fra de højere priser i Østdanmark (DK2).

365. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker, at den geografiske markedsafgrænsning følger praksis i *Fortum/Uniper* og *DONG/Elsam/Energi E2* omkring et enten nationalt marked, eller et snævrere marked, afgrænset ved det enkelte budområde, som i dette tilfælde er Vestdanmark (DK1), hvor alle værkerne i denne sag deltager i mFRR-kapacitetsauktionen. Den endelige geografiske markedsafgrænsning er dog ikke af afgørende betydning for sagen, idet der er tale om en *formåls*-overtrædelse, hvorfor den endelige afgrænsning af det geografiske marked holdes åben.

366. Styrelsen bemærker videre, at anderledes markedsforhold i Vestdanmark (DK1) relativt til markedsforhold i Østdanmark (DK2), herunder højere priser i Østdanmark (DK2) samt brug af muligheden for deling af reserver, ikke har betydning for en eventuel overtrædelse af konkurrence-

loven, idet sagen vedrører en *formåls*-overtrædelse. Styrelsen bemærker således, at forskellige markedsforhold for aktørerne i henholdsvis Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2), ikke medfører, at det er lovligt at indgå i konkurrencebegrænsende aftaler om koordinering af priser og bud mellem aktørerne i Vestdanmark (DK1).

367. Styrelsen har i punkt 664-675 udvidet styrelsens beskrivelse af markedsforholdene i Østdanmark (DK2).

3.5.3 Manglende inddragelse af betydningen af, at værkerne leverer fjernvarme, og hvorfor værkerne dermed ikke er konkurrenter

368. Parterne anfører, at de er uenige i afgrænsningen af det relevante produktmarked. Det skyldes, at salg af mFRR er en begrænset bi-ydelse til varmeproduktion, hvorfor det ikke er muligt at se isoleret på mFRR og se bort fra varmeproduktion. Det er således relevant at inkludere den særlige retlige regulering, som gælder for varmeproduktion, herunder at værkerne er omfattet af *hvile-i-sig-selv*-princippet. Parterne beskriver videre, at det er særligt relevant, da kraftvarmeværker ikke er i konkurrence med hinanden som varmeleverandører.

369. Parterne har beskrevet, at kraftvarmeværker oplever en primært intern konkurrence mellem produktionsenheder, når de skal fastsætte varmeproduktionen. Kraftvarmeværker står således over for en kompliceret beslutningsproces, når kraftvarmeværket skal vurdere, hvorvidt en gasmotor skal indmeldes som mFRR eller være en del af varmeproduktionen.

370. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har fulgt praksis i forhold til afgrænsningen af det relevante produktmarked, jf. afgørelsens afsnit 4.1.1.1.

371. Styrelsen er enig i, at fjernvarmeselskaber ikke er i indbyrdes konkurrence som varmeleverandører, hvilket ligeledes er beskrevet i afgørelsens punkt 276. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har tidligere afgrænset et produktmarked for produktion af fjernvarme.

372. Bemærkningerne giver således ikke anledning til, at styrelsen har ændret markedsafgrænsningen. Derudover bemærker styrelsen, at den interne konkurrence for kraftvarmeværkerne er beskrevet i punkt 279.

3.5.4 Værkerne er for små til selv at byde ind i auktionen

373. Parterne har anført, at det ikke har været muligt for en del af de 49 værker at melde ind på markedet for mFRR, da værkernes motorer ikke er store nok til at kunne blive meldt ind på markedet for mFRR, idet de har en kapacitet på mindre end 5 MW.

374. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er uenig i, at værkerne ikke kan melde ind i mFRR-kapacitetsauktionen på grund af produktionsenhedens størrelse.

375. Styrelsen bemærker, at styrelsen i Boks 3.1 og punkt 262 har beskrevet, at det er muligt at deltage i markedet for mFRR med bud, som er mindre end 5 MW. Det skyldes, at produktionsbalanceansvarlige aktører kan aggregere/pulje bud, der i sig selv ikke er store nok til at kunne indmeldes i auktionen. En balanceansvarlig aktør puljer bud afgivet uafhængigt af hinanden og videreformidler disse til auktionen som ét samlet bud.

376. Da Effekthandel ikke er godkendt som produktionsbalanceansvarlig aktør, og således heller ikke udfører rollen som aggregator, har Effekthandel ikke indflydelse på, om værkerne kan imødekomme auktionens krav til mindstekapacitet og dermed melde ind på markedet for mFRR.

3.5.5 Der er ikke samhandelspåvirkning

377. Parterne har anført, at:

> *"[…] Effekthandel har på intet tidspunkt rådet over 5% eller mere af kapaciteten i markedet. Effekthandel har højest rådet over 200 MW og råder i dag […] kun over ca. 50 MW. Effekthandel ApS har således på intet tidspunkt haft en markedsandel på 5% eller derover. Der er derfor slet ikke grundlag for styrelsens konklusion om, at der foreligger mærkbar samhandelspåvirkning."*

378. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er uenig i, at der ikke er samhandelspåvirkning. Styrelsen henviser til afgørelsens punkt 498. Styrelsen finder, at det ikke kan udelukkes at Effekthandels puljeordning i perioder har en markedsandel, der overstiger 5 pct. Det skyldes, at der ifølge de foreliggende oplysninger [Note 319: "Jf. Jf. Energinets klage af 21. januar 2021 samt offentligt tilgængelige oplysninger om Energinets indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1)] typisk er en efterspørgsel på 282 MW og et udbud på ca. [xxx] på mFRR-kapacitetsauktionen i Vestdanmark (DK1), og at Effekthandel i perioder har kontrolleret prisindmeldinger for over 200 MW i Vestdanmark (DK1).

3.5.6 Effekthandel fungerer som et andelsselskab

379. Parterne har angivet en række bemærkninger om, at Effekthandels forretningsmodel er etableret efter principper, der svarer til et andelsselskab. Hertil har parterne videre anført, at Effekthandel er indstillet på at tage de nødvendige skridt for at etablere et formelt andelsselskab, såfremt det fjerner styrelsens betænkeligheder.

380. Styrelsen bemærker, at Effekthandel i sin nuværende udformning ikke opfylder andelsformålet om at fremme deltagernes fælles interesser gen-

nem deres deltagelse i virksomheden som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde, da Effekthandel hverken forsyner puljedeltagerne eller aftager varer eller tjenesteydelser fra puljedeltagerne, jf. afgørelsens afsnit 4.3.2.4. Styrelsen har udvidet vurderingen af, hvorvidt Effekthandel opfylder konkurrencelovens § 5 med punkt 589-594.

381. Styrelsen bemærker desuden, at selv hvis Effekthandel reelt omdannes til et andelsselskab, vil dette ikke løse de konkurrenceretlige betænkeligheder relateret til det bagudrettede forløb.

3.5.7 Aftalerne er parallelle, vertikale aftaler

382. Parterne har anført i deres høringssvar, at der ikke er tale om en horisontal aftale, men derimod en række vertikale aftaler mellem det enkelte værk og Effekthandel. Det anføres blandt andet, at der ikke er tale om én aftale mellem værkerne, idet hvert enkelt værk har indgået en selvstændig aftale med Effekthandel. Der er således ifølge høringssvarene tale om en række individuelle, parallelle, vertikale aftaler, hvor Effekthandel leverer en serviceydelse til de enkelte værker. Det anføres videre, at selv hvis man antog, at der forelå en stiltiende aftale mellem Effekthandels kunder (værkerne), ville aftalen ikke kunne karakteriseres som horisontal, da værkerne ikke er konkurrenter.

383. Videre har parterne anført, at aftalerne falder under bagatelgrænsen i konkurrencelovens § 7, samt af aftalerne er omfattet af den vertikale gruppefritagelsesforordning som følge af, at der er tale om vertikale aftaler.

384. Videre har en række af parterne gjort gældende, at aftalen med Effekthandel er én virksomheds aftale med en handelsagent, som ikke er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6.

385. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mener fortsat, at der er tale om én horisontal aftale mellem Effekthandel og værkerne.

386. Styrelsen bemærker, at en række parallelle, skriftlige aftaler mellem Effekthandel og værkerne kan indgå som et element i en større horisontal (stiltiende) aftale, således at de vertikale aftaler danner rammen om den fælles horisontale aftale. Det afgørende er, om det enkelte værk, jf. *AC Treuhand*-dommen har:

> *"haft til hensigt ved sin egen adfærd at bidrage til de fælles mål, deltagerne som helhed har forfulgt, og at den* [værket] *har haft kendskab til de konkrete handlinger, som de øvrige virksomheder har planlagt eller foretaget med de samme mål for øje".* [styrelsens tilføjelse]

387. Det er styrelsens vurdering, at Effekthandel og de 49 værker har indgået én samlet aftale vedrørende en puljeordning, hvor de 49 værker koor-

dinerer priser og bud på mFRR via Effekthandel, jf. afgørelsens afsnit 4.3.2.2.

388. Styrelsen finder, at aftalen er horisontal, da den er indgået mellem konkurrenter, jf. afgørelsens afsnit 4.3.2.3. Ligeledes finder styrelsen, at der er tale om en mærkbar konkurrencebegrænsning, jf. afsnit 4.3.4, hvorfor hverken den vertikale gruppefritagelse eller konkurrencelovens § 7 finder anvendelse.

389. Endelig bemærker styrelsen, at Effekthandel ikke blot kan anses som handelsagent for de 49 værker, idet Effekthandel tilmed faciliterer en større horisontal aftale mellem værkerne.

3.5.8 Konkurrencebegrænsningen er en direkte eller nødvendig følge af anden offentlig regulering

390. I høringssvar fra en række parter fremgår det, at konkurrencelovgivningen ikke finder anvendelse, da "*kravet i varmeforsyningsloven om, at udgiften skal være nødvendige for at kunne indregnes i varmeprisen også [betyder], at varmeværkerne ikke kan byde ind på reservekraftmarkedet, hvis der er udsigt til, at værkerne herved kommer til at lide et økonomisk tab*." [styrelsens tilføjelse]

391. Videre har parterne gjort gældende, at det grundet *hvile-i-sig-selv*-princippet og forbuddet mod krydssubsidiering er "*ulovligt at byde ind på reservekraftmarkedet uden at få fuld dækning af de gennemsnitlige totale langsigtede omkostninger*."

Parterne har endvidere gjort gældende, at Energinets indkøb og fordeling af mFRR i Østdanmark (DK2) hos enkelte bydende til overpris indebærer en "*prisdumpning*" i markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1). Dette har ifølge parterne, "*gjort det umuligt for værkerne at overholde forbuddet mod krydssubsidiering uden en puljeordning, der sikrer værkerne kontraheringsstyrke til at løfte prisniveauet for reservekapacitet i DK1*."

392. Endelig har en række af parterne i høringssvar af 23.-25. august 2023 gjort gældende, at: "*Energistyrelsen i udtalelse af 26. juni 2023 ikke [har] forholdt sig til reglerne for det manuelle regulerkraftmarked, således som de er fastsat i medfør af elforsyningsloven i henholdsvis systemansvarsbekendtgørelsen og Energinets Forskrift C2. Energistyrelsen har ved udtalelse af 26. juni 2023 alene forholdt sig til, om varmeforsyningslovens § 20 og elforsyningslovens § 75, stk. 2, og § 85, stk. 2, vedrørende nødvendige omkostninger og fordeling af omkostninger mellem el og varme, udelukker anvendelsen af konkurrenceloven. Derimod ses Energistyrelsen ikke at foretage en vurdering vedrørende elforsyningslovens §§ 27 a og d og Energinets Forskrift C2*." [styrelsens tilføjelse]

393. Det følger af konkurrencelovens § 2, stk. 2, 1. pkt., at lovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, ikke finder anvendelse i tilfælde, hvor konkurrencebegrænsningen er en direkte

eller nødvendig følge af offentlig regulering. Efter konkurrenceloven er det den pågældende ressortmyndighed/minister, der afgør, om den pågældende offentlige regulering fører til en direkte eller nødvendig begrænsning af konkurrencen.

394. Da en række parter har gjort gældende, at varmeforsyningslovens § 20 medfører, at konkurrencelovens forbud ikke finder anvendelse på det konkrete forhold, anmodede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 22. maj 2023 i medfør af konkurrencelovens § 2, stk. 4, 1. pkt. Klima, Energi- og Forsyningsministeren om at afgøre, hvorvidt konkurrencebegrænsningen i nærværende sag er en direkte eller nødvendig følge af varmeforsyningslovens § 20 eller af anden regulering på ministerens ressortområde.

395. Den 26. juni 2023 traf Energistyrelsen på vegne af Klima-, Energi- og Forsyningsministeren afgørelse om, at:

> *"det af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen beskrevne forhold ikke er en direkte eller nødvendig følge af varmeforsyningslovens § 20 eller af elforsyningslovens § 75, stk. 2, og § 85, stk. 2."*[styrelsens understregning]

396. På baggrund af parternes bemærkninger i supplerende høringssvar rettede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 25. august 2023 igen henvendelse til Energistyrelsen med henblik på at afklare, om Energistyrelsen i sin afgørelse af 26. juni 2023 også havde taget stilling til reguleringen i elforsyningslovens §§ 27 a og d og Energinets Forskrift C2. Den 4. september 2023 oplyste Energistyrelsen, at:

> *"De i høringssvaret af 23. august 2023 påberåbte forhold og bestemmelser ændrer ikke på den samlede vurdering, som ligger til grund for Energistyrelsens afgørelse af 26. juni 2023."*[styrelsens understregning]

397. På den baggrund lægger styrelsen til grund, at aftalen mellem Effekthandel og de 49 værker ikke er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.

3.5.9 Der sker ingen koordinering af priser og bud værkerne imellem

398. Parterne har gjort gældende, at værkerne ikke har deltaget i koordinering af priser og bud med andre værker, da de ikke har kendskab til prissætningen og først har modtaget månedsopgørelsen efter månedens afslutning. Parterne gør videre gældende, at der ikke har været en koordinering mellem værkerne, da der ikke har været kontakt mellem værkerne.

399. Det er videre gjort gældende af en række af parterne, at værkerne ikke har samarbejdet med øvrige værker om prisfastsættelse og bud på det relaterede marked for aktivering af mFRR (markedet for regulérkraft).

400. Styrelsen vurderer fortsat, at de 49 værker har deltaget i koordinering af priser og bud på mFRR uanset tidspunktet, hvor værket har modtaget månedsopgørelserne fra Effekthandel, idet det ikke udelukkende er månedsopgørelserne, der medfører, at værkerne koordinerer priser og bud, jf. blandt andet punkt 628-631 i afgørelsen.

401. Styrelsen er derudover uenig i, at der ikke har været kontakt mellem de 49 værker. Der har ikke umiddelbart været direkte kontakt mellem værkerne, men der har derimod været kontakt mellem værkerne via Effekthandel, som anført blandt andet i afgørelsens punkt 635-636.

402. Styrelsen er enig i, at værkerne ikke har samarbejdet med andre værker eller Effekthandel om prisfastsættelse og bud på *aktivering* af mFRR. Styrelsen henviser til punkt 249-250, hvor forskellen på henholdsvis *kapacitet* og *aktivering* af mFRR beskrives. Koordineringen af priser og bud vedrører således alene bud og pris på *selve kapaciteten*, der stilles til rådighed, og dermed ikke prisen på aktiveringen af den reserverede kapacitet i regulérkraftmarkedet.

3.5.10 Effekthandel har ikke koordineret bud

403. Parterne har gjort gældende, at Effekthandels beslutningskompetence udelukkende knytter sig til prissætningen og ikke den kapacitet (og dermed selve buddet), som de 49 værker indmelder i auktionen. På den baggrund finder parterne ikke, at Effekthandel og de 49 værker har koordineret bud. Ligeledes har parterne anført i deres høringssvar, at værkerne ikke havde indflydelse på den pris, som Effekthandel fastsatte.

404. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er uenig i, at Effekthandel og de 49 værker ikke har koordineret bud. Styrelsen er dog enig i, at Effekthandel ikke fastsætter den mængde, det vil sige den *kapacitet* målt i antal MW, som de 49 værker stiller til rådighed i mFRR-kapacitetsauktionen.

405. Styrelsen henviser til afgørelsens punkt 628-631, hvoraf det fremgår, at Effekthandel bruger værkernes indmeldte bud (kapacitet) til at fastsætte priserne på buddene strategisk med henblik på at kunne påvirke clearingsprisen i auktionen i opadgående retning.

406. Styrelsen henviser desuden til den kommenterede konkurrencelov, hvoraf det fremgår, at en aftale om tilbudskoordinering (her koordinering af bud) mellem konkurrenter reelt indebærer en prisaftale og har til formål at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

3.5.11 Formålet med aftalen er at spare ressourcer

407. I en række høringssvar har parterne gjort gældende, at formålet med aftalen med Effekthandel ikke har været at opnå højere priser på mFRR, men i stedet at spare ressourcer.

408. Styrelsen er enig i, at værkernes hensyn om at spare ressourcer som udgangspunkt er et legitimt mål at følge. Dette er imidlertid ikke et legitimt formål at følge for en virksomhed, hvis det sker gennem en konkurrencebegrænsende aftale.

409. Styrelsen bemærker, at det følger af *BIDS*-sagen, at en aftale kan have til formål at begrænse konkurrencen, selv om den eventuelt også har som formål at opfylde andre eventuelle legitime mål.

410. Videre følger det af *Groupement des Cartes Bancaires*, at parternes hensigt med en aftale kan tages i betragtning, men ikke stå alene ved vurdering af, hvorvidt en aftale er i strid med konkurrencereglerne. Parternes (subjektive) hensigt udgør derved ikke et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en aftale mellem virksomheder.

411. Styrelsen er således ikke pålagt at bevise, at Effekthandel og de 49 værkers subjektive hensigt med aftalen er at begrænse konkurrencen.

412. Styrelsen finder fortsat, at det er godtgjort, at aftalens objektive formål har været at hæve priserne på mFRR, ved at lade én aktør indmelde priser på vegne af de 49 værker i mFRR-kapacitetsauktionen, og dermed begrænse konkurrencen mellem de 49 værker, jf. afgørelsens afsnit 4.3.3.3.2.

413. Det ses desuden også ved, at der har været en klar subjektiv hensigt om at hæve priserne på mFRR, jf. eksempelvis mail af 25. januar 2021 fra Effekthandels direktør, Finn Grønkjær, til puljedeltagerne:

> *"[…] Effekthandel ikke er etableret for at være en pengemaskine, - men et redskab til at hæve rådighedspriserne generelt til et niveau, hvor produktionsanlæggene kan bidrage positivt til puljedeltagernes forretninger."* [styrelsens understregning]

414. Styrelsen bemærker hertil, at selvom størstedelen af de 49 værker er underlagt *hvile-i-sig-selv*princippet, kan disse værker godt have et formål om at hæve priserne på markedet for mFRR. Det skyldes, at kraftvarmeværkerne ved at opnå højere afregningspriser og dermed større indtjening på mFRR kan nedsætte varmepriserne.

3.5.12 Formålet med aftalen er at sikre forsyningssikkerheden

415. I høringssvar fra parterne anføres det, at formålet med aftalen har været at sikre forsyningssikkerheden ved at standse nedlukningen af kapacitet i Vestdanmark (DK1), og dermed sikre en høj grad af forsyningssikkerhed.

416. Styrelsen henviser til afgørelsens punkt 658, hvoraf det blandt andet fremgår, at det er Klima-, Energi- og Forsyningsministeren, der har det overordnede ansvar for elforsyningssikkerheden og fastsætter niveauet herfor.

417. Det er således ikke Effekthandels opgave at sikre forsyningssikkerheden, selvom styrelsen ikke kan afvise, at dette kan have været en del af Effekthandels subjektive hensigt ved oprettelsen af Effekthandel og puljeordningen.

418. Som det blandt andet fremgår af punkt 409-410, er styrelsen ikke pålagt at bevise, at Effekthandel og de 49 værkers subjektive hensigt med aftalen er at begrænse konkurrencen. Styrelsen finder fortsat, at det er godtgjort, at aftalens objektive formål har været at hæve priserne på mFRR, ved at lade én aktør indmelde priser på vegne af de 49 værker i mFRR-kapacitetsauktionen, og dermed begrænse konkurrencen mellem de 49 værker, jf. afgørelsens afsnit 4.3.3.3.2.

3.5.13 Fritagelse efter TEUF artikel 101, stk. 3 og konkurrencelovens § 8, stk. 1

419. En række af parterne har i deres høringssvar gjort gældende, at de fire kumulative betingelser for fritagelse efter TEUF artikel 101, stk. 3, og konkurrenceloves § 8, stk. 1, er opfyldt. De fire kumulative betingelser er, at aftalen:

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.

420. Parterne beskriver, at:

» den første betingelse er opfyldt, idet at aftalen styrker salget af mFRR i Vestdanmark (DK1) og dermed sikrer forsyningssikkerheden, at formålet med puljen var at spare ressourcer, og at der er tale om et andelskoncept, som er sædvanligt og lovligt,
» den anden betingelse er opfyldt, da forbrugerne sikres en rimelig andel af gevinsterne på baggrund af hvile-i-sig-selv-princippet,
» den tredje betingelse kan opfyldes, hvis betingelsen i aftalen mellem Effekthandel og værkerne om ikke selv at byde ind på markedet frafaldes,
» den fjerde betingelse er opfyldt, da salg af mFRR er en meget begrænset ydelse hos værkerne, hvorfor værkerne ikke har mulighed for at påvirke konkurrencen på markedet.

421. Parternes bemærkninger giver ikke anledning til at ændre styrelsens vurdering af, at Effekthandel og de 49 værker ikke har dokumenteret, at aftalen er nødvendig for at opnå effektivitetsgevinster. Det er derfor fortsat styrelsens vurdering, at aftalen mellem Effekthandel og de 49 værker ikke opfylder betingelserne for individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.

422. Styrelsen har på baggrund af bemærkningerne ovenfor adresseret disse i afsnit 4.4.2, hvor styrelsens vurdering af, hvorvidt aftalen opfylder betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1, fremgår.

3.5.14 Parterne har ikke udøvet ulovlig konkurrencebegrænsende informationsdeling

423. Parterne har i deres høringssvar gjort gældende, at der ikke har foregået nogen form for konkurrencebegrænsende informationsudveksling, idet informationen, der bliver kommunikeret fra Effekthandel til værkerne, er bagudrettet, hvorfor dette ikke kan misbruges.

424. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forholder sig i denne afgørelse ikke til, om den informationsudveksling, der er sket mellem Effekthandel og de 49 værker, kunne udgøre en eventuel separat overtrædelse af konkurrenceloven. Styrelsen har i afgørelsen inkluderet en række beviser, der dokumenterer overtrædelsen af konkurrenceloven i form af koordinering af priser og bud jf. § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og nr. 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c. Beviserne er således ikke medtaget for at illustrere en overtrædelse af konkurrenceloven i form af informationsudveksling.
…

3.5.16 Formålsanalysen er ikke omfattende nok

431. Skjern Fjernvarme har i sit høringssvar gjort gældende, at følgende bør uddybes yderligere:

- De subjektive elementer, der peger på, at aftalen ikke havde til formål at overtræde konkurrenceloven, herunder at der var andre formål med aftalen som for eksempel at udlicitere en opgave med henblik på at spare ressourcer.
- Betydning af, hvorvidt til formåls-vurderingen påvirkes af den vertikale struktur.
- I lyset af strukturen i Effekthandel, hvor der er individuelle aftaler, bør styrelsen forholde sig til om den vertikale gruppefritagelsesforordning finder helt eller delvist anvendelse.
- At Forsyningstilsynet i sin rapport om el-systemet fra 2018 afsnit 6.5 ikke finder det givet, at sammensætning af bud er uhensigtsmæssigt for konkurrencen, og at styrelsen bør forholde sig til dette.

432. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er ikke enig med Skjern Fjernvarme i det anførte i høringssvaret.

433. Styrelsen henviser dog til afgørelsens afsnit 3.5.11 og 3.5.12 vedrørende subjektive elementer, der kan have indflydelse på styrelsens til *formåls*-vurdering. Videre henviser styrelsen til afgørelsens afsnit 3.5.7 og afsnit 4.3.2.2 for uddybning af den vertikale struktur i Effekthandel, samt om den vertikale gruppefritagelsesforordning eventuelt finder anvendelse.

434. Styrelsen bemærker, at afsnit 6.5 i Forsyningstilsynets rapport om elsystemet vedrører de balanceansvarlige aktørers handler i el-markedet. Styrelsen henviser derfor til afgørelsens punkt 663, der konkluderer, at balanceansvarlige aktørers og aggregatorers rolle på markedet for mFRR ingen betydning har i denne sag, da Effekthandel ikke er godkendt som balanceansvarlig aktør, og således heller ikke udfører rollen som aggregator.

435. Styrelsen finder derved samlet og under henvisning til afsnit 3.5.7, 3.5.11 og 3.5.12, at *til formåls*-analysen behandler ovennævnte punkter tilstrækkeligt.

3.5.17 Parterne har handlet i god tro, og der er ikke grundlag for strafforfølgning af virksomheder og/eller fysiske personer

436. En række parter har i deres høringssvar gjort gældende, at de har handlet i god tro, da direktør for Effekthandel, Finn Grønkjær, har været i dialog med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen inden etablering af Effekthandel, med henblik på at få en bekræftelse af, om Effekthandels setup var lovligt. Hertil anfører parterne, at styrelsen burde havde givet udtryk for, at der var tale om en *til formåls*-overtrædelse af konkurrenceloven.

437. I alle høringssvar til styrelsens klagepunktsmeddelelse er det gjort gældende, at Effekthandel og de 49 værker har handlet i god tro. Værkerne henholder sig til det advokatnotat, som Effekthandel fik udarbejdet af hvoraf følgende fremgår:

> *"På baggrund af det oplyste er det vurdering, at Effekthandels påtænkte setup ikke giver anledning til konkurrenceretlige betænkeligheder, særligt fordi aftalen mellem Effekthandel og elproducenterne vurderes at være en vertikal aftale."*

438. Endelig har en række parter i deres høringssvar gjort gældende, at straffen for overtrædelse af konkurrenceloven bør bortfalde for både virksomheder og fysiske personer grundet parternes gode tro.

439. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder ikke anledning til at ændre sin vurdering af, at Effekthandel og de 49 værker har overtrådt konkurrenceloven, da bemærkningerne har karakter af eventuelle formildende omstændigheder og ikke er relevante for den materielle afgørelse af sagen. Be-

mærkningerne bør inddrages som led i styrelsens eventuelle bødesager. Det er desuden National enhed for Særlig Kriminalitet, der har kompetence til at vurdere, om der er grundlag for strafforfølgning af fysiske personer.

440. Som anført i afgørelsens punkt 566 er styrelsen ikke enig i den vurdering, som har anlagt.

441. At direktør for Effekthandel, Finn Grønkjær, forud for oprettelsen af Effekthandels setup havde indhentet en vurdering af lovligheden heraf fra en advokat, ændrer ikke på, at Effekthandel og de 49 værker har overtrådt konkurrencereglerne, og det fritager hverken Effekthandel eller de 49 værker for ansvar.

442. Dette forhold kan dog have betydning i forhold til spørgsmålet om fastsættelse af en eventuel bøde og i forhold til et eventuelt erstatningsansvar mellem advokat og klient.

443. For så vidt angår bemærkningerne om styrelsens vejledning til Finn Grønkjær i 2019 henvises til afgørelsens afsnit 3.5.20.

3.5.18 Parterne har haft en beskeden fortjeneste på aftalen, og kraftvarmeværkerne kan ikke betale en bøde, da de ikke har en betalingsevne

444. En række af parterne har i deres høringssvar anført, at de har haft begrænset eller ingen økonomisk vinding ved aftalen. Videre har flere af parterne anført, at virksomhederne er underlagt det såkaldte *hvile-i-sig-selv*-princip, der ifølge flere høringssvar medfører, at en række af parterne er virksomheder, der ikke har økonomisk overskud for øje, og ikke kan opnå profit.

445. En række af sagens parter har løbende informeret styrelsen om, at de ikke har en betalingsevne. Ligeledes er det i en række høringssvar fra parterne gjort gældende, at kraftvarmeværkerne ikke har en betalingsevne, da Forsyningstilsynet har foretaget en vejledende udtalelse til styrelsen om, at eventuelle bøder ikke kan indregnes som en nødvendig udgift efter varmeforsyningslovens § 20.

446. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder ikke, at parternes bemærkninger om beskeden fortjeneste på aftalen samt betalingsevne har betydning for den materielle afgørelse af, hvorvidt Effekthandels og de 49 værkers aftale er i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101. Bemærkningerne vedrørende betalingsevne kan imidlertid have betydning for, i hvilket omfang værkerne er i stand til at betale en eventuel idømt bøde.

447. På trods af, at størstedelen af de 49 værker er underlagt *hvile-i-sig-selv*-princippet, kan disse værker godt have et formål om at hæve priserne på

mFRR. Det skyldes, at kraftvarmeværkerne ved at opnå højere afregningspriser, og dermed større indtjening på mFRR, kan nedsætte varmepriserne.
…

3.5.20 Styrelsens sagsbehandling har ikke været tilstrækkelig

453. Parterne anfører i deres høringssvar:

i) kritik af styrelsens vejledning i juli 2019,
ii) at styrelsen skulle have indgået i dialog med Effekthandel med henblik på at afslutte sagen med tilsagn,
iii) at styrelsens sagsbehandlingstid har været for lang, og
iv) at styrelsen har udøvet ulovlig magtfordrejning ved at udsende bødeforelæg med samarbejdsrabat samt ved at presse værker til at acceptere bødeforelæg ved trussel om anmeldelse af fysiske personer til National enhed for Særlig Kriminalitet, hvis ikke værkerne accepterede bøden.

454. Det er styrelsens vurdering, at styrelsens sagsbehandling har været tilstrækkelig. Bemærkningerne adresseres dog straks nedenfor.

Kritik af styrelsens vejledning i juli 2019

455. Styrelsen blev forelagt Effekthandels påtænkte setup i 2019 og vejledte i den forbindelse Effekthandel om, at det ikke kunne udelukkes, at der ville være tale om en konkurrencebegrænsning, hvorfor Effekthandel blev opfordret til at søge advokatrådgivning. I forbindelse med vejledningen henviste styrelsen til kapitel 6.5 i Forsyningstilsynets rapport.

456. Det fremgår af parternes høringssvar, at styrelsens vejledning til Effekthandel har medført, at Effekthandel har vurderet, at der formentlig ikke er tale om en potentiel overtrædelse af konkurrenceloven.

457. Af styrelsens vejledning fremgår, at det er uafklaret, om den påtænkte disposition (Effekthandels setup) vil udgøre en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, og at en eventuel ansøgning om fritagelse eller ikke-indgrebserklæring kan resultere i en afvisning og en konkurrenceretlig undersøgelse af sagen.

458. Styrelsen vejleder om konkurrencereglerne, men giver ikke konkret rådgivning i enkeltsager, hvorfor Effekthandel blev opfordret til at søge konkurrenceretlig rådgivning hos en advokat.

459. I forhold til styrelsens henvisning til kapitel 6.5 i Forsyningstilsynets rapport, er det styrelsens vurdering, at dette kapitel skal forstås således, at en konkret adfærd i form af profitdeling mellem kunder, uanset om disse har vundet udbuddet (fx mFRR-kapacitetsauktionen), er afgørende for, om der er tale om en overtrædelse af konkurrenceloven. Denne adfærd, som er

tilsvarende adfærden i Effekthandels puljeordning, vil derfor som udgangspunkt være en overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

460. Afsnit 6.5 i Forsyningstilsynets rapport om el-systemet vedrører desuden de balanceansvarlige aktørers handler i el-markedet (hvilket Effekthandel ikke er jf. afgørelsens punkt 663).
…

4. Vurdering

4.1. Markedsafgrænsning

…

4.1.3 Konklusion vedrørende markedsafgrænsning

488. På baggrund af ovenstående lægger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til grund, at der kan afgrænses følgende relevante marked, der er berørt af den adfærd, som sagen omhandler:

(i) Markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1).

489. Styrelsen har dog ladet både afgrænsningen af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked stå åben, da det i denne sag ikke er nødvendigt at foretage en endelig afgrænsning af det relevante marked. Det skyldes for det *første*, at vurderingen vil være den samme, idet parterne er indbyrdes konkurrenter, uanset om det relevante marked afgrænses til det snævrest mulige marked (Vestdanmark (DK1)) eller bredere, og for det *andet* at denne sag vedrører en konkurrencebegrænsende aftale om koordinering af priser og bud, der har til formål at begrænse konkurrencen, og derfor udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning uanset den endelige afgrænsning af det relevante marked.

4.2 Samhandelspåvirkning

490. Efter forordning nr. 1/2003 skal det undersøges, om en eventuel konkurrencebegrænsende aftale eller samordnet praksis mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Hvis det er tilfældet, er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forpligtet til at anvende TEUF artikel 101.

491. Udtrykket "samhandelen mellem medlemsstater" er neutralt. Det er ikke en betingelse, at handelen begrænses eller mindskes. Samhandelen kan også blive påvirket, når en aftale fører til en stigning i handelen. Det er dog i begge tilfælde en betingelse, at samhandelen påvirkes mærkbart.

492. Ved vurderingen af om en aftale mærkbart kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater, fremgår det af selve ordlyden af TEUF artikel 101 og Kommissionens samhandelsmeddelelse, at vurderingen består af følgende tre led:

» Handelen mellem medlemsstater
» Kan påvirkes
» Mærkbart

493. Begrebet "handelen mellem medlemsstater" omfatter enhver form for grænseoverskridende økonomisk aktivitet. Ifølge EU-retspraksis omfatter begrebet også aftaler eller adfærd, der på- virker konkurrencestrukturen på markedet. Handelspåvirkningskriteriet kan også være opfyldt i de tilfælde, hvor det relevante geografiske marked er nationalt.

494. Kriteriet "kan påvirke" betyder, at det "på grund af samtlige objektive, retlige eller faktiske forhold kan forudses med tilstrækkelig sandsynlighed, at aftalen direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt øver indflydelse på samhandelen mellem medlemslandene".

495. Kriteriet "mærkbart" indebærer, at EU's konkurrenceregler kun finder anvendelse på aftaler og adfærd, der kan have virkninger af en vis størrelsesorden. Mærkbarhed kan navnlig vurderes ud fra de relevante virksomheders position og størrelse på markedet for de berørte produkter samt aftalens art og de berørte produkters art.

496. Kommissionen har opstillet en gendrivelig negativ formodningsregel for, hvornår en aftale i princippet ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart – den såkaldte NAAT-regel. NAAT-reglen finder anvendelse, hvis;

(i) parterne ikke på nogen af de(t) relevant(e) marked(er) inden for EU har en samlet markedsandel på over 5 pct., og
(ii) de deltagende virksomheder ikke har en samlet årlig omsætning i EU inden for de produkter, der er omfattet af aftalen, på over 40 mio. euro (horisontal aftale), eller leverandøren ikke har en årlig omsætning i EU inden for de produkter, der er omfattet af aftalen, på over 40 mio. euro (vertikal aftale).

497. Det er styrelsens vurdering, at NAAT-reglen ikke finder anvendelse i nærværende sag.

498. Styrelsen tager udgangspunkt i et relevant marked for mFRR i Vestdanmark (DK1). Det fremgår ikke af de foreliggende oplysninger, præcist hvor stort markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1) er. Styrelsen finder dog, at det ikke kan udelukkes, at Effekthandels puljeordning i perioder har en markedsandel, der overstiger 5 pct. Det skyldes, at der ifølge de foreliggende oplysninger [Note 429: " Jf. Energinets klage af 21. januar 2021 samt offentligt tilgængelige oplysninger om Energinets indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1)] typisk er en efterspørgsel på 282 MW og et udbud på ca. [xxx] på mFRR i Vestdanmark (DK1), og at Effekthandel i perioder har kontrolleret prisindmeldinger for over 200 MW i Vestdanmark (DK1).

499. Da NAAT-reglens betingelser er kumulative, og reglen derfor kun finder anvendelse, hvis begge betingelser er opfyldt, er det underordnet, at betingelsen for omsætning er opfyldt, når det ikke samtidig kan afvises, at den første betingelse (om markedsandele) er opfyldt. Styrelsen foretager derfor en konkret vurdering af, om den omhandlede adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart.

4.2.1 Parternes aftale påvirker samhandlen mærkbart

Adfærden omfatter dele af en medlemsstat

500. Kommissionen sondrer i samhandelsmeddelelsen mellem aftaler, der omfatter flere medlemsstater, og aftaler, der er begrænset til en enkelt medlemsstat eller en del af en medlemsstat.

501. Der er i nærværende sag tale om en adfærd som led i Effekthandels puljeordning, der som udgangspunkt alene omfatter dele af Danmark, idet værkerne i puljeordningen, der på sit højeste har omfattet 49 værker, alle er placeret i budområdet Vestdanmark (DK1).

502. Det danske el-system er inddelt i to budområder henholdsvis Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2), som af tekniske årsager i form af kapacitetsbegrænsninger på overførsel af el fra det ene område til det andet betragtes som to separate markeder, jf. afsnit 4.1.2.1. Der hentes dog i begrænset omfang reserver fra Østdanmark (DK2) til Vestdanmark (DK1) via Storebæltsforbindelsen, hvorfor de to budområder er tæt forbundne. De to budområdet er forbundne til hver deres synkronområde; Vestdanmark (DK1) er forbundet med synkronområdet Kontinental Europa, mens Østdanmark (DK2) er forbundet med synkronområdet for de nordiske regioner. Der kan overføres el mellem de fem europæiske synkronområder via en række større forbindelser. Hvert synkronområde er dog opdelt i flere budområder grundet flaskehalsproblematikker jf. blandt andet punkt 223 ovenfor.

503. Da adfærden i puljeordningen omfatter dele af en medlemsstats område, er det derfor nødvendigt at vurdere blandt andet arten af den omhandlede adfærd samt de produkter, som adfærden omfatter.

Arten af den omhandlede adfærd og de omhandlende produkter

504. Det fremgår af punkt 30 i samhandelsmeddelelsen, at:

> *"30. Arten af de produkter, aftalerne eller adfærden omfatter, siger også noget om, hvorvidt handelen mellem medlemsstater kan blive påvirket. Hvor der er tale om produkter, der let handles over grænserne eller er vigtige for virksomheder, der ønsker at trænge ind på markedet i andre medlemsstater eller ekspandere dér, vil Fællesskabets jurisdiktion snarere kunne fastslås end i de tilfælde, hvor der som følge af produkternes art kun er begrænset efter-*

spørgsel efter produkter udbudt af udbydere fra andre medlemsstater, eller hvor produkterne kun har begrænset betydning for virksomheder, der ønsker at etablere sig eller ekspandere i en anden medlemsstat."

505. Det fremgår videre af punkt 77 i samhandelsmeddelelsen, at:

"77. Der erindres om, at for at der kan være tale om en påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne, skal der ikke nødvendigvis opstå en begrænsning af handelen. Det er tilstrækkeligt, at handelsmønstrene mellem medlemsstater kan blive påvirket mærkbart. I mange tilfælde, hvor kun en enkelt medlemsstat er berørt, vil den påståede overtrædelses karakter og i særdeleshed dens egnethed til at afskærme det nationale marked dog være et vigtigt tegn på, at aftalen eller adfærden kan påvirke handelen mellem medlemsstater." [styrelsens understregninger]

506. Det fremgår ligeledes af punkt 90 i samhandelsmeddelelsen, at:

"90. Hvis en aftale hindrer adgangen til et regionalt marked, skal det salgsvolumen, der berøres heraf, være betydeligt i forhold til det samlede salg af de relevante produkter i den pågældende medlemsstat, for at handelen kan anses for at blive mærkbart påvirket. […] Generelt anses den andel af det nationale markedsvolumen, hvortil adgangen hindres, derfor for at være den bedste indikator for, om aftalen kan påvirke handelen mellem medlemsstater (mærkbart). Hvis aftalen dækker områder med en stærkt koncentration af efterspørgslen, vil det således veje tungere, end hvis den dækker områder med en mindre koncentreret efterspørgsel. For at EU's konkurrenceregler finder anvendelse, må aftalen hindre adgangen til en betydelig andel af det nationale marked."

507. Adfærden i denne sag vedrører en konkurrencebegrænsende aftale på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1).

508. Konkret er der tale om en horisontal aftale, som (i) dækker Vestdanmark (DK1), som (ii) omfatter ydelser (handel med mFRR), der kan påvirke handelsmønstre på relaterede ydelser (engroshandel med el og/eller systemydelser), der kan handles over grænserne, og som (iii) vedrører horisontal koordinering af priser og bud for en betydelig andel af det nationale marked. Styrelsen lægger derfor til grund, at adfærden kan påvirke handelsmønstre mellem medlemsstater mærkbart, jf. betragtningerne i det følgende.

509. For nuværende sker Energinets indkøb af mFRR nationalt. Dog indkøber Energinet mFRR i de to danske budområder på separate auktioner, da der grundet blandt andet kapacitetsbegrænsninger og flaskehalsproblemer som udgangspunkt ikke kan handles på tværs af budområderne og dermed heller ikke på tværs af landegrænser, hvor lignende flaskehalsproblemer vil medføre naturlige begrænsninger i handlen på tværs af budområder. Konkurrencebegrænsningen berører dermed som udgangspunkt kun aktører i

Vestdanmark (DK1) og omhandler ikke hverken import eller eksport direkte.

510. Selvom mFRR som udgangspunkt ikke handles på tværs af landegrænser, kan prissætningen på mFRR påvirke, hvorvidt el-producenter sælger el på de internationale day-ahead- og intra-day-børser. Ifølge Forsyningstilsynet, jf. tilsynets rapport om Energinets indkøb af reserver i elsystemet, er der en tæt sammenhæng mellem day-ahead-markedet og markederne for reservekapacitet, da de anlæg, som deltager i markederne for reservekapacitet, alternativt kan deltage i day-ahead-markedet og opnå indtjening dér. Ligeledes har Kommission anerkendt, at der er en tydelig sammenhæng mellem engrossalg af el på day-ahead- og intraday-markedet og de timebaserede systemydelser, herunder mFRR, hvilket skyldes, at de påvirker hinanden i forhold til, hvor kapaciteten er tildelt samt prisen.

511. Der er således en sammenhæng mellem markederne for engrossalg af el og markedet for salg af mFRR, idet el-producenternes produktionsanlæg ikke kan være aktive i henholdsvis mFRR-markedet og markederne for engrossalg af el samtidig, hvorfor priserne i disse markeder kan påvirke, hvorvidt produktionsanlæggene bruges til det ene eller det andet marked.

512. På baggrund af ovenstående lægger styrelsen til grund, at selvom mFRR i Vestdanmark (DK1) ikke direkte kan importeres eller eksporteres til andre budområder eller lande, så kan handelen med mFRR påvirke handelsmønstre særligt i forhold til engrossalg af el og de øvrige systemydelser. Hvis prisen på mFRR i Vestdanmark (DK1) er høj, formodes det, at nogle el-producenter vil deltage i mFRR-kapacitetsauktionen frem for i day-ahead-markedet. Omvendt, hvis prisen er høj på day-ahead-markedet, formodes det, at nogle el-producenter vil deltage i day-ahead-markedet frem for i mFRR-kapacitetsauktionen. Da engrossalg af el og de øvrige systemydelser handles på internationale børser, er det styrelsens vurdering, at handelen og særligt prisen på mFRR i Vestdanmark (DK1) potentielt kan påvirke handelsmønstre mellem medlemsstater.

513. Handel med mFRR har dermed en tæt sammenhæng til engroshandel med el, som handles internationalt. Det har endvidere en tæt sammenhæng til markedet for opregulering, som handles på det fællesnordiske regulérkraftmarked jf. punkt 228 ovenfor, idet aktører, der bliver betalt for at stå til rådighed med mFRR samtidig indgiver et bud på aktivering af den pågældende kapacitet via opregulering på det fællesnordiske regulérkraftmarked. Der er således flere forhold, der tyder på, at adfærden i denne sag aktuelt eller potentielt kan påvirke relaterede markeder, der er grænseoverskridende.

514. Hertil kommer, at adfærden dækker ét af kun to regionale markeder, der tilsammen udgør den nationale efterspørgsel. Da efterspørgslen for mFRR i Vestdanmark (DK1) udgør omtrent en tredjedel af den samlede na-

tionale efterspørgsel, er der således tale om en afskærmning af en betydelig andel af det nationale marked.

515. Det fremgår desuden af samhandelsmeddelelsens punkt 32, at såfremt barrierer for handel mellem medlemsstater, der intet har at gøre med den pågældende aftale eller adfærd, fjernes inden for en overskuelig fremtid, vil handelen sandsynligvis kunne påvirkes mellem medlemsstater Energinet og de øvrige nordiske TSO'er har i fællesskab udarbejdet metoder for et fælles nordisk mFRR-kapacitetsmarked. Dette fælles nordiske mFRR-energiaktiveringsmarked forventes implementeret i Norden i 2025. De nationale kapacitetsmarkeder vil som følge heraf blive til ét fælles nordisk marked, hvor det for alle lande gælder, at ubalanceprisen (for mFRR-opregulering) vil være den samme i alle fire kvarter af en time, indtil de faktiske 15-minutters priser er tilgængelige.

516. Sammenfattende finder styrelsen, at adfærden i puljeordningen vedrørende koordinering af priser og bud på mFRR i Vestdanmark (DK1) må anses for at være egnet til at kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart.

4.2.2 Konklusion vedrørende samhandelspåvirkning

517. Det er styrelsens vurdering, at NAAT-reglen ikke finder anvendelse i den konkrete sag, da det ikke på baggrund af de foreliggende oplysninger kan afvises, at puljeordningen har en markedsandel på mere end 5 pct. af et marked for mFRR i Vestdanmark (DK1). NAAT-reglen er dermed ikke opfyldt på dette punkt.

518. På baggrund af arten af den omhandlende adfærd og de omhandlede produkter, er det styrelsens vurdering, at koordineringen af priser og bud i puljeordningen er egnet til at kunne påvirke handelsmønstre mellem medlemsstater på markederne for engroshandel med el eller markederne for øvrige systemydelser.

519. Styrelsen finder samlet, at aftalen vedrørende koordinering af priser og bud i puljeordningen på mFRR i Vestdanmark (DK1) er egnet til at påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart. Styrelsen skal ved bedømmelsen af denne sag derfor anvende både konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

520. Klagepunktsmeddelelsen af den 22. februar 2023 har derfor været forelagt Europa-Kommissionen, der ikke har ønsket at indlede en procedure efter artikel 11, stk. 6, i forordning 1/2003. Konkurrencerådet kan derfor træffe afgørelse i denne sag.

4.3 Konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101

…

4.3.2 Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

…

4.3.2.2 Effekthandel og de 49 værker har indgået en aftale

542. Det afgørende for, om der foreligger en aftale, er, om de involverede virksomheder har udtrykt en fælles eller samstemmende vilje om at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde. Dette kan eksempelvis komme til udtryk ved en egentlig aftale eller opfordring om at indgå en aftale og en stiltiende accept af denne.

543. Styrelsen finder, at Effekthandel og de 49 værker har indgået i en samlet aftale om koordinering af priser og bud på mFRR.

544. I det følgende gennemgås udvalgt materiale fra afsnit 3.4 i sagsfremstillingen (den omhandlede adfærd), som efter styrelsens opfattelse viser, at Effekthandel og de 49 værker har indgået en horisontal konkurrencebegrænsende aftale i regi af en fælles puljeordning.

545. Effekthandel og de 49 værker har indgået en række grundlæggende ens aftaler. Effekthandel har således indgået en række parallelle, skriftlige aftaler med de 49 værker. Disse grundlæggende ens, parallelle aftaler med Effekthandel, som er baseret på forskellige versioner af Effekthandels aftaleskabelon, er gengivet i afsnit 3.4.2 ovenfor samt – i deres helhed – i bilag 2, bevis 1-47.

546. Det fremgår af aftalerne, som Effekthandel har indgået med hvert enkelt værk i puljeordningen, at Effekthandel får adgang til at prissætte værkets indmeldte mFRR. Endvidere fremgår det af aftalen, at det enkelte værk, mens aftalen er gyldig, ikke selv kan indmelde priser i "*markedet for manuelle rådighedsreserver*", det vil sige markedet for mFRR.

547. Det fremgår endvidere af aftalerne, at "*Effekthandel ApS derefter fordeler indtjeningen mellem de deltagende virksomheder, efter fordelingsnøglen, bilag 1, som er vedlagt denne aftale*" [styrelsens understregning]. Dermed har det været klart for de 49 værker, at der deltager en række andre virksomheder i aftalen, som skal have andel i den fælles indtjening i henhold til en fordelingsnøgle. Det må videre have været klart for deltagerne, at disse andre "deltagende virksomheder" udgør konkurrenter, som ligeledes kan stille kapacitet til puljens rådighed, da det er præmissen for aftalen, at Effekthandel prissætter mFRR på vegne af værkerne.

548. Hver eneste af de 49 værker har ved den underskrevne aftale meldt sig ind i den fælles puljeordning med de øvrige værker på markedet, og Effekthandel indgår ved sin underskrift af aftalerne som en del af puljeordningen.

549. Styrelsen finder, at disse parallelle, skriftlige aftaler mellem Effekthandel og de 49 værker isoleret set er vertikale aftaler. Disse vertikale aftaler indgår dog som et element i en større (stiltiende) horisontal aftale, således at de parallelle aftaler danner rammen om én fælles horisontal aftale, der faciliteres af Effekthandel. Dette understreges videre af Effekthandels månedlige mails til de 49 værker samt Effekthandels informationsmateriale, jf. straks nedenfor.

550. I den følgende måned, efter at værkerne har underskrevet en aftale med Effekthandel, og hver måned herefter, modtager alle deltagende værker Effekthandels fælles månedsmail, jf. afsnit 3.4.5 ovenfor. Alle "*de deltagende virksomheder*" fremgår direkte af mailen med navn (virksomhedsnavn) som modtagere af Effekthandels månedsmail, og hver enkelt deltager kan dermed se, hvem der deltager i aftalen om den fælles puljeordning.

551. Hver månedsmail indeholder endvidere typisk to filer, henholdsvis en opgørelse, som er indhentet fra den produktionsbalanceansvarlige aktørs system, og en månedsopgørelse, som Effekthandel har udarbejdet. Af opgørelsen fra den produktionsbalanceansvarlige aktør fremgår, hvor meget de enkelte puljedeltagere har fået udbetalt den pågældende måned fra vundne bud i mFRR-kapacitetsauktionen. Månedsopgørelsen består af et regneark, der indeholder en beregning af fordeling af puljens samlede indtægt baseret på fordelingsnøglen. Gennem fordelingsnøglen omfordeles puljens samlede indtægt i henhold til den kapacitet, det enkelte værk har stillet til puljens rådighed, således at de puljedeltagere, som ikke har fået accepteret sit bud i auktionen, fordi deres bud har været højere end clearingsprisen, stadig bliver kompenseret for at have stillet kapacitet til puljens rådighed. Det fremgår således af den fælles månedsopgørelse, præcis hvor meget hver enkelt puljedeltager modtager fra puljen, både før og efter den samlede indtjening er blevet omfordelt.

552. Samtidig tjener Effekthandels månedsmails til løbende at informere puljedeltagerne om formålet med puljeordningen. Den 25. marts 2020 har Effekthandel eksempelvis sendt et informationsbrev til puljedeltagerne, hvor det blandt andet fremgår:

> *"Hvis den tilvækst kan fortsætte de næste 6 måneder, vil vi til efteråret være tæt på den puljestørrelse på 200MW, som jeg mener er nødvendig for at kunne være prissættende, og tilføre puljen en højere gennemsnitsbetaling."*

553. Effekthandels månedsmails, der som anført er adresseret til alle puljedeltagere (det vil sige med alle puljedeltagere indkopieret i modtagerfeltet), indeholder desuden typisk en beskrivelse af puljens fælles strategi om at hæve priserne på mFRR, en beskrivelse af puljeordningens indsats den forudgående måned samt eventuelle nyheder om markedet, om nye puljemedlemmer eller om andre forhold, der i Effekthandels optik er relevante for puljedeltagerne, jf. eksempelvis punkt 315, punkt 317, punkt 324 og punkt 338.

554. Udover at have underskrevet en indmeldelsesaftale og modtaget månedsmails fra Effekthandel, har de 49 værker modtaget informationsmateriale fra Effekthandel, der beskriver den fælles puljeordning, og hvad det indebærer at være en del af denne, jf. eksempelvis punkt 307, punkt 312 og punkt 342.

555. Med denne viden har de 49 værker aktivt valgt at stille deres kapacitet til puljeordningens rådighed med henblik på at bidrage til det fælles formål, "*at presse priserne op på et acceptabelt niveau*" jf. afsnit 3.4.9, punkt 321, og har qua månedsopgørelserne været fuldt ud bekendt med, hvem de øvrige deltagere i puljeordningen var, og at disse har foretaget lignende dispositioner med samme mål for øje.

556. Styrelsen finder med henvisning til ovenstående, at hvert enkelt værk har indgået i én samlet aftale med både Effekthandel og de øvrige deltagere i den fælles puljeordning med henblik på, "*at danne en stor pulje som indmeldes i markedet af én aktør [og] dermed i højere grad […] bestemme hvor mindsteprisen skal ligge i auktionen, og samtidig […] presse priserne op på et acceptabelt niveau*" [styrelsens tilføjelse], jf. afsnit 3.4.9, punkt 321. De enkelte værker har både fra informationsmateriale, månedsopgørelser og de grundlæggende ens, parallelle aftaler med Effekthandel været fuldt ud bekendt med, at der er tale om en puljeordning, hvis grundfunktion og succes i øvrigt er bundet op på, at der skal være adskillige deltagere. Det skal samtidig ses i lyset af, at der slet ikke ville være en puljeordning, hvis der ikke indgik øvrige deltagere. Hertil kommer, at de enkelte værker i forlængelse af indmeldelsen er bekendt med identiteten på samtlige øvrige deltagere senest den efterfølgende måned via puljeordningens fællesmails.

557. Styrelsen lægger derfor sammenfattende til grund, at Effekthandel og de 49 værker har indgået én samlet aftale vedrørende en puljeordning, hvor de 49 værker koordinerer priser og bud på mFRR via Effekthandel.

Tidspunktet for indgåelsen af den samlede aftale

558. Styrelsen finder, at værkerne ved deres underskrift af aftalerne med Effekthandel har indtrådt i den samlede aftale med Effekthandel og de øvrige værker i ordningen fra dette tidspunkt, og at værkerne under alle omstændigheder senest har indtrådt i en fælles aftale med Effekthandel og de øvrige værker fra det øjeblik, de modtager en månedsopgørelse, hvor de gøres bekendt med identiteten på alle øvrige deltagere, men alligevel beslutter sig for at fortsætte i den fælles puljeordning.

559. Det forhold, at det enkelte værk i månedsopgørelserne oplever, at "taberne" i den koordinerede budproces bliver kompenseret af "vinderne" og kan læse, at de andre værker fortsat stiller kapacitet til rådighed for Effekthandel, og med denne information in mente beslutter sig for selv at stille kapacitet til rådighed for Effekthandel, understøtter yderligere, at værket

må anses for ved denne handling at have tiltrådt aftalen med de øvrige værker og Effekthandel.

Delkonklusion

560. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder på baggrund af det ovenstående, at Effekthandel og 49 værker har indgået en samlet aftale om koordinering af priser og bud på mFRR i Vestdanmark (DK1).

4.3.2.3 En horisontal aftale mellem konkurrenter

…

563. Det fremgår af punkt 277-282 ovenfor, at de 49 værker er konkurrenter på det relevante marked. Dette er desuden tilfældet for de værker, som er kraftvarmeværker, også selvom kraftvarmeværkerne er underlagt *hvile-i-sig-selv*-regulering. Kraftvarmeværkerne er således konkurrenter på markedet for mFRR, jf. varmeforsyningslovens § 2 c, stk. 2, jf. § 2, stk. 1, nr. 3.

564. Da de 49 værker udgør aktuelle eller potentielle konkurrenter på det relevante marked, skal aftalen mellem dem anses som horisontal.

565. Det er således underordnet, at aftalen om koordinering af priser og bud mellem 49 konkurrerende værker sker via Effekthandel. Det skyldes, at værkerne ved, at de er en del af en samlet aftale, hvor Effekthandel foretager dispositioner på deres vegne på en sådan måde, at værkerne agerer i fællesskab og under de samme betingelser. Aftalen, som er indgået mellem de 49 konkurrerende værker via Effekthandels puljeordning, skal dermed bedømmes på samme måde, som var den indgået direkte mellem de 49 konkurrerende værker.

566. Styrelsen er derfor ikke enig i den vurdering, som har anlagt, jf. punkt 299, hvorefter "*aftalen mellem Effekthandel og elproducenterne vurderes at være en vertikal aftale*".

567. Styrelsen finder på baggrund af den i sagen foreliggende dokumentation, at det kan lægges til grund, at de 49 værker har været bevidste om aftalens generelle mål og essentielle karakteristika, og at værkerne har deltaget i overtrædelsen som en helhed og dermed er ansvarlige for én samlet horisontal aftale i den foreliggende sag.

Effekthandel er part i den horisontale aftale

568. Når en virksomhed ved både sin adfærd og hensigt har deltaget i en konkurrencebegrænsende aftale, er virksomheden en del af aftalen, uanset at virksomheden ikke måtte være til stede på det marked, hvor konkurrencebegrænsningen finder sted, jf. punkt 538-539.

569. Effekthandel har taget initiativ til oprettelse af puljeordningen og har drevet denne aktivt gennem hele forløbet ved at skaffe flere medlemmer og ved at prissætte de deltagende værkers bud i mFRR-kapacitetsauktionen og fordele indtjeningen mellem deltagerne. Som et fast element i ordningen har Effekthandel således udsendt månedsmails med alle puljedeltagerne indkopieret i modtagerfeltet, der indeholder månedsopgørelser. Fordelingsnøglen, som specifikt viser, hvem der får hvad, er ligeledes udarbejdet af Effekthandel, der herudover løbende har oplyst alle puljedeltagerne om fx nye medlemmer i puljen og strategisk fastsættelse af bud på en sådan måde, at alle puljedeltagere har været bevidste om, hvem der også deltager i puljen, og hvad puljens fremadrettede strategi er. Endelig har Effekthandel en direkte økonomisk interesse i at hæve priserne i markedet, idet Effekthandel modtager provision fra puljens indtægter.
…

571. Styrelsen finder derfor, at det med henvisning til de i sagen foreliggende oplysninger om Effekthandels fremtrædende og koordinerende rolle i den fælles puljeordning kan lægges til grund, at Effekthandel er medansvarlig for aftalen om koordinering af priser og bud på mFRR. Styrelsen har i den forbindelse lagt vægt på, at ordningen er iværksat og drevet af Effekthandel, som dermed har faciliteret og deltaget i de konkurrencebegrænsende tiltag gennem hele forløbet. Effekthandel er dermed en aktiv deltager i den konkurrencebegrænsende aftale. Hertil kommer, at Effekthandel har en økonomisk interesse i de konkurrencebegrænsende tiltag.
…

4.3.3 Til formål og/eller følge af begrænse konkurrencen

601. Den tredje betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 finder anvendelse, er som nævnt, at aftalen direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

602. En aftale har til formål at begrænse konkurrencen, når den på grund af sit indhold og de formål, der herved tilsigtes opfyldt, og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår, ifølge sin natur er egnet til at begrænse konkurrencen. Ved vurderingen af, om en aftale har til følge at begrænse konkurrencen, skal der tages hensyn til faktiske og potentielle virkninger, det vil sige om aftalen har sandsynlige og mærkbart skadelige virkninger for konkurrencen på markedet.

4.3.3.1 Visse former for aftaler har til formål at begrænse konkurrencen

603. Det fremgår af Domstolens praksis, at visse former for aftaler mellem virksomheder kan være tilstrækkelig skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen.

604. Denne retspraksis bunder i den omstændighed, at visse former for aftaler mellem virksomheder *efter deres art* kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår.

605. Begrebet "konkurrencebegrænsende formål" skal fortolkes indskrænkende. For at kunne begrunde at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, uden at det er nødvendigt at foretage en analyse af dens følger, må der foreligge pålidelige og solide erfaringer for, at det kan fastslås, at aftalen efter sin art er skadelig for konkurrencen.

606. Der stilles efter EU-praksis ikke krav om, "*at den samme type af aftaler allerede er blevet påtalt af Kommissionen, for at disse kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, selvom disse aftaler indgår i en specifik sammenhæng […]*".

607. Ifølge Domstolens faste praksis er det væsentligste kriterium for at afgøre, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, konstateringen af, at en sådan aftale "*[…] i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen*."

608. Hvis en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det således unødvendigt at påvise konkrete virkninger på markedet.

609. Af Domstolens dom i *Groupement des cartes bancaires* fremgår det, at:

> *"Ifølge Domstolens praksis er det for at vurdere, om en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er tilstrækkelig skadelig til at kunne anses for at udgøre en restriktion med et »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, [nu TEUF artikel 101, stk. 1] nødvendigt at forholde sig til indholdet af bestemmelserne, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår."* [styrelsens indsættelse og understregning].

610. Ved inddragelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng, som en aftale indgår i, *"[…] skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, tages i betragtning […]"* ved vurderingen af, om aftalen har et konkurrencebegrænsende formål.

611. Vurderingen af de formål, en aftale tilsigter at opfylde, er en objektiv vurdering og ikke en vurdering af aftaleparternes subjektive hensigt. Parternes subjektive hensigt kan dog tages i betragtning. I *Groupement des cartes bancaires* fastslog Domstolen fx, at:

> *"Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en aftale mellem virksomheder, er der intet, der forbyder konkurrencemyndighederne, de nationale domstole eller Unionens retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning"*

612. En aftale kan også godt anses for at have et konkurrencebegrænsende formål inden for rammerne af TEUF artikel 101, stk. 1, selvom aftalen også forfølger andre lovlige formål.

613. Konstateringen af, om en aftale *i sig selv er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen* svarer således overordnet til en vurdering af, om en aftale objektivt set er egnet til at begrænse konkurrencen.

614. I *Vejstribe-sagen* fastslog Højesteret:

> *"[…] at der for at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning til formål skal være fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger."*

615. I det følgende vurderes det, hvorvidt de 49 værkers og Effekthandels aftale har haft til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.3.2 Horisontal koordinering af priser og bud har generelt til formål at begrænse konkurrencen

616. Efter fast praksis er der visse typer af alvorlige konkurrencebegrænsende aftaler, hvor det som udgangspunkt lægges til grund, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen.

617. Efter konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 er det forbudt for virksomheder mv. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3 samt TEUF, artikel 101, stk. 1, litra a og c, kan aftaler bestå af at fastsætte købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser, og at opdele markeder eller forsyningskilder.

618. Aftaler mellem konkurrenter om priser kan eksempelvis omfatte fastsættelse af fælles salgspriser, købspriser, målpriser, mindstepriser, prisforhøjelser mv. Forbuddet mod prisaftaler mellem konkurrenter omfatter således enhver aftale, der direkte eller indirekte påvirker slutprisen på et produkt eller en tjenesteydelse.

619. Grundtanken bag konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 er, at enhver virksomhed selvstændigt skal tage stilling til den politik, virksomheden vil føre på markedet, og de vilkår, som virksomheden vil tilbyde sin kundekreds. Domstolen har blandt andet udtalt i *Eturas*-sagen, at:

> *"enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på det fælles marked. Dette krav om uafhængighed udelukker således kategorisk enhver direkte eller indirekte kontakt mellem sådanne erhvervsdri-*

> *vende, der er egnet til enten at have indflydelse på en eksisterende eller potentiel konkurrents adfærd på markedet eller over for en sådan konkurrent at afsløre den adfærd, som man selv har bestemt sig for at udvise, eller som man overvejer at udvise på dette marked, når sådanne kontakter har til formål eller til følge, at der opstår konkurrencevilkår, som ikke svarer til det pågældende markeds normale vilkår."* [styrelsens understregning]

620. Der er i dansk og EU-praksis grebet ind over for koordinering af priser og bud i en lang række sager. Koordinering af priser og bud betragtes normalt som havende til formål at begrænse konkurrencen. Dette skyldes, at aftaler mellem konkurrenter om priser og bud går imod princippet om, at enhver virksomhed uafhængigt skal tage stilling til sin egen prispolitik.

623. I *Rørkartel*-sagen havde en række producenter af præisolerede rør til fjernvarmeanlæg blandt andet aftalt en fordeling af de enkelte projekter, der blev udbudt, og fastsat den pris, som en virksomhed skulle tilbyde for at få ordren, samt aftalt beskyttelse af "vinderen" og kompensationsordninger til de tilbudsgivere, der ikke fik ordren. Kommissionen udtalte, at markedsdeling og prisfastsættelse i sig selv begrænser konkurrencen, og at de vigtigste konkurrencebegrænsende aspekter af det komplekse net af aftaler og arrangementer, som indgik i den foreliggende sag, havde et klart konkurrencebegrænsende formål. Disse konkurrencebegrænsende aspekter indbefattede blandt andet markedsdeling (herunder koordinering af bud), prisfastsættelse og aftaler om, at de tilbudsgivere, der ikke fik ordren ved udbudsproceduren, skulle kompenseres på anden vis.

624. I *Elevators and Escalators*-sagen, der vedrørte et kartel om elevatorer og rulletrapper, fandt Kommissionen, at de involverede virksomheders koordinering af bud ved at samarbejde om at tildele udbud om salg og montering af elevatorer og rulletrapper begrænsede virksomhedernes individuelle kommercielle adfærd og havde til formål at begrænse konkurrencen. Kommissionen fastslog i den forbindelse, at:

> *"[…] the various collusive arrangements and mechanisms adopted by the suppliers were all ultimately aimed at inflating prices, to the benefit of the undertakings involved, and to a higher level than that which would have been determined by conditions of free competition."*

625. Den ovenfor nævnte praksis viser således sammenfattende, at horisontale aftaler om koordinering af priser og bud (i form af aftaler mellem tilbudsgivere) generelt anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.3.3 Effekthandels og de 49 værkers aftale har til formål at begrænse konkurrencen

626. Ved vurderingen af, hvorvidt Effekthandel og de 49 værkers adfærd i sagen har haft til formål at begrænse konkurrencen, tages der udgangspunkt i ovennævnte kriterier fra dansk- og EU-praksis. Der ses således på

(i) aftalens indhold, (ii) de formål, aftalen tilsigter at opfylde, og (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår.

627. Som anført i afsnit 4.3.3.2 anses aftaler om priser og bud, som påvirker prisdannelsen i det horisontale led mellem konkurrenter, generelt i praksis for at have til formål at begrænse konkurrencen.

628. Når de 49 værker deltager i mFRR-kapacitetsauktionen, melder det enkelte værk selv en given kapacitet til rådighed via sin produktionsbalanceansvarlige aktør. Det er denne kapacitet, som Effekthandel derefter prisfastsætter i de produktionsbalanceansvarlige aktørers indmeldingsportal. Effekthandel varetager dermed de 49 værkers prisfastsættelse og koordinerer dermed de konkurrerende værkers priser og bud. De 49 værker koordinerer således deres priser og bud gennem Effekthandels puljeordning, da det ikke er værkerne selv, der fastsætter deres priser. Derved elimineres den priskonkurrence, der ellers burde være mellem de 49 værker ved prissætningen i mFRR-kapacitetsauktionen.

629. Udover at Effekthandel fastsætter prisen på værkernes bud, koordinerer Effekthandel buddene med henblik på at danne en generelt højere pris i mFRR-kapacitetsauktionen. Dette fremgår blandt andet af e-mail fra Effekthandel til puljedeltagerne:

> *"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."* [styrelsens understregning]

630. Videre fremgår Effekthandels, og dermed puljens, strategi af e-mail fra Effekthandel til puljedeltagerne:

> *"Som jeg har skrevet tidligere, er det begrundet i måden jeg melder ind i markedet på, - kombineret med de systemer (eller rettere sagt, mangel på systemer) jeg har til min rådighed, når der skal laves indmeldingsstrategier, - og derfor vil nogle anlæg oftest ligge i "bunden" og dermed blive godtaget i rådighed ganske ofte = mange penge fra PBA.*
>
> *De anlæg der ligger i mellemgrupperne vil have en del timer godtaget, - og de anlæg der ligger som prispressere i toppen, vil ofte bliv smidt ud over kanten."* [styrelsens understregning]

631. Effekthandel bruger dermed værkernes indmeldte bud (kapacitet) til at fastsætte priserne på buddene strategisk med henblik på at kunne påvirke clearingsprisen i auktionen i opadgående retning. Som et led i sin indmeldingsstrategi, med henblik på at hæve prisen på markedet, koordinerer Ef-

fekthandel således værkernes bud, når Effekthandel fastsætter priser på buddene. Effekthandel koordinerer således både priser og bud på mFRR i Vestdanmark (DK1).

632. Dermed fordrejes konkurrencesituationen, idet priserne på markedet hæves til værkernes egen fordel til over det niveau, der kan opnås under frie konkurrencevilkår.

4.3.3.3.1 Aftalens indhold

633. Som beskrevet i afsnit 3.4.2, punkt 300-303, består aftalen mellem Effekthandel og de 49 værker i, at de 49 værker har uddelegeret prisfastsættelsen af den kapacitet, som værkerne ellers hver for sig melder ind i mFRR-kapacitetsauktionen, til Effekthandel. Ifølge aftalen prissætter Effekthandel de 49 værkers kapacitet ved, at værkerne deler deres adgangskode til deres individuelle login til indmeldingsportalen hos deres produktionsbalanceansvarlige aktør med Effekthandel.

634. Figur 4.1 viser aftalens indhold:
…

635. Det fremgår af aftalen, at værkerne indgår i en pulje med de andre værker, det vil sige deres konkurrenter: "[…] *Effekthandel ApS derefter fordeler indtjeningen mellem de deltagende virksomheder, efter fordelingsnøglen*" [styrelsens understregning]. Fordelingsnøglen giver puljedeltagerne et overblik over, om det enkelte værk skal betale eller modtage betaling fra Effekthandel.

636. Effekthandel har i perioden fra oktober 2019 til i hvert fald august 2022 hver måned fremsendt fælles månedsmails med en fordelingsnøgle til samtlige puljedeltagere. Fordelingsnøglen indeholder specifikke oplysninger om, hvilke værker der har meldt kapacitet ind i rådighedsmarkedet på hvilke dage, hvilken betaling hvert enkelt deltagende værk har modtaget fra deres produktionsbalanceansvarlige aktør, hvilken pris hvert enkelt værk skal betale Effekthandel for "håndtering", samt om værkerne skal modtage eller betale (afregne) penge til andre puljedeltagere.

637. Aftalen består desuden i, at de 49 værker betaler Effekthandel provision af puljeordningens samlede indtjening fra mFRR-kapacitetsauktionen. Den samlede betaling og andelen, som de enkelte værker skal betale Effekthandel, fremgår også af fordelingsnøglen.

638. Endelig fastsætter aftalen, at de 49 værker ikke selv må indmelde priser i mFRR-kapacitetsauktionen, så længe aftalen med Effekthandel og dermed aftalen med puljeordningen er gyldig.

639. Når de 49 værker deltager i puljeordningen og uddelegerer prisfastsættelsen af mFRR til én aktør (Effekthandel) medfører dette, at de 49 værker koordinerer både priser og bud på mFRR via puljeordningen.

640. På baggrund af ovenstående finder styrelsen, at aftalen, bedømt ud fra sit indhold, må anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.3.3.2 De formål, aftalen tilsigter at opfylde

641. I det følgende foretages der en vurdering af aftalens formål.

642. Den omhandlede adfærd i puljeordningen har haft et overordnet formål om at hæve priserne på mFRR i Vestdanmark (DK1) ved at indmelde priser og bud på mFRR i fællesskab og dele risiko og gevinst mellem puljedeltagere.

643. I en fælles mail til puljedeltagerne af den 25. marts 2020 har Effekthandels direktør, Finn Grønkjær, i det vedhæftede informationsmateriale fx anført følgende:

> *"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."* [styrelsens understregning]

644. Mail af 25. januar 2021 fra Effekthandels direktør, Finn Grønkjær, til puljedeltagerne illustrerer ligeledes puljeordningens formål:

> *"[…] De af jer der har været med fra start, vil kunne genkende tankerne bag dette, - da Effekthandel ikke er etableret for at være en pengemaskine, - men et redskab til at hæve rådighedspriserne generelt til et niveau, hvor produktionsanlæggene kan bidrage positivt til puljedeltagernes forretninger. […]"* [styrelsens understregning]

645. En aftale kan have til formål at begrænse konkurrencen, selv om den eventuelt også har som formål at opfylde andre eventuelle legitime mål, jf. fx Domstolens afgørelse i *BIDS*-sagen, omtalt i punkt 612.

646. Ifølge en række af parterne har deres formål med aftalen med Effekthandel været at spare ressourcer samt at sikre forsyningssikkerheden, jf. afgørelsens afsnit 3.5.11 og 3.5.12. Ifølge parterne har formålet med aftalen dermed ikke været at opnå højere afregningspriser.

647. Som det fremgår af afsnit 4.3.3.1 ovenfor, er parternes subjektive hensigt ikke afgørende, men kan tages i betragtning.

648. Værkernes hensyn om at spare ressourcer er som udgangspunkt et legitimt mål at følge, og et sådan hensyn kan have spillet en rolle for mange værker og for Effekthandel i forhold til at indgå i aftalen. For så vidt angår et formål om at sikre forsyningssikkerheden, er det Klima-, Energi og Forsyningsministeren, der har det overordnede ansvar for elforsyningssikkerheden og fastsætter niveauet herfor, såvel som det er Energinet, der er ansvarlig for at opretholde det fastsatte niveau af elforsyningssikkerhed.

649. Styrelsen finder, at det er godtgjort, at aftalens objektive formål har været at hæve priserne på mFRR ved at lade én aktør indmelde priser på vegne af de 49 værker i mFRR-kapacitetsauktionen, og dermed begrænse konkurrencen mellem de 49 værker.

650. Dette ses i øvrigt også ved, at der har været en klar subjektiv hensigt om at hæve priserne på mFRR. Eksempelvis følger det af nedenstående mail fra Effekthandels direktør, Finn Grønkjær, til puljedeltagerne den 28. september 2021:

> *"Jeg [direktør for Effekthandel, Finn Grønkjær] arbejder selvfølgelig for at skaffe nye deltagere til puljen og vil i mellemtiden gøre alt hvad der står i min magt, for at påvirke priserne i opadgående retning."* [styrelsens tilføjelse og understregning]

651. Videre fremgår det af Effekthandels månedsopgørelse for september 2021, sendt til puljedeltagerne den 27. oktober 2021:

> *"Jeg [direktør for Effekthandel, Finn Grønkjær] forsøger selvfølgelig at finde de lommer i markedet, hvor vi kan presse priserne op, og dem kommer der nok flere af, nu hvor vejret også går mod lavere temperaturer."* [styrelsens tilføjelse og understregning]

652. Under alle omstændigheder er et formål om at hæve priserne på markedet på mFRR, og derved øge puljemedlemmernes indtjening, herunder Effekthandels indtjening i form af provision af puljeordningens indtjening, ikke et legitimt formål at følge for en virksomhed, hvis dette sker gennem en konkurrencebegrænsende aftale.

653. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at det objektive formål med aftalen har været at hæve priserne på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1), og at aftalen dermed har til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.3.3.3 Den retlige og økonomiske kontekst

654. I det følgende vurderes aftalen i sin retlige og økonomiske kontekst. Dette omfatter en vurdering af, om aftalen mellem Effekthandel og værkerne også set i lyset af den markedsmæssige sammenhæng, som aftalen indgår i, objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktiske indtrådte ska-

devirkninger. Det skal således klarlægges, at der ikke er karakteristika ved markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1), der kan begrunde, at aftalen mellem Effekthandel og de 49 værker ikke kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

655. Ifølge EU-praksis skal der ved vurderingen af aftalen set i den retlige og økonomiske sammenhæng tages hensyn til, hvilke produkter der er tale om, og hvordan de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer.

656. I denne sag er det relevant at fokusere på aktører på markedet, budområderne Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2) samt auktionsformatet i analysen af den retlige og økonomiske sammenhæng.

657. Der foreligger ikke nogen særlig regulering vedrørende salg af mFRR, der efter styrelsens opfattelse kan begrunde en aftale om koordinering af priser og bud for at hæve priserne på mFRR i Vestdanmark (DK1), jf. uddybende i det følgende.

Aktører på markedet

658. Klima-, Energi-, og Forsyningsministeren har det overordnede ansvar for elforsyningssikkerheden og fastsætter niveauet herfor. Det er derfor Klima-, Energi-, og Forsyningsministerens opgave at sikre forsyningssikkerheden for det danske elnet.

659. Derudover er Energinet ansvarlig for at opretholde det fastsatte niveau af elforsyningssikkerhed, og Energinet skal i den forbindelse sikre, at der er tilstrækkelig produktionskapacitet, teknisk kvalitet og balance i det sammenhængende elforsyningssystem.

660. At Energinet er ansvarlig for at sikre balance i det sammenhængende elforsyningssystem medfører, at det er Energinet, der indkøber systemydelser, herunder mFRR, for at opretholde balance i elnettet. Energinet er således eneindkøber af mFRR i Danmark.

661. Energinet indkøber mFRR gennem balanceansvarlige aktører, som videreformidler bud fra deres kunder til Energinet, som afholder mFRR-kapacitetsauktionen. Som beskrevet i afsnit 3.3.2, kan en balanceansvarlig aktør modtage bud i form af en bestemt kapacitet og en tilhørende pris fra sine kunder, og den balanceansvarlige har derefter til opgave at videresende buddene/priserne til Energinet. En balanceansvarlig aktør skal opfylde en række krav for at kunne fungere om balanceansvarlig.

662. Hvis buddene fra de balanceansvarlige aktørers kunder ikke er store nok til at blive indmeldt som selvstændige bud, kan den balanceansvarlige aktør indtage rollen som aggregator, således at buddene kan videreformidles til Energinet. Som anført i afsnit 3.3.2.1 er en aggregators funktion at pulje el-produktion og -forbrug og optimere kapacitet på el-markederne. I

mFRR-kapacitetsauktionen kan en aggregator således sørge for, at værker, der ikke i sig selv har stor nok kapacitet til at indmelde individuelle bud, kan deltage i markedet ved at pulje bud sammen, der i fællesskab opfylder kravene om minimumsstørrelsen på bud. Det er ikke aggregatorens opgave at fastsætte prisen på buddene, men blot at pulje bud og videresende disse til Energinet.

663. Balanceansvarlige aktørers og aggregatorers rolle på markedet for mFRR har dog ingen betydning i denne sag, da Effekthandel ikke er godkendt som balanceansvarlig aktør og således heller ikke udfører rollen som aggregator. Derudover er det styrelsens opfattelse, at Effekthandel ikke udfører samme opgaver som en aggregator, idet Effekthandel udelukkende prissætter bud i mFRR-kapacitetsauktionen på vegne af værkerne for at videresende disse til en balanceansvarlig aktør, som efter behov aggregerer værkernes bud. Effekthandel udfører således ikke denne ydelse, som gør det muligt for mindre værker at deltage i mFRR-kapacitetsauktionen.

Østdanmark (DK2)

664. Det fremgår af punkt 248, at mFRR i Danmark indkøbes i to separate budområder, Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2). Der afholdes således uafhængige auktioner i Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2). Dette medfører, at markedsforholdene i Østdanmark (DK2) ikke umiddelbart har en direkte effekt på markedsforholdene i Vestdanmark (DK1). En stigning i priserne på mFRR i Østdanmark (DK2) medfører således ikke nødvendigvis en prisstigning på mFRR i Vestdanmark (DK1), ligesom en prisstigning på mFRR i Vestdanmark (DK1) ikke nødvendigvis medfører en prisstigning på mFRR i Østdanmark (DK2). Det kan dog ikke udelukkes, at en prisstigning i det ene område, vil kunne medføre en prisstigning i det andet område.

665. Et større udbud i et område end et andet område vil alt andet lige medføre, at der er lavere priser i området med det største udbud. Hvis udbuddet fx er højere i Vestdanmark (DK1) end i Østdanmark (DK2), men efterspørgslen er identisk, vil prisen som udgangspunkt være lavere i Vestdanmark (DK1) på baggrund af det højere udbud. Der kan således være en naturlig forklaring på prisforskelle mellem områder.

666. Styrelsen bemærker, at forholdene ikke nødvendigvis skal være ens i de to områder. At priserne er højere i Østdanmark (DK2) relativt til prisen i Vestdanmark (DK1) eller at markedet for mFRR i Østdanmark (DK2) er et mere koncentreret marked end Vestdanmark (DK1), er således ikke nødvendigvis et tegn på, at markedet i Vestdanmark (DK1) er mindre velfungerende end markedet i Østdanmark (DK2), eller omvendt. Selv hvis priserne i Østdanmark (DK2) måtte være højere end i Vestdanmark (DK1), medfører dette ikke, at aktører i Vestdanmark (DK1) kan have en forventning om at kunne opnå det samme prisniveau som i Østdanmark (DK2) og

kan tage andre midler end, hvad der anvendes i den normale konkurrence, i brug for at opnå dette.

667. Uanset om det lavere prisniveau i Vestdanmark måtte hidrøre fra en hårdere konkurrence mellem aktører i Vestdanmark (DK1) end mellem aktører i Østdanmark (DK2) eller ej, er dette ikke en sådan omstændighed ved den retlige og økonomiske kontekst, der giver anledning til tvivl om aftalens formål, og giver således ikke en objektiv begrundelse for at begrænse konkurrencen i Vestdanmark (DK1).

668. Som beskrevet i punkt 253, indkøber Energinet 300 MW mFRR i Østdanmark (DK2) til brug for deling til Vestdanmark (DK1). Når flowet gennem Storebæltsforbindelsen er fra Vestdanmark (DK1) til Østdanmark (DK2), vil det være nødvendigt at vende flowet, for at kunne dele reserver. Dette er dog ikke ensbetydende med, at det ikke er muligt at dele reserver. Det er ligeledes muligt at dele reserver fra Vestdanmark (DK1) til Østdanmark (DK2), hvis der er behov for dette. De 300 MW mFRR, som Energinet indkøber i Østdanmark (DK2) til brug for deling til Vestdanmark (DK1), kan alt andet lige medføre lavere priser i Vestdanmark (DK1).

669. Markedsforholdene i Østdanmark (DK2) kan påvirke markedsforholdene i Vestdanmark (DK1), men det er ikke styrelsens vurdering, at der er noget usædvanligt ved, at markeder påvirker hinanden, for eksempel ved at udbydere fra et område kan være med til at sænke prisen i et andet område.

670. Det forhold, at der både indkøbes mFRR i Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2), men at priserne er lavere i Vestdanmark (DK1) end i Østdanmark (DK2), eller at der deles reserver fra Østdanmark (DK2) til Vestdanmark (DK1), ændrer ikke på, at det er en overtrædelse af konkurrencereglerne at indgå prisaftaler.

671. Det er således styrelsens vurdering, at forskellige markedsforhold i sammenlignelige markeder, i dette tilfælde markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2), ikke er en sådan omstændighed i den retlige og økonomiske kontekst, der giver anledning til tvivl om aftalens formål, og at det dermed er en overtrædelse af konkurrencereglerne at indgå en prisaftale med formålet om at hæve priserne.

Auktionsformatet

672. Styrelsen bemærker, at markedet for mFRR er designet til, at Energinet kan købe billigst muligt mFRR, og at auktionsformatet til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) medfører, at Energinet skal acceptere de laveste bud i mFRR-kapacitetsauktionen, indtil Energinets efterspørgsel på kapacitet er dækket.

673. Auktionsformatet for indkøb af mFRR, som er et *pay-as-clear*-format, medfører, at det for de fleste mindre producenter ikke er muligt at påvirke prissætningen. Hvis en enkelt producent ønsker at modtage en højere afregning for sin kapacitet, ved at byde et højt bud, vil producenten forvente ikke at få accepteret sit bud, fordi der er rigeligt med andre producenter, der byder lavere priser. Det er derfor et auktionsformat, hvor det er svært at påvirke prisen for den enkelte mindre virksomhed. Dette medfører, at det typisk er de mest effektive producenter, som får deres bud accepteret i mFRR-kapacitetsauktionen.

674. Hvis producenten derimod råder over større kapacitet, stiger sandsynligheden for, at et bud antages, selv om prisen er høj. Det skyldes, at kapaciteten er nødvendig for, at efterspørgslen kan mødes. Derfor vil det være muligt for producenter, der byder ind til koordinerede priser, og som tilsammen råder over større kapacitet, at opnå højere priser, end hvis de byder ind hver for sig.

675. Hvis en producent har en dyr produktionsenhed i forhold til andre, der melder ind på markedet, og derfor typisk ikke får accepteret sine bud, må producenten vurdere, om enheden skal deltage i markedet for mFRR, om der er andre markeder, der er bedre for producenten at deltage i, eller om det er mest rentabelt at skrotte produktionsenheden.

Reservationspris

676. I en auktion, hvor afregning foregår efter *pay-as-clear*-metoden, har aktørerne et incitament til at byde deres reservationspris. Reservationsprisen er den mindste pris, som aktøren er villig til at sælge sin mFRR til. Reservationsprisen svarer således ofte til omkostningerne ved at stå til rådighed en ekstra time (de marginale omkostninger), men kan derudover indeholde yderligere omkostninger fx omkostninger til varme- eller el-produktion. Reservationsprisen er derfor ikke nødvendigvis det samme som de marginale omkostninger. Hvis en aktør byder en pris svarende til reservationsprisen, vil aktøren i det tilfælde, hvor aktørens bud, er det bud, der clearer markedet, få dækket de omkostninger, som aktøren har indregnet i sin reservationspris.

677. I tilfælde, hvor der er stor sandsynlighed for, at en aktørs bud er det prissættende bud, er der tilskyndelse til at byde højere end reservationsprisen. I dette tilfælde vil aktøren som udgangspunkt hæve sit bud over reservationsprisen.

678. El-producenter, herunder kraftvarmeværker, har som udgangspunkt et incitament til at byde deres reservationspris i mFRR-kapacitetsauktionen. Hvis en el-producent prissætter et bud under reservationsprisen og mod forventning bliver prissættende, medfører auktionen formentligt et tab for el-producenten, da clearingsprisen i dette tilfælde ikke dækker omkostningerne, som aktørens reservationspris er baseret på.

679. Det, der kan tilskynde el-producenter, herunder kraftvarmeværker, til at indmelde lave priser i en *pay-as-clear*-auktion (fx 1 kr./MW), er tilfælde, hvor producenten ikke har et alternativt brug af produktionsenheden (fx en gasmotor). I denne situation er der som udgangspunkt ikke ekstra omkostninger for el-producenten forbundet med at stå til rådighed i forhold til, hvis produktionsenheden står stille, hvorfor det antages, at aktøren har en lav reservationspris. Det er derfor som udgangspunkt rentabelt for producenten at indmelde et lavt bud og blive accepteret i mFRR-kapacitetsauktionen og opnå en indtjening uden yderligere omkostninger, da alternativet er at have de samme omkostninger, men ingen indtjening.

680. El-producenterne, herunder kraftvarmeværkerne, kan have behov for, at de af deres produktionsenheder, der kan stå til rådighed som mFRR, står klar til drift, uanset om enheden meldes ind i markedet for mFRR. Det skyldes, at produktionsenheden skal kunne anvendes i forbindelse med kraftvarmeværkets varmeproduktion. Når kraftvarmeværket bruger produktionsenheden til varmeproduktion, kan enheden ikke meldes ind i markedet for mFRR. Produktionsenheden producerer derimod strøm til day-ahead- eller intraday-markedet.

681. Markedet for mFRR er designet således, at aktører som udgangspunkt skal vurdere, hvad deres omkostninger ved at stå til rådighed er, når de fastsætter deres bud i auktionen.

682. Da kraftvarmeværkerne i forbindelse med deres primære aktivitet skal have produktionsenheden stående klar til kunne producere varme, vil disse omkostninger typisk ikke være forbundet med at stå til rådighed med mFRR. Kraftvarmeværkerne vil da ikke have væsentlige omkostninger forbundet med at have produktionsenheden klar til at stå til rådighed som mFRR, da formå- let med produktionsenheden er at stå klar til varmeproduktion. At produktionsenheden kan indmeldes i markedet som mFRR, når enheden ikke bruges til varmeproduktion, er derfor en gevinst for kraftvarmeværkerne uanset indtjeningen, da alternativet er, at enheden står stille uden indtjening.

683. Et værk, der står til rådighed og bliver aktiveret af Energinet i forbindelse med opregulering i regulérkraftmarkedet, vil som udgangspunkt få dækket de omkostninger, der relaterer sig til selve aktiveringen, via regulérkraftprisen, jf. også punkt 265 ovenfor. Regulérkraftprisen er det beløb, som alle el-producenter modtager, hvis den accepterede kapacitet bliver aktiveret, og der skal leveres energi. Regulérkraftprisen fastsættes også efter *pay-as-clear*-formatet, men der kan indgå salgsbud fra de andre nordiske lande og andre typer reservekraft end i mFRR-kapacitetsauktionen. Aftalen om priskoordinering, der er genstand for denne sag, vedrører alene kapacitetsbud og dermed ikke bud på levering af energi. Aftalen påvirker derfor kun indirekte regulérkraftprisen.

684. Hvis de deltagende virksomheder i mFRR-kapacitetsauktionen indmelder lave priser (fx 1 kr./MW), kan det være et udtryk for, at el-producenterne, herunder kraftvarmeværkerne, har begrænsede omkostninger ved at stå til rådighed, og deres reservationspris derfor er en lav pris, idet mFRR ikke er den primære brug af produktionsenheden. En lav clearingspris på markedet kan således være udtryk for effektiv konkurrence, og at priserne dermed ligger omkring en stor andel af el-producenternes reservationspriser.

Delkonklusion om retlig og økonomisk kontekst

685. Efter en undersøgelse af de centrale aspekter ved markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1), herunder aktørernes rolle og auktionsformatet samt sammenhængen med markedet for mFRR i Østdanmark (DK2), finder styrelsen, at der ikke er forhold, som skaber berettiget tvivl om, at aftalen mellem Effekthandel og de 49 værker har til formål at begrænse konkurrencen.

686. Den retlige og økonomiske kontekst bekræfter og understøtter dermed, at aftalens indhold og dens 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.

4.3.3.4 Konklusion om at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen.

687. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens konklusion, at aftalen om koordinering af priser og bud på mFRR i Vestdanmark (DK1) har til formål at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk.1, og TEUF artikel 101, stk. 1, idet:

- aftalen mellem Effekthandel og de 49 værker vedrører koordinering af priser og bud på mFRR i Vestdanmark (DK1),
- formålet med aftalen er at begrænse konkurrencen på *markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1)* ved at samle en række værker i en pulje med henblik på at hæve priserne på mFRR,
- den retlige og økonomiske kontekst understøtter og bekræfter, at aftalen om koordinering af priser og bud er egnet til at begrænse konkurrencen på *markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1).*

4.3.4 Mærkbar konkurrencebegrænsning

688. Den fjerde betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 finder anvendelse, er som nævnt, at konkurrencebegrænsningen er mærkbar. Hvorvidt en konkurrencebegrænsning er mærkbar beror dels på en kvantitativ vurdering og dels en kvalitativ vurdering.

689. For aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at foretage en konkret vurdering af kvantitativ og kvalitativ mærkbarhed, da sådanne aftaler efter deres art opfylder mærkbarhedskravet, jf. Domstolens dom fra 2012 i *Expedia Inc.*:

> *"Det må således fastslås, at en aftale, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, efter sin art og uanset faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen."*

690. Da Effekthandel og de 49 værkers aftale om koordinering af priser og bud på mFRR i Vestdanmark (DK1) har til formål at begrænse konkurrencen, jf. afsnit 4.3.3, udgør den derfor også en mærkbar begrænsning af konkurrencen.
…

4.3.5 Overtrædelsens varighed

691. Styrelsen er i besiddelse af en række beviser for Effekthandels og de 49 værkers overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a og c. På baggrund af sagens beviser er det styrelsens vurdering, at overtrædelsen har fundet sted fra den 1. september 2019, hvor Effekthandel indgik den første aftale med en virksomhed om at deltage i puljeordningen, jf. afsnit 3.4.2.

692. Styrelsen har modtaget dokumentation for, at Effekthandel har udsendt e-mails, der indeholder månedsopgørelser, til en række puljedeltagere for perioden september 2019 til i hvert fald august 2022. Styrelsen ligger dermed til grund, at den overordnede overtrædelse i hvert fald har varet fra september 2019 til august 2022.

693. Det fremgår af Tabel 3.3 og Tabel 3.4, jf. afsnit 3.4.2 om den omhandlede adfærd, hvornår de enkelte værker er indtrådt i aftalen, samt hvis – og i givet fald hvornår – de enkelte værker har opsagt aftalen med Effekthandel og dermed, hvornår værkerne er udtrådt af den horisontale aftale med Effekthandel og de øvrige værker. Overtrædelsens varighed varierer således for de enkelte parter alt afhængig af, hvornår de har underskrevet aftalen med Effekthandel og dermed indtrådt i puljeordningen (starttidspunktet), og hvornår de har opsagt aftalen med Effekthandel og dermed er udtrådt af puljeordningen.

4.3.6 Konklusion vedrørende konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101

694. På baggrund af ovenstående finder Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sammenfattende, at:

» Effekthandel og de 49 værker opfylder virksomhedsbegrebet,

» der foreligger en aftale mellem Effekthandel og de 49 værker om at koordinere priser og bud,
» aftalen har til formål at begrænse konkurrencen på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1), og
» aftalen udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning 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.

4.4 Fritagelse

695. En konkurrencebegrænsende aftale kan i særlige tilfælde være fritaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

696. Det kan enten skyldes, at aftalen er omfattet af en gruppefritagelse og dermed fritaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1, eller også kan det skyldes, at aftalen er individuelt fritaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101. stk. 1, i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3.

697. Det bemærkes, at styrelsen ikke har kompetence til at gruppefritage eller individuelt fritage en aftale fra forbuddet i TEUF artikel 101, stk. 1. Styrelsen skal derimod vurdere om betingelserne for gruppefritagelse eller individuel fritagelse i TEUF artikel 101, stk. 3, fra forbuddet i TEUF artikel 101, stk. 1, er opfyldt, dog uden at kunne konkludere, at aftalen er fritaget, eller at TEUF artikel 101, stk. 1, er uanvendelig. Hvis styrelsen vurderer, at betingelserne i TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt, kan styrelsen beslutte, at der ikke er grundlag for at gribe ind efter TEUF artikel 101, stk. 1.

4.4.1 Aftalen er ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen

698. Aftalen er ikke omfattet af en gruppefritagelse, da aftalen er af horisontal karakter, og idet den hverken vedrører forsknings- og udviklingsaftaler, specialiseringsaftaler eller teknologioverførselsaftaler.

699. Parterne har dog i sagen gjort gældende, at Effekthandel har indgået vertikale aftaler med de 49 værker, samt at aftalerne ikke indeholder særligt alvorlige konkurrencebegrænsninger. Parterne har videre gjort gældende, at hverken de 49 værker eller Effekthandel har en markedsandel på 30 pct. eller derover på markedet for mFRR, hvorfor at aftalen må være omfattet af den vertikale gruppefritagelse.

700. Som beskrevet i afsnit 4.3.2.3, er det styrelsens vurdering, at de 49 værker er konkurrenter på det relevante marked for salg af mFRR, hvorfor styrelsen anser aftalen mellem de 49 værker som horisontal. Derudover er det styrelsens vurdering, at Effekthandel er medansvarlig for koordineringen af priser og bud og dermed, at Effekthandel er en del af den horisontale aftale. Styrelsen finder samlet, at aftalen er horisontal.

701. Gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler finder ikke anvendelse på horisontale aftaler. Parternes horisontale aftale om koordinering af priser og bud er således ikke omfattet af denne gruppefritagelse.

702. Selv hvis aftalen om koordinering af priser og bud konkurrenceretligt skulle anses som en vertikal aftale mellem Effekthandel og hvert enkelt værk, så har aftalen blandt andet til formål at begrænse parternes mulighed for at fastsætte deres egen pris på mFRR-kapacitetsauktionen, og aftalen falder derfor uden for gruppefritagelsen.

4.4.2 Aftalen opfylder ikkebetingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovenes § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3

703. Det følger af konkurrencelovens § 8, stk. 1, at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, ikke finder anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder opfylder fire betingelser.

704. De fire kumulative betingelser er, at aftalen:

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.

705. Konkurrencelovens § 8, stk. 1, sondrer ikke mellem alvorlige og ikke-alvorlige konkurrencebegrænsninger. I princippet kan alle konkurrencebegrænsende aftaler derfor opnå fritagelse, men det kræver en særlig underbygget begrundelse, hvis aftaler, som indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger, skal kunne opfylde betingelserne i konkurrencelovens § 8. Det er således ikke sandsynligt, at alvorlige konkurrencebegrænsninger opfylder betingelserne for fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1.

706. Det er virksomhederne, der har bevisbyrden for, at alle betingelserne for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt.

707. En række af parterne har som en del af deres høringssvar til styrelsens klagepunktsmeddelelse af den 22. februar 2023 anført, at Effekthandels aftaler med de 49 værker er fritaget, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1.

708. Styrelsen vil nedenfor foretage en vurdering af, om de fire betingelser for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt ud fra de anbringender, som parterne har anført i deres høringssvar. Det bemærkes,

at alle fire betingelser skal være opfyldt, før aftalen mellem Effekthandel og de 49 værker kan fritages i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1.

Ad (1): Bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling

709. Vedrørende den første og den anden betingelse har parterne fremført, at aftalen styrker salget af mFRR i Vestdanmark (DK1) og derved også styrker forsyningssikkerheden, idet aftalen sikrer et større udbud af kapacitet i auktionen for mFRR, da værkerne ellers ikke har kunnet opnå dækning af deres omkostninger til mFRR.

710. Parterne har videre bemærket, at der er effektivitetsgevinster ved virksomhedsformatet. Parterne har anført, at puljeordningen er fuldstændig som et andelsselskab. Effekthandel har dog ikke oprettet et egentligt andelsselskab, da det blot var en enklere og billigere måde at etablere puljeordningen på. Parterne gør således gældende, at "*puljeordningen skal anses for undtaget efter konkurrencelovens § 8, da selskabskonstruktionen/ejerstrukturen er skønnet at være billigere og mere effektiv for værkerne end et formelt andelsselskab*."

711. For det første er det styrelsens vurdering, at puljeordningen i dens nuværende udformning ikke opfylder andelsformålet, jf. afgørelsens punkt 588-594. Det er derfor styrelsens vurdering, at den nævnte selskabskonstruktion ikke kan anses som en effektivitetsgevinst.

712. For det andet har Effekthandel og de 49 værker ikke dokumenteret eventuelle effektivitetsgevinster i form af ressourcebesparelser på transaktionsomkostninger i forbindelse med afgivning af bud i mFRR-kapacitetsauktionen. Videre har parterne ikke dokumenteret påstanden om, at aftalen har styrket salget af mFRR i Vestdanmark (DK1) eller har sikret forsyningssikkerheden. Parterne har således ikke fremsendt dokumentation for et eventuelt øget udbud, lavere priser eller bedre konkurrence på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1) som følge af aftalen.

713. For det tredje fremgår det af Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81 [101], at lavere sagsomkostninger, som er opnået som en følge af mindsket konkurrence, ikke har konkurrencefremmende virkninger på markedet.

714. På denne baggrund er det styrelsens vurdering, at betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1, ikke er opfyldt, og at der derved ikke er påvist effektivitetsgevinster ved aftalen.

Ad (2): Sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved

715. Parterne har anført, at værkernes varmekunder sikres en rimelig andel af fordelene via *hvile-i-sig-selv*-princippet.

716. Det fremgår af Kommissionens meddelelse om retningslinjer om anvendelsen af traktatens artikel 81 [101], at begrebet forbrugere omfatter alle direkte eller indirekte brugere af de produkter, som aftalen omhandler. Da det er Energinet, der er aftager på markedet for mFRR, og i sidste ende el-forbrugerne, er det styrelsens vurdering, at begrebet forbrugere skal fortolkes som el-forbrugerne.

717. Styrelsen vurderer ikke, at aftalen medfører effektivitetsgevinster og finder, at selv hvis der var sådanne effektivitetsgevinster, bliver forbrugerne ikke sikret en rimelig andel heraf.

718. Værkernes ejere, det vil sige andelshavere, kan være blevet sikret en andel af udbyttet fra aftalen i form af lavere varmepriser på grund af højere omsætning på mFRR. Det forhold, at en prisaftale mellem konkurrenter fører til gevinster for ejerne af selskaberne kan ikke have karakter af en effektivitetsgevinst.

719. Styrelsen henviser endvidere til Kommissionens retningslinjer punkt 43, hvoraf det fremgår:

> *"Negative virkninger for forbrugerne på et geografisk marked eller produktmarked kan normalt ikke afvejes mod og opvejes af positive virkninger for forbrugerne på et andet geografisk marked eller produktmarked, der ikke har forbindelse med det førstnævnte."*

720. Positive virkninger for værkernes fjernvarmeforbrugere kan dermed normalt ikke opveje de negative virkninger, puljeordningen potentielt har haft for Energinet, der er aftager på markedet for mFRR, og i sidste ende el-forbrugerne.

721. På den baggrund er det styrelsens vurdering, at Effekthandel og de 49 værker ikke på tilstrækkelig vis har dokumenteret, at en eventuel effektivitetsgevinst vil komme forbrugerne til gode.

Ad (3): Ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er nødvendige for at nå disse mål

722. Parterne har vedrørende den tredje betingelse anført, at "*Effekthandel har oplyst, at betingelsen om, at værkerne ikke selv må byde ind på markedet, umiddelbart kan frafaldes. Betingelsen ses i øvrigt ikke at pålægge værkerne unødige begrænsninger i forhold til at opnå dækning for sine produktionsomkostninger samt sikre udbuddet af reservekapacitet*."

Styrelsen vurderer, at aftalen udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning, som indebærer, at værkerne afskærmes fra at prissætte mFRR som indivi-

duelle virksomheder, hvorved den normale konkurrence mellem værkerne er blevet sat ud af kraft. Aftalen har derfor pålagt de 49 værker unødvendige begrænsninger, og den tredje betingelse i konkurrencelovens § 8 er dermed ikke opfyldt.

723. Da der ikke er påvist effektivitetsgevinster ved aftalen mellem Effekthandel og de 49 værker, har styrelsen ikke taget stilling til, hvorvidt denne tredje betingelse vil være opfyldt, hvis Effekthandel ændrer betingelsen om, at værkerne ikke selv må fastsætte prisen på mFRR.

Ad (4): Ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser

724. I forhold til den fjerde betingelse bemærker parterne, at salget af mFRR for hvert enkelt værk udgør en meget begrænset bi-ydelse til varmeproduktionen. Der er således ifølge disse parter intet, der tyder på, at aftalerne mellem Effekthandel og de enkelte værker har mulighed for at påvirke eller udelukke konkurrencen på markedet.

725. Det er styrelsens vurdering, at selvom mFRR er en bi-ydelse til kraftvarmeværkernes varmeproduktion, begrunder dette ikke, at konkurrencen ikke bliver udelukket, idet en eventuel begrænsning ikke er sket på markedet for produktion af fjernvarme, men derimod på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1). Endvidere fremgår det af blandt andet afsnit 3.4.3, punkt 305 og afsnit 3.4.4, punkt 307, at Effekthandel forsøger at opnå en bestemt mængde kapacitet til puljeordningen for at få bedre forudsætninger for at hæve priserne i markedet. Effekthandel forsøger således at få en så stor mængde kapacitet i puljeordningen, at puljeordningen netop har mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1), så Effekthandel kan være prissættende i mFRR-kapacitetsauktionen. Aftalen vedrører desuden hele afsætningen af mFRR for så vidt angår de 49 værker samt store dele af markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1).

726. Det kan derfor på det foreliggende grundlag ikke afvises, at aftalen giver Effekthandel og de 49 værker mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

727. Sammenfattende finder styrelsen, at aftalen mellem Effekthandel og de 49 værker ikke opfylder betingelserne for individuel fritagelse, og derfor ikke kan fritages fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 8, stk. 1. På baggrund af disse oplysninger er det styrelsens vurdering, at aftalen heller ikke opfylder betingelserne i TEUF artikel 101, stk. 3.

4.5 Samlet konklusion

728. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at:

» det relevante marked umiddelbart kan afgrænses til markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1). Styrelsen har dog ikke foretaget en endelig afgrænsning af det relevante marked,
» aftalen kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart,
» Effekthandel og de 49 værker opfylder virksomhedsbegrebet,
» der foreligger en aftale mellem Effekthandel og de 49 værker om koordinering af priser og bud 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 på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1),
» aftalen er horisontal,
» aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, og
» aftalen falder ikke ind under en gruppefritagelsesforordning og opfylder ikke betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1 og TEUF artikel 101, stk. 3.

…"

Supplerende sagsoplysninger

Ved e-mail af 7. juni 2019 skrev Finn Grønkjær til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen blandt andet:

"…

Jeg sender som aftalt min grafiske fremstilling af sagen, så du kan danne dig et hurtigt overblik.

Som sagt har jeg kun brug for en verificering af, at denne konstruktion ikke udgør en kartelvirksom handling.

Min ydelse til producenten er aftalebestemt til kun at omfatte prisen på de rådighedstimer, som værket melder ind til PBA.

Jeg vil præcisere, at producenten ikke har indflydelse på den pris jeg melder ind til PBA'en.

Producenten kan heller ikke se den pris jeg melder ind for andre værker.
…"

Der blev i perioden fra den 12. juni 2019 til den 29. juli 2019 udvekslet en række e-mails mellem Finn Grønkjær og medarbejdere hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Af e-mail af 29. juli 2019 fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til Finn Grønkjær fremgår blandt andet:

"…

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 høringsproces 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.
…"

Af notat af 30. august 2019 udarbejdet af , der tillige fremgår i uddrag i Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023, fremgår blandt andet:

"…

Notat om konkurrenceretlig vurdering af Effekthandel ApS' påtænkte setup vedr. salg af producenters kapacitet

Introduktion

har foretaget en konkurrenceretlig vurdering af Effekthandel ApS', CVR.nr. 40741798 (''Effekthandel") påtænkte setup vedr. salg af elproducenters kapacitet til som uddybet nedenfor. har foretaget vurderingen på baggrund af følgende:

- Oplysninger afgivet af Effekthandels direktør Finn Stouby Grønkjær til Bent Ramskov og Siw Ryan på et møde den 6. august 2019, efterfølgen-

de udarbejdet i notat og godkendt af pr. mail af Finn Stouby Grønkjær den 12. august 2019.
- Oplysninger givet af Finn Stouby Grønkjær til telefonisk den 15. august 2019.
- Finn Stouby Grønkjærs mail af 21. august 2019 samt uddybende telefonisk forklaring.
- Bilag 1 Eksempel på aftale om pris på markedet, ekskl. bilag 1.
- Bilag 2 Meddelelse fra Konkurrencestyrelsen.

har forstået de faktiske omstændigheder for det påtænkte setup på følgende måde:

1. Når elproducenter skal afsætte deres el, har de generelt mulighed for enten af sælge på "spotbørsen" (såkaldt day-ahead eller intraday) eller udbyde kapacitet til en rådighedsreserve for manuel opregulering (såkaldt rådighedsmarkedet).
2. Hvis en produktionskapacitet er reserveret til rådighedsreserven, kan denne kapacitet ikke sælges på spot-børsen.
3. Det påtænkte setup er kun relevant ift. rådighedsmarkedet.

har desuden forstået rådighedsmarkedet som fungerende på den måde, at elproducenterne indmelder deres kapacitet elektronisk via webportal time for time (i såkaldte "time-slots") til produktionsbalanceansvarlige, som indmelder reserverne til Energinet.dk for samme time-slots. Energinet.dk indkøber efter marginalpris-princippet, hvilket dækker over en metode, hvor prisen for rådighedsreserverne bliver fastsat ens for samtlige bydere, svarende til prisen fra den højstbydende, som bliver del af rådighedsreserven. I rådighedsreserven udbyder Energinet normalt et køb på ca. 300 MW per time. Det er derfor givet, at ikke alle bliver del af rådighedsreserven, idet der normalvis findes rådighedsreserver på ca. 1.500 MW i markedet per time.

har herudover forstået, at Effekthandel, som mellemmand, ønsker at sælge elproducenternes reserver til som produktionsbalanceansvarlige. Når Effekthandel varetager udbuddet af producenternes kapacitet i visse time-slots, vil de pågældende elproducenter dermed ikke selv kunne udbyde kapacitet i de samme time-slots til de produktionsbalanceansvarlige. Som mellemmand får Effekthandel af elproducenterne bemyndigelse til at udbyde deres ledige reservekapacitet til den højst mulige pris til . Effekthandel får - som en kommission - 15 % af den samlede rådighedsbetaling, som producenterne modtager fra

har endelig forstået, at Effekthandels direktør Finn Stouby Grønkjær tidligere har været direktør og medejer i produktionsvirksomheden Effektmarked.dk. Per 27. august 2019 er Effekthandel oprettet som uafhængig, selvstændig virksomhed med Finn Stouby Grønkjær som majoritetsejer med bestemmende indflydelse. Finn Stouby Grønkjær er ikke majoritetsejer med bestemmende indflydelse i Effektmarked.dk.

konkurrenceretlige vurdering af det ønskede setup

Idet Effekthandel ikke selv er aktiv med produktion af el, er Effekthandel og elproducenterne ikke begge aktive i dette samme led af forsyningskæden. Når Effekthandel varetager udbuddet af producenternes kapacitet i visse time-slots, vil de pågældende elproducenter dermed ikke selv udbyde kapacitet i de samme time-slots til de produktionsbalanceansvarlige. Dermed er Effekthandel og elproducenterne heller ikke begge aktive inden for dette led i forsyningskæden.

Når virksomheder, der indgår aftaler, ikke er aktive i det samme led i forsyningskæden, så vil disse aftaler normalt karakteriseres som vertikale aftaler. Vertikale aftaler giver som udgangspunkt ikke anledning til konkurrencebegrænsninger, hvis begge parter i aftalen har under 30 % markedsandel. Dette gælder dog ikke, hvis der er tale om en aftale med alvorlige konkurrencebegrænsninger, der fx kan være en leverandørs krav om, at forhandleren skal sælge til en bestemt pris eller kun sælge en bestemt mængde. Den konkrete aftale med det påtænkte setup har efter vores vurdering ikke et indhold, som efter gældende konkurrencelovgivning medfører en alvorlig konkurrencebegrænsning i en vertikal aftale.

På baggrund af det oplyste er det vurdering, at Effekthandels påtænkte setup ikke giver anledning til konkurrenceretlige betænkeligheder, særligt fordi aftalen mellem Effekthandel og elproducenterne vurderes at være en vertikal aftale.

I det omfang elproducenterne, som Effekthandel har indgået aftaler med, melder reserver ind i direkte konkurrence med Effekthandel, da vil aftalen mellem Effekthandel og elproducenterne efter omstændighederne kunne karakteriseres som horisontal. Rammerne for at indgå samhandelsaftaler, som er horisontale, altså mellem konkurrenter, er væsentligt begrænset i forhold til aftaler, som er vertikale. Et konkret element i vurderingen af, hvorvidt aftalen kan karakteriseres som horisontal, vil formentligt være, hvorvidt Effekthandel og elproducenterne melder reserver ind på samme time-slots (altså time for time).

*****

Den 30. august 2019

Advokat / Partner Advokatfuldmægtig

…"

, som er produktionsbalanceansvarlig, afholdt temadage henholdsvis den 12. november 2019 i Aalborg og den 25. november 2019 i Kolding. Det fremgår af præsentation for temadagene, at Finn Grønkjær skulle afholde et op-

læg om "Optimering af markedet for manuelle reserver". Finn Grønkjærs præsentation indeholdt blandt andet følgende slides:

"…

270



271

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.

- 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.

272

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 fællesskabet er, at dér deler man både risiko og gevinst på en fair og gennemskuelig måde.

…"

Ved e-mail af 13. marts 2020 fra Finn Grønkjær til driftsledes hos Hvide Sande Martin Halkjær Kristensen fremsendte Finn Grønkjær blandt andet ovenstående notat fra samt informationsmateriale vedrørende Effekthandel.

Den 22. september 2020 indgik Hvide Sande en aftale med Effekthandel. Af aftalen, der er underskrevet af Martin Halkjær Kristensen, fremgår blandt andet:

> "**Aftale om indmelding af pris i markedet for rådighedsreserver i DK1**
> …
>
> Ved denne aftale tillader Hvide Sande Fjernvarme, at Effekthandel ApS, får adgang til at prissætte den produktionsmængde som Hvide Sande Fjernvarme selv melder ind i markedet for manuelle rådighedsreserver. Hvide Sande Fjernvarme, kan ikke, mens denne aftale er gyldig, indmelde priser i føromtalte marked.
> Balanceansvarlig PBA laver opgørelse og udbetaler til Hvide Sande Fjernvarme. Ved aftalens indgåelse tillader Hvide Sande Fjernvarme, at Effekthandel ApS modtager 15% i provision af den samlede rådighedsbetaling, og at Effekthandel ApS derefter fordeler indtjeningen mellem de deltagende virksomheder, efter fordelingsnøglen, bilag 1, som er vedlagt denne aftale.
> Opgørelsen medfører enten en betaling fra-, eller en betaling til, Effekthandel ApS.
> Hvide Sande Fjernvarme tillader PBA at udleverer adgangskode og password til Effekthandel ApS/Finn Grønkjær, til indmeldingsportalen hos PBA for det, eller de, omfattede anlæg.
> Adgangen til Hvide Sande Fjernvarmes indmeldingsportal hos PBA, giver udelukkende Finn Grønkjær/Effekthandel ApS lov til at benytte modulet for prissætning af indlagte MW i manuel rådighed.
> Aftalen er gældende fra underskriftsdato, til opsigelse, med en måneds varsel, fra udgangen af en måned.
> Kopi af denne aftale sendes til PBA
> …"

Ved e-mail af 24. november 2020 fra Martin Halkjær Kristensen til Finn Grønkjær opsagde Hvide Sande aftalen med Effekthandel. Af e-mailen fremgår blandt andet:

> "…
>
> Vi vil gerne opsige vedhæftede aftale hurtigst muligt.
>
> Grunden til at vi vil opsige aftalen, er at vi skal bruge vores motorer på flere markeder end reservemarkedet.
> …"

Af e-mail af 2. december 2020 fra Finn Grønkjær til Værkerne, herunder Hvide Sande, som tillige fremgår i uddrag i Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023, fremgår blandt andet:

"…

Som de fleste sikkert har bemærket har puljen bevist at det er muligt at påvirke markedet, selv om indkøbsmængden ikke bliver øget, - og til det vil jeg knytte nogle kommentarer.

De sidste fem dage, med ganske lidt vind, meget lidt sol, køligt vejr og neddroslede forbindelser til udlandet, har samlet set medført rimelig høje priser i spotmarkedet og dermed gunstige forhold for rådighedsmarkedet i DK1.

Når vi rammer sådan en periode, er der rigtig mange gasmotorer der bliver aktiveret i spotmarkedet i de timer på døgnet hvor spotprisen er høj, - og dermed ikke kan deltage i rådighedsmarkedet.
I den henseende virker puljen som et spejlbillede af markedet og jeg har dermed langt bedre mulighed for at vurdere den ledige kapacitet som er tilgængelig for rådighedsmarkedet.
De gasmotorer der deltager i spotmarkedet er derfor indirekte med til at generere den høje rådighedsbetaling, som de resterende motorer i puljen tjener ind til fællesskabet, og det var netop grundtanken med puljen.
Der kommer selvfølgelig lave priser igen, - men jeg vil forsøge at hæve bundniveauet også på de "dårlige" dage, selv om det koster for puljen som helhed. Jeg tror nemlig at det kan få flere til at løfte deres mindstepris, så bunden med 1 kroner svinder ind.

Indmeldinger i markedet
Det kan virke mystisk, når I ser at jeres værk er sat til 0,5 kr./MW/h, men det er altså ikke fordi at I er glemt, - men fordi det er en del af en strategi, hvor vi tager lidt i bunden og samtidig presser prisen i toppen.

Nu hvor jeg har mere end 120 motorer at melde ind for, vil der være nogle motorer der står til den samme pris i nogle perioder, - men det er ganske enkelt en nødvendighed, da tastetiden er ganske omfattende når der skal lægges forskellige priser ind på hver enkelt motor for hver dag.

I den henseende kan de af jer som har som PBA faktisk hjælpe mig en del, hvis I vil sørge for at bruge prisskabelonen i "Direct" når I lægger ledige timer ind i rådighed, - og de af jer som bruger "Planner" skal så huske at opdatere skabelonen fra "Direct" så det er den nyeste skabelon I bruger.
…"

Det fremgår af e-mail af 21. december 2020 fra Finn Grønkjær til Værkerne, herunder Hvide Sande, blandt andet:

"…

Som I kan se af puljeopgørelsen, så er der meget stor forskel på om man skal betale til fællesskabet, - eller om man får penge fra fællesskabet.

Det kan virke voldsomt, - men forklaringen er ganske enkelt, at vi har sat prisen i ganske mange timer, - men har betalt for det med mange afvist bud. Det gør automatisk at tilfældigheder afgør hvilket værk der får betaling for en given time, og hvilket værk der får et stort rundt nul på kontoen.

Men som I også kan se på opgørelsen, er gennemsnitsbetalingen hævet til 3,66 kr./MW/time for alle MW i puljen, - og hovedparten af stigningen er lavet de sidste dage i november. Det betyder også at uligheden er opstået på meget få dage, og derfor ikke bliver fordelt ud over en hel måned.

Stigningen i prisniveau har vi lykkes med at fortsætte i december måned, som helt klart bliver den bedste måned i 2020.
…

Vi har fået tilgang af Nibe Varmeværk i december måned og de er med på maillisten fordi der er udsendt et ønske fra PBA'erne, på vegne af Energinet, om indsigt i den måde hvorpå der prissættes i markedet.
…

Jeg har desuden været i kontakt med Konkurrencestyrelsen i dag, og har sendt en kopi af det materiale Effektmarked.dk ApS har fået tilsendt fra og vil følge op på det i morgen, i håb om at de beder Energinet forklare hvilket lovgrundlag de mener at have for, som aktiv handlende i markedet, at udbede sig indsigt i producenternes prissætning.
…"

Den 21. januar 2021 indgav Energinet en klage til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Af Energinets klage fremgår blandt andet:

"…

Som beskrevet ligger prisen på de daglige auktioner for mFRR kapacitet i DK1, som følge af det betydelige overudbud på et meget lavt niveau, hvor gennemsnitsprisen i de seneste år har ligger på ca. 5 kr. pr. MW. Det er Energinets opfattelse, at dette alene skyldes, at alle anlægsejere afventer at kapaciteten reduceres over tid, enten som følge af værkernes alder og/eller som følge af at nogle værkejere vælger at forlade markedet, således at udbud og efterspørgsel kommer tættere på hinanden. I december 2020 oplevede Energinet imidlertid en anormal udvikling i priserne som illustreret i nedenstående figur, som viser priserne for mFRR kapacitet i DK time-for-time fra 1. januar 2020 til 26. januar 2020:
…

Som følge af den anormale prisudvikling iværksatte Energinet en undersøgelse af prisudviklingen, som viste, at priserne for tilrådighedsstillelse af mFRR kapacitet i udvalgte dage i december 2020 lå på et overnormalt niveau, uden at udbuddet kunne konstateres reduceret, som illustreret ved nedenstående figur:

…

Yderligere undersøgelse af prisudviklingen viste endvidere, at priserne for tilrådighedsstillelse af mFRR kapacitet var overnormalt høje den 2. og 8. december 2020, som illustreret ved nedenstående figur:
…

Endvidere kunne det konstateres, at prisen den 2. december 2020 var uændret (449 kr. per MW) i 14 timer i træk, ligesom prisen den 8. december 2020 ligeledes opretholdt et konstant niveau flere timer i træk.

På baggrund af en nærmere undersøgelse af de indmeldte priser kunne Energinet videre konstatere, at der var indmeldt identiske priser for en serie af bud fra forskellige anlæg.

På baggrund af disse konstateringer og i lyset af Energinets rolle som systemansvarlig og PPAT efter REMIT forordningens artikel 15, som indebærer en række forpligtelser for Energinet bl.a. med hensyn til markedsovervågning og adgang til at indhente oplysninger fra markedsaktører, rettede Energinet den 11. december 2020 henvendelse til Energy Trading A/S og Energi Danmark A/S, som var de to produktionsbalanceansvarlige virksomheder, som udbyderne havde foretaget deres indmeldinger igennem. Energinets henvendelse til de produktionsbalanceansvarlige virksomheder er vedlagt som **bilag 1**.

De produktionsbalanceansvarlige virksomheder videresendte herefter anmodningerne til de relevante 44 udbydere (som fremgår af **bilag 2**), som de produktionsbalanceansvarlige kunne konstatere, havde forestået indmeldingerne af mFRR-kapacitetspriserne i DK1.

Af besvarelsen af Energinets henvendelse fra de 44 udbydere, der vedlægges som **bilag 3**, fremgår, at udbyderne på aftalebasis har uddelegeret indmelding af ledig mFRR i DK1 til virksomheden Effekthandel ApS, Sven Dalsgaards Vej 13, 7430 Ikast, CVR.nr: 40741798, som herefter tilsyneladende har fået mandat til at prissætte udbydernes samlede mFRR kapacitet.

Af samme grund har de 44 udbydere bedt Effekthandel ApS om en besvarelse af Energinets henvendelse. Besvarelsen fremgår ligeledes af **bilag 3.**

På baggrund af de oplysninger som er fremkommet, herunder navnlig de oplysninger, som de 44 udbydere og Effekthandel ApS har afgivet, vurderede Energinet, at der er grundlag for at indgive en anmeldelse til Forsyningstilsynet efter reglerne i REMIT-forordningen, ligesom Energinet rettede henvendelse til Bech-Bruun med henblik på en vurdering af sagen.

På baggrund af vores gennemgang og vurdering af hændelsesforløbet og den fremlagte dokumentation har Bech-Bruun anbefalet og Energinet be-

sluttet at indgive en klage til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som redegjort for i det følgende afsnit 3.
…"

Af det i Energinets klage omtalte bilag 3 med titlen "Bilag 3: Svar fra anlægsejere (identiske svar fra 44 anlægsejere)" fremgår blandt andet:

"…

Vores ledige timer som kan indmeldes i markedet for manuelle rådighedsreserver i DK1, er på aftalebasis uddelegeret til: Effekthandel ApS, Sven Dalsgaards Vej 13, 7430 Ikast; CVR.nr: 40741798.

Vi har, som anlægsejer, dermed ingen indflydelse på, hvordan den enkelte gasmotors rådighedstimer prissættes i markedet for manuelle rådighedsreserver. Derfor har vi bedt Effekthandel om at svare på de fremsendte spørgsmål.

Effekthandels svar:
Kraftvarmeværkernes formål med at uddelegere denne opgave er, at opnå en prissætning i markedet i DK1 således, at værkerne kan få dækket deres omkostninger og dermed opretholde en kraftvarmeproduktion fremadrettet.

For at muliggøre dette er det generelt vurderingen, at prisen i rådighedsmarkedet bør ligge på et årsgennemsnit på ca. 20 kr./MW/time., hvilket også stort set svarer til det beløb, som kraftvarmeværkernes gasmotorer kunne opretholde under ordningen med "Grundbeløbet", frem til dets bortfald ved udgangen af 2018.

Ved opnåelse af en gennemsnitspris på 20 kr./MW/time vurderes det, at der dermed opnås dækning for både de omkostninger, der er forbundet med at stille sin produktion til rådighed, samt en rimelig forrentning af investeringen i anlægsaktiverne.

Hertil kan nævnes, at et gennemsnitsbeløb på 20,- kr.MW/time ligger væsentlig under betalingen for den samme ydelse i DK2, hvor betalingen ligger på et væsentligt højere niveau, som ydermere er opnået på en fastpriskontrakt med 5 års løbetid.
…

Markedet i DK 1 er - i modsætning til markedet i DK2 - fuldt ud et frit konkurrerende kommercielt marked, hvor Effekthandel konkret prissætter de manuelle rådighedsreserver ud fra da samme principper som benyttes i det øvrige el-marked:

- Den forventede pris i spotmarkedet
- Den forventede produktion fra vindmølleanlæg

- Den forventede produktion fra solcelleanlæg
- Den forventede temperatur time for time
- Den forventede overføringskapacitet via kabellagte elektriske udlandsforbindelser

De priser som er indmeldt i driftsdøgnet den 2. og 8. december 2020, er således udtryk for anvendelse af disse principper og et spørgsmål om at opnå en gennemsnitlig pris over året, som for kraftvarmeværkerne betyder, at de kan opretholde en konkurrencedygtig kraftvarmeproduktion.

Med venlig hilsen
Finn Grønkjær Daglig leder af Effekthandel ApS"

Ved brev af 19. januar 2023 besvarede Forsyningstilsynet en forespørgsel fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om, hvorvidt bøder kan indregnes som en nødvendig udgift efter varmeforsyningsloven. Af brevet fremgår blandt andet:

"…

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har rettet en forespørgsel til Forsyningstilsynet, om bøder efter konkurrenceloven er en indregningsberettiget udgift efter varmeforsyningslovens § 20, stk. 1. Spørgsmålet er opstået i forbindelse med, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen behandler en række sager vedrørende kraftvarmeværker, der potentielt vil kunne idømmes bødestraf i medfør af konkurrenceloven.

Forsyningstilsynet har ikke tidligere fundet anledning til at forholde sig til spørgsmålet, og der er dermed ikke praksis fra Forsyningstilsynet i forhold til om bøder kan indregnes i varmeprisen efter varmeforsyningsloven.

Forsyningstilsynet kan dog generelt og vejledende oplyse følgende:
…

Bøder er ikke er nævnt som en omkostningsart i § 20, stk. 1. Udgangspunktet er således, at bøder ikke er en indregningsberettiget omkostning. Indregning vil herefter kun kunne ske, hvis bøder konkret kan indfortolkes som omfattet af en af de nævnte omkostningsarter, og hvis der er tale om en nødvendig omkostning.

Forsyningstilsynet har identificeret en enkel sag fra 13. september 1993 fra det daværende Gas- og Varmeprisudvalg vedrørende spørgsmålet om indregning i varmeprise af en bøde for uagtsom overtrædelse af miljøbeskyttelsesreglerne. Her fandt Gas- og Varmeprisudvalget i udgangspunktet, at bøder som følge af strafbare forhold ikke kan anses for en nødvendig omkostning, der kan indregnes. Samtidig fandt Gas- og Varmeprisudvalget i den konkrete sag, hvor domstolene ikke havde fundet grundlag for person-

ligt ansvar, var udstedt som følge af en handling, der lå inden for en margin for fejlskøn og derfor kunne indregnes.

Forsyningstilsynet har som nævnt ikke konkret taget stilling til spørgsmålet om indregning af bøder, herunder hvorvidt spørgsmålet om tilregnelse og/eller eventuelt personligt ansvar kan tillægges betydning for vurderingen af, hvorvidt en bøde kan anses for indregningsberettiget

Det er dog Forsyningstilsynets umiddelbare vurdering, at bøder ikke kan fortolkes ind under de ovenfor nævnte omkostningsarter, herunder hverken som en "anden driftsomkostning" eller som en "omkostning som følge af pålagte offentlige forpligtelser".
…

På tilsvarende vis er det Forsyningstilsynets opfattelse, at en bøde for overtrædelse af f.eks. konkurrencelovgivningen hverken kan siges at være sædvanlig, normal eller et naturligt led i virksomhedens løbende drift. Hertil kommer, at virksomheden ved at have overholdt reglerne ville kunne have modvirket, at virksomheden blev pålagt bøden.

Det er ligeledes Forsyningstilsynets vurdering, at bøder ikke vil kunne indfortolkes som en omkostning som følge af pålagte offentlige forpligtelser. Kendetegnet ved en bøde er, at den beror på virksomhedens handlinger. Bøden kunne således have været undgået, såfremt virksomheden havde handlet anderledes. En bøde er dermed ikke at sidestille med en offentligt pålagt forpligtelse, der hverken kan påvirkes eller modvirkes.

Det er derfor samlet set Forsyningstilsynets vurdering, at bøder som det altovervejende udgangspunkt ikke kan anses for at være en nødvendig og indregningsberettiget udgift.
…"

Af en besvarelse fra Forsyningstilsynet af 25. april 2023 på forespørgsel af 20. marts 2023 fra Holst Advokatpartnerselskab på vegne af Ringkøbing Fjernvarmeværk a.m.b.a blandt andet:

"…

Holst Advokatpartnerselskab har den 20. marts 2023 på vegne af Ringkøbing Fjernvarmeværk a.m.b.a. CVR-nr. 37560219, anmodet om Forsyningstilsynets stillingtagen til, hvorvidt anvendelse af en del af Ringkøbing Fjernvarmeværk a.m.b.a's fri egenkapital til betaling af en eventuel bøde for overtrædelse af konkurrencelovens§ 23, stk. 1, nr. 1 og 12, jf.§ 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og EUF-traktatens artikel 101, stk. 1, litra a og c, jf. konkurrencelovens§ 2, stk. 6, vil være i overensstemmelse med varmeforsyningsloven.
…

Indregning af bøder som en nødvendig udgift efter varmeforsyningslovens § 20, stk. 1

…

Bøder er ikke er nævnt som en omkostningsart i § 20, stk. 1. Udgangspunktet er således, at bøder ikke er en indregningsberettiget omkostning. Indregning vil herefter kun kunne ske, hvis bøder konkret kan indfortolkes som omfattet af en af de nævnte omkostningsarter, og hvis der er tale om en nødvendig omkostning.

…

Forsyningstilsynet har som nævnt ikke konkret taget stilling til spørgsmålet om indregning af bøder, herunder hvorvidt spørgsmålet om tilregnelse og/eller eventuelt personligt ansvar kan tillægges betydning for vurderingen af, hvorvidt en bøde kan anses for indregningsberettiget

Det er dog Forsyningstilsynets umiddelbare vurdering, at bøder ikke kan fortolkes ind under de ovenfor nævnte omkostningsarter, herunder hverken som en "anden driftsomkostning" eller som en "omkostning som følge af pålagte offentlige forpligtelser".

…

Det er derfor samlet set Forsyningstilsynets vurdering, at bøder som det altovervejende udgangspunkt ikke vil kunne anses for at være en nødvendig og indregningsberettiget udgift.

Det forhold, at bøder ikke kan indregnes i varmeprisen, udelukker ikke, at bøder vil kunne betales på anden vis. Forsyningstilsynet har således ikke med ovenstående forholdt sig til selskabets generelle betalingsevne.

Om renteudgifter, der opstår som følge af behovet for ekstra finansiering af en ikke-indregningsberettiget bøde kan indregnes over for forbrugerne efter varmeforsyningslovens § 20, stk. 1

I kraft af at bøder som det altovervejende udgangspunkt ikke kan anses for at være en nødvendig og indregningsberettiget udgift efter varmeforsyningslovens § 20, stk. 1, er det Forsyningstilsynets umiddelbare vurdering, at eventuelle afledte omkostninger forbundet med bøden heller ikke vil kunne indregnes i varmeprisen. Det indebærer, at f.eks. en underdækning som følge af en bøde og/eller udgifter til eventuelle renter og afdrag på lånefinansiering af bøden ikke vil kunne indregnes i varmeprisen efter varmeforsyningslovens § 20, stk. 1, som nødvendige omkostninger.

Om 'fri egenkapital' kan bruges til dækning af bøder, der ikke kan indregnes efter varmeforsyningsloven

…

Forsyningstilsynet vurderer umiddelbart, at såfremt indskudskapitalen er opgjort i 1981 og beløbet i dag fortsat indestår som likvider, kan virksomheden betale en eventuel bøde med disse midler. Det samme gør sig gældende, såfremt der historisk er oparbejdet (en godkendt) forrentning af indskudskapital, som er til disposition for ejerne til f.eks. udlodning eller investeringer i kommercielle aktiviteter. Det skyldes, at beløbet i givet fald ikke er tilgået virksomheden for at dække omkostninger til varmedriften, men
i stedet tilfalder ejerne af driftsaktiverne, som kompensation (overskud) for den risiko som påtages.
…

Anden mulighed for, at virksomhederne kan betale eventuelle bøder

Det ligger uden for Forsyningstilsynets kompetence at tage stilling til, hvordan virksomhederne finansierer de eventuelle omkostninger, de måtte være forpligtet til at betale, og som ikke kan indregnes i varmeprisen efter varmeforsyningslovens § 20. En sådan finansiering bør imidlertid ikke påvirke forbrugernes regulerede varmepris ved f.eks. indregning af forøgede renteudgifter. Det er således op til virksomheden selv at sikre finansiering af eventuelle aktiviteter, som måtte opstå uden for de indregningsberettigede omkostninger i henhold til varmeforsyningslovens bestemmelser.

Det kan i den forbindelse ikke udelukkes, at virksomheden i denne proces vil skulle involvere sine ejere. Eventuelle kapitaldispositioner foretaget i denne proces bør ikke have en afsmittende effekt på den varmemæssige priseftervisning.
…"

Af udskrift fra CVR-registeret vedrørende Hvide Sande fremgår, at der i perioden fra september 2020 og til november 2020 var 3 årsværk i foreningen, som udgjorde mellem 7-8 ansatte.

Det fremgår af deltagerbeviser af 23. september 2024, at Henning Davidsen, Jens Ole Engberg Pedersen, Jytte Jespersen, Morten Rauhe, Palle Thøgersen, Sandie Watson, Søren K. Sørensen og Thomas Halkjær Kristensen har deltaget i et webinar om grundlæggende konkurrenceret afholdt af Kromann Reumerts konkurrenceretsteam.

Der er under sagen afholdt syn og skøn ved skønsmand Anders N. Andersen. Skønsmand Anders N. Andersen afgav skønserklæring den 30. marts 2025 og supplerende skønserklæring af 25. april 2025.

Forklaringer

Finn Grønkjær, ,
, skønsmand Anders N. Andersen og har afgivet forklaring.

har forklaret, at han har været bestyrelsesmedlem i siden 1995. I de sidste 13 år har han været bestyrelsesformand.

Han er uddannet inden for entreprenørfaget. Han har været arbejdsleder hos en entreprenør inden for kloakering og har herudover i 40 år arbejdet som leder af kommunens materielgård og vejafdeling.

har 137 forbrugere tilsluttet. Det er en lille landsby med kun 200 huse, hvoraf det er muligt at tilslutte de 170. Forbrugerne, der er tilsluttet, er også andelshavere. har under 1 årsværk ansat. Hverken ansatte eller bestyrelsesmedlemmer har juridisk baggrund.

producerer varme fra en gasmotor og en gaskedel, som værket har haft fra starten. fik et flisopvarmet værk for 14 år siden med en kapacitet på 1 MW. Der var dermed en gasmotor og en gaskedel til overs som reserve med en kapacitet på ca. 0,98 MW.
har således en reservemotor med en produktionskapacitet til spot eller til mFRR, som kan indmeldes i markedet. Værket har brugt som produktionsbalanceansvarlig for dette.

Fra etableringen og indtil udgangen af 2018 modtog grundbeløbet.

Bestyrelsen trækker ind imellem i arbejdstøjet – både fysisk og administrativt. Der er en regnskabsfunktion og en opkrævningsfunktion, men ellers er det bestyrelsen, der udfører alle opgaver. I enkelte tilfælde køber værket bistand udefra.

Inden aftale med Effekthandel var det , der hjalp dem i kapacitetsmarkedet. Det fungerede sådan, at fik et rådighedsbeløb for at hjælpe værket med at indmelde. Det var en betingelse, at værket herved genererede et overskud. fandt selv ud af, hvordan de indmeldte. Varme til forbrugerne blev alene produceret på flisfyret. Gasfyret henstod ubrugt. Kunne de tjene penge i markedet, blev der også produceret varme på gasfyret.

havde besøg af Finn Grønkjær, inden Fin Grønkjær stiftede selskabet Effekthandel. Finn Grønkjær var salgsmand og talte om, at kunne forbedre sin indtjening. Han husker ikke, om han har set det beskrivende materiale af 5. september 2019 fra Finn Grønkjær. De blev

præsenteret for noget, men han husker ikke, om det var dette. Finn Grønkjær kom ud og forklarede for dem. Finn Grønkjær opsøgte dem, som var Finn Grønkjær en repræsentant, der skulle sælge en vare. Finn Grønkjær sagde, at Finn Grønkjær kunne skaffe en bedre indtjening, hvis der var flere værker, der meldte ind. De fik ikke noget at vide om, hvordan der skulle meldes ind. Han ved ikke, hvordan det teknisk skulle foregå. De måtte ikke selv melde ind. Indtjeningen skulle deles efter en fordelingsnøgle i forhold til værkets størrelse. Finn Grønkjær sagde, at Finn Grønkjær ville gøre det bedst muligt.

De var i bestyrelsen til en vis grad betænkelige, fordi det var en ny ordning, som skulle undersøges grundigt. De bad Finn Grønkjær om dokumentation for, at der var andre med, og at det var undersøgt juridisk. De modtog notatet fra , og det indgik i grundlaget for bestyrelsens beslutning. Bestyrelsen overvejede ikke at indhente en yderligere udtalelse fra en anden advokat. Finn Grønkjær fortalte, at Finn Grønkjær havde haft kontakt til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som angiveligt ikke kunne tage stilling til sagen.

Aftalen skulle sendes til , hvilket var sikkerhed. holdt i 2019 informationsmøder, som han ikke deltog i. Bestyrelsen rådførte sig ikke direkte med andre. De kiggede på de nærmeste værker, som også indgik en aftale med Effekthandel. Disse værker i nærheden var kompetente og meget grundige i deres beslutninger, hvilket også indgik i overvejelser. Finn Grønkjær skulle gøre det bedre end ville have det bedste ud af det. Det var deres indtryk, at Finn Grønkjær kunne gøre det bedre. Der var en form for mindstepris.

De overvejede at skrotte gasmotoren, da grundbeløbet faldt bort. Den var dyr i forsikring, og den havde gået så mange timer, at de måske skulle have foretaget en hovedreparation på den. De kunne skubbe det, da de fik flisfyret.

De modtog mange mails med mange forklaringer, hvilket de egentlig ikke studsede over. Hans opfattelse var, at jo flere værker Finn Grønkjær repræsenterede, desto bedre ville det blive. Tingene foregik, som det var foregået tidligere med .

Han genkender mailkorrespondancen fra den 18. marts 2021 mellem ham og Finn Grønkjær. Han drøftede det med bestyrelsen og med varmemesteren. Mailkorrespondancen handlede om, at ville have fået flere penge ved at stå udenfor aftalen med Effekthandel. Næste måned fik de dog flere penge. De overvejede, om det kunne blive bedre, og om de fik, hvad de skulle have. Når han skriver, at han er enig i Finn Grønkjærs mail, betyder det, at de i bestyrelsen tog det til efterretning. Hvis der var flere med i puljen, var der flere, der meldte ind, og det ville forhåbentlig give en bedre pris. De fulgte godt med i den efterfølgende situation.

Mails fra Finn Grønkjær blev forelagt hele bestyrelsen. De blev sendt til , som lod dem gå videre til bestyrelsen. Mailen af 23. december 2019 fra Finn Grønkjær har de nok taget til efterretning. Alle bestyrelsesmedlemmer har set mailen.

Han har set Finn Grønkjærs meddelelse af 25. marts 2020 til alle puljedeltagerne. Det, der er anført i 4. afsnit om prissætningen og prisstrategien tog de til efterretning og tænkte, at de fik det ud af det, de havde regnet med.

Det 2. afsnit i Effekthandels meddelelse om "Puljeordning for rådighedsreserver" var overensstemmende med bestyrelsens opfattelse af, hvad puljeordningen gik ud på. Det var et retvisende billede af, hvor Finn Grønkjær stod på daværende tidspunkt. De tog det blot til efterretning.

Vedrørende mailen af 24. januar 2022 fra Finn Grønkjær, hvoraf fremgår, at de havde været prisdannende i mere end 85 % af timerne, forstod han ikke, hvad det gik ud på. Hele den tekniske del af indmeldingsprocessen tog de blot til efterretning.

Han har aldrig set mailen af 11. december 2020, som er bilag 1 til Energinets klage, fra Henning Parbo til svarede ikke selv på noget. De har ikke bedt Finn Grønkjær om at svare, men måske svarede Finn Grønkjær, som jo var deres aktør på markedet. har ikke været involveret i udarbejdelse af svaret i bilag 3. Finn Grønkjær varetog generelt interesser.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sendte et varsel om, at der kunne være konkurrencestridige forhold. De ønskede ikke at foretage noget konkurrenceforvridende. Derfor opsagde de aftalen med Effekthandel den 27. februar 2023. I de ca. 40 måneder aftalen var i kraft, husker han ikke, at Energinet kontaktede . Da kom ud af aftalen med Effekthandel, var stadig balanceansvarlig vedrørende elproduktion, og stod stadig til rådighed. har en kapacitet på under 5 MW, så de bliver nødt til at indmelde sammen med andre, hvilket de får hjælp til af den balanceansvarlige.

De var helt uforstående, da de modtog en meddelelse om en bøde. De mente ikke, at de havde gjort noget konkurrenceforvridende. En bøde på 13 mio. kr. vil ikke kunne betale, og det vil medføre, at de går konkurs. En bøde på 80.000 kr. kan måske betale, hvis det kan indregnes i prisen over for forbrugerne, men han ved ikke præcis, hvordan det skal ske. Der er kun forbrugerne til at betale. Hvis må lukke, står forbrugerne uden varme.

Han ved ikke, hvad pay-as-clear princippet er. Han ved ikke, hvilke priser har budt ind med. Det vidste kun Finn Grønkjær. ville bare gerne tjene på det. Bestyrelsen vidste ikke, hvilke enkeltpriser der blev meldt ind, og om det var de samme priser for alle timer, men han går ud fra, at priserne er forskellige, da priserne er forskellige i afsætningsmarkedet.

har forklaret, at han i perioden 2018-2020 var driftsleder hos . I 2020 blev han driftschef. Inden han blev driftsleder, var han ansat hos , hvor han blandt andet tog sig af vedligeholdelse af tog. Han er uddannet landbrugsmaskinmekaniker og maskinmester.

har ca. 3.000 forbrugere, som er andelshavere. Tidligere var de 4 ansatte – 2 smede, 1 bogholder og ham selv. Ingen af dem er juridisk uddannede. Bestyrelsen bestod af andelshavere, som heller ikke har juridisk baggrund.

er et rigtigt kraftvarmeværk med 4 gasmotorer, en elkedel og en gaskedel. Der er også akkumuleringstanke, så der kan være fleksibilitet omkring produktionen. De bruger akkumuleringstanken for at følge med især om morgenen, eller hvis der er udfald. De har således 4 motorer, der kan bruges til at stille kapacitet til rådighed. producerer også el til spot. kører på den enhed, der er billigst, så derfor kører de ind imellem i spotmarkedet for at få varme. De kan ikke både være i spotmarkedet og i rådighedsmarkedet. Man melder ikke ind for en måned ad gangen, at man er i rådighedsmarkedet. Det er på timebasis, at det besluttes, om de skal være på spotmarkedet eller på rådighedsmarkedet.

I 2019 modtog grundbeløbet.

De brugte ikke elkedlen – men alene gasmotorerne – i mFRR-markedet. I dag bruger de dog elkedlen.

Han ved ikke, om inden aftalen med Effekthandel stillede rådighedskapacitet i mFRR-markedet. Det var den tidligere driftschef, , der håndterede dette, og han fik ingen overlevering fra , som stoppede ret momentant, idet fik besked på straks at forlade området. Fra at have gået i arbejdstøjet ude bagved, blev han hevet ind og fik at vide, at "fabrikken var hans". Da han blev ansat, var balanceansvarlig. På dette tidspunkt, hvor han var ny, kom Effekthandel og præsenterede nogle ting. Det var en stor mundfuld for ham, idet han skulle forholde sig til varmeforsyningslov, timeaflæsning, målere osv. Der var rigtig mange ting, og han var til tider meget presset. Han vidste ikke noget om markedet, så læringskurven var lodret sti-

gende. Han brugte meget energi på elkedlen. Aftalen med Effekthandel – som han anså som en underentreprenør – muliggjorde efter hans opfattelse, at han kunne få en opgave væk og dermed vinde noget tid, så han ikke havde så mange opgaver på sit skrivebord. Finn Grønkjær viste ham notatet fra og forklarede ham om puljeordningen. Han fik ikke notatet udleveret. Han husker ikke, at Finn Grønkjær på mødet den 3. september 2020 fortalte ham om nogen dialog med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Han drøftede ikke "Forklaring af fordele ved samhandlet prisindmelding" med Finn Grønkjær. Han husker ikke, om han så dette på mødet. Han vidste, at der var tale om en puljeordning med andre værker. Han havde på dette tidspunkt "ondt i maven", fordi han skulle drive et varmeværk. Han så Effekthandel som et koncept svarende til en PBA. Han syntes ikke, at der var noget hokuspokus ved det. Han så jo notatet fra . Han talte ikke med andre varmeværker om det.

havde kun en aftale med Effekthandel i 4 måneder. Han så det som en ydelse, han købte for forbrugernes penge. Da han begyndte at få føling med situationen, besluttede han at spare den omkostning. Det er korrekt, at aftalen med Effekthandel blev opsagt den 26. januar 2021. Det var ham, der opsagde aftalen. Danske Commodities havde et andet produkt. Han fortalte ikke Danske Commodities, at brugte Effekthandel.

Hvis han skulle bruge maskinerne til at producere varme, trak han dem ud. Den ene af maskinerne er en ældre enhed, som er forholdsvis dyr og langsom, så derfor er den dyrere at køre med i opstarten end de små maskiner. Dette fortalte han til Finn Grønkjær. Han satte en mindstepris på 25 kr., som han oplyste til Finn Grønkjær. rådede over 15,3 MW med deres 4 separate maskiner/anlæg. er i dag stadig i spot- og reservekraftmarkedet. Det er varmen, der afgør, hvad han gør, når han sidder med sit forecast på sin varmeproduktion.

skal blot balancere i 0 kr. Det er varmen, der afgør prisen. tjener flere penge på reservemarkedet i dag end under aftalen med Effekthandel.

Han fastsatte aktiveringsprisen efter aftale med Finn Grønkjær. I dag fastsætter han den selv. Han indmelder på under 5 MW – det kan man godt, hvis akkumuleringstankene er fulde. Så kan man køre med 2,5 MW. I givet fald bliver af PBA'en puljet med andre. Det fikser de. Han sætter stadig en rådighedspris til PBA'en, som kan trække op i en pulje. får derfor aldrig mindre.

Værkernes kapacitet svinger hen over et år. Når det er koldt, skal maskinerne bruges til varme, og så kan man ikke være i rådighedsmarkedet. En mindre

mængde i markedet gør, at pay-as-clear prisen stiger. Hvis en stor aktør ikke vil bryde ind, stiger prisen. Hvis kablet over Storebælt er ude, stiger prisen. Når kablet er ude, ringer PBA'en rundt og siger, at markedet kan være tyndt. Så kan der måske produceres på akkumuleringstanken.

Finn Grønkjær sendte i forløbet nyhedsbreve til . Han har ikke fået nogen henvendelse fra Energinet eller andre om pris. Der kom også nyhedsbreve fra Energinet. købte en service fra Effekthandel, og Finn Grønkjær forklarede i sine mails mekanismerne. Han studsede ikke over disse mails. Han læste Finn Grønkjærs nyhedsmails, som han læste Henning Parbos nyhedsmails. Han holdt ikke som sådan øje med betaling. Han husker ikke, hvad han gjorde. Det var jo kun en kort periode. Han undrede sig ikke over mailen af 21. december 2020 fra Finn Grønkjær. Han opfattede det sådan, at fik en ydelse af en underleverandør. Han tænkte ikke over prissætningen i markedet. Han fik ikke nogen henvendelse fra PBA, . Han drøftede ikke Finn Grønkjærs "Svar fra anlægsejere (identiske svar fra 44 anlægsejere)" med Finn Grønkjær. Han mindes ikke, at han har set dette svar. Han har ikke tidligere set "Bilag 2: Liste over anlæg, der har indgået aftale med Effekthandel". Han husker ikke, om Finn Grønkjær omtalte klagen fra Energinet.

Da blev præsenteret for en bøde på først ca. 10 mio. kr., tænkte han, at der skulle nye batterier i lommeregneren. kan i princippet ikke betale det nuværende bødekrav på 510.000 kr., fordi det ikke er en nødvendig omkostning efter varmeforsyningsloven, og har ingen kapital til rådighed til at betale. En sådan bøde kan medføre, at går konkurs, og at varmen til forbrugerne udebliver.

I dag foretager han selv indmelding af priser. Priserne kan hele tiden variere afhængig af varmeproduktionen, spotprisen m.v. Han indmelder hver morgen. Hvis han har fri eller ferie, indmelder han også. Det er kun ham, der indmelder.

Finn Grønkjær har forklaret, at han er direktør for og bestemmende ejer af Effekthandel ApS. Aktiviteten i Effekthandel stoppede i 2023 på grund af denne sag, fordi kunderne forsvandt. Han er desuden daglig leder af Effektmarked.dk, som også er part i denne sag.

Omsætningen i Effekthandel i 2023/2024 var på knap 300.000 kr., som består af advokatomkostninger og omkostninger til udarbejdelse af en rapport fra Ea Energianalyse. Det blev til omsætning, fordi der var en del værker, som gik sammen og fik det lavet. Han faciliterede betalingen og sendte fakturaer til værkerne, som er oppe imod Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Omsætningen

vedrører derfor denne sag. Effekthandel har ikke nogen omsætning i indeværende regnskabsår.

Han kom ind i energibranchen ad bagvejen i forbindelse med produktion af raps. Han kiggede på, om en dieselmotor kunne laves om til en generator, så et energianlæg kunne blive cirkulært i sit forbrug. Han var primus motor i opstart af Østermose Vindenergi, fordi det kunne være smart med en stationær motor, som kunne forvarmes og startes hurtigt. Denne motor skulle trække en generator, som kunne lave strøm. Østermose Vindenergi var eneste og største leverandør til rådighedsmarkedet. De købte raps af landmændene og raffinerede det i rapskage og rapsolie til motoren. Rapskagen blev solgt tilbage til mælkebønder, som forøgede fedtindholdet i mælken, men også grisebønder, som blandede det op i deres foder. I forhold til energi havde de én kunde, nemlig Energinet, som skulle godkende anlægget og aftage deres varer bagefter via en balanceansvarlig. Der var ikke andre kunder, for de kunne ikke afsætte reservekraft andre steder end hos Energinet, fordi Energinet var eneforhandler og således havde monopol.

I sommeren 2010, da den elektriske Storebæltsforbindelse blev taget i brug, havde Østermose Vindenergi udviklet motorerne til også at køre i markedet for fællesregulering, som skulle deles mellem op- og nedregulering. I 2009 lavede Energinet et marked, hvor de separerede, så man enten leverede nedregulering eller opregulering. De lavede en fin forretning på det i 3 år, og det lapper hen over den periode, hvor Storbæltsforbindelsen fjernede alt økonomi i mFRR-markedet. De stoppede dog ikke med at byde ind på auktionerne, men indtjeningen var minimal.

Auktionen på rådighedsmarkedet er konstrueret og drevet af Energinet. Storebæltsforbindelsen er drevet af Energinet.

Processen i forbindelse med Energinets ansøgning om godkendelse af en reservation på Storebæltsforbindelsen var en proces, han fulgte nøje. Han fandt ud af, at Energinet ikke ville bruge Storebæltsforbindelsen til det, de ellers havde skrevet ud i 2006, nemlig til sammenkobling af markederne i DK1 og DK2. I stedet annoncerede Energinet, at den skulle bruges til at mindske indkøb af mFRR i DK1, mens det blev beholdt uændret i DK2. Det blev han vred over, for derovre var det DONG, der sad på 5-årige kontrakter, som blev forhandlet bilateralt, og så fjernede man bare uden videre 300 MW indkøb. Det var en dårlig situation. Det var en systemansvarlig, der bare fjernede et indkøb. De balanceansvarlige - købmændene - i markedet blev sure, fordi Energinet søgte om en reservation. Af de 600 MW, som kablet er bygget til, ville man fjerne halvdelen fra markedet i retning fra øst mod vest for at gardere sig imod, at man til enhver tid kunne levere de 300 MW. Ansøgningen var udelukkende en ansøgning om en metodegodkendelse af reservation, som blev hastet igennem. Beslutnin-

gen blev taget i sommerferien af formanden, og den blev givet som midlertidig godkendelse og skulle efter 12 måneder tages op. De 12 måneder blev dog til over 2 år. Han har spurgt Energinet, om de har en metodegodkendelse. Energinet mente ikke, at de havde brug for metodegodkendelse. Han henvendte sig til Energitilsynet, som svarede, at de alene havde givet metodegodkendelse til reservationsdelen, og at de aldrig har behandlet deling af reserver som sådan. Der var ingen analyse af, at halvdelen af markedet blev fjernet, og det ville der have været i en metodegodkendelse. Energitilsynet sagde, at der ikke findes nogen metodegodkendelse. Metodegodkendelsen ophørte i 2013. Fremadrettet skete der ingenting. Energinet fortsatte uden nogen metodegodkendelse.

Han indgav klagerne til Klagenævnet for Udbud, fordi det var en unfair konkurrence. Konkurrencemyndighederne skulle have grebet ind. Klagen angik Energinets indkøb af reserverer i DK 2, som var en forudsætning for at drive Storebæltsforbindelsen, som man gjorde. Han mente, at de kunne have budt på opgaven, selvom de ikke var i DK2. Når indkøb i DK 1 kan erstattes af indkøb i DK2, kan man også gøre det den anden vej. Der er ikke forskel på, om vandet flyder til venstre eller til højre.

Det var alle sammen regulerkraftværker, der deltog i retssagen. Der var ingen kraftvarmeværker med. Regulerkraftværkerne oplevede i 2011 en diskrimination, som udsprang af dels driften af Storebælt, hvor nogen blev udelukket fra et marked, og dels at man havde fået værkerne bygget, og samtidig havde man fået de eksisterende kraftvarmeværker til at indgå. Når man gør det samtidig med, at man har et grundbeløb til de decentrale kraftvarmeværker, som i sit lovgrundlag skal være til rådighed for markedet, var det foreningens holdning, at det var diskriminerende, at de skulle stå til rådighed to steder. Regulerkraftværkerne har ikke fået noget grundbeløb, da de var rent kommercielle værker. Det andet havde kørt siden 2005, hvor man omlagde fra fællestarif til markedsdrift på spotten. Når de blev ved med at måtte tilbyde mængder i et marked, som man havde halveret og samtidig modtog statsstøtte, var det diskriminerende.

I 2012 blev han sigtet i kraft af, at han var sekretær i brancheforeningen af regulerkraftværker i Danmark. De havde et møde med Forsyningstilsynet og Energinet i november/december 2010 eller 2011. De prøvede at få dem til at forstå, at man skulle gøre noget for at holde værkerne i live. Alene den grønne omstilling rykkede sig så meget, at det ikke ville være smart, at det blev skrottet eller solgt til udlandet, fordi det havde kostet mange penge at få dem ind i markedet. De prøvede at få en aftale for at gøre noget for at holde hånden under værkerne, indtil der kom et marked, så der kunne tjenes penge. Energinet sagde, at alle deres 200 MW, som brancheforeningen repræsenterede, kunne undværes i markedet. Det var som at sætte en bunsenbrænder til et tørt Sankthansbål. De forsøgte at gøre noget ved at fjerne alle bud hen over jul, og priserne gik til him-

mels. Det viste jo, at de havde en betydning i markedet. De besluttede at lade det køre et stykke tid, og de blev så sigtet for at have manipuleret med markedet. Han blev afhørt af betjente fra Bagmandspolitiet. Han fik en besked om, at sagen var frafaldet, fordi det aldrig kunne føre til dom.

Formålet med klagen til Forsyningstilsynet, som er indgivet på vegne af Effektmarked.dk, var igen at få Forsyningstilsynet og i det hele taget myndighederne til at tage alvorligt, at Energinet blev ved og ved. Ikke kun, at de undlod at købe 300 MW, men når der ikke kunne leveres 300 MW til vest fra øst, undlod de også at hæve indkøbet i DK1. Hvis der blev kørt 500 MW fra Sjælland til Jylland, købte Energinet ikke en MW ekstra i DK1. Han etablerede Effekthandel og puljeordningen. Effektmarked.dk er noget andet. Effektmarked.dk har sin egen økonomi. Problemet kunne ikke løses ved, at Effektmarked.dk deltog i puljen.

Østermose Bioenergi blev reelt lukket i 2019, men det var en lang proces. Det skulle egentlig have stået i Hereford i England som kapacitetsreserve i samarbejde med Danske Commodities, men de skiftede direktør, hvorefter det blev droppet. De måtte derfor sælge til anden side. Det skulle have været afviklet i 2016. Han ved ikke, hvor motoren findes i dag. Det blev købt af en hollænder.

Han blev involveret i Effektmarked.dk efter grundbeløbets ophør. Effektmarked.dk er et af regulerkraftværk. Han købte det i sommeren 2019 sammen med en Bjarne Averhoff. Han havde egentlig solgt til Mexico/Peru, men bestyrelsen i Effektmarked.dk ville ikke sælge til den pris. Han var en slags broker for dem i nogle år. En af de tre motorer fik grundbeløbet, fordi den i 1995 var etableret som kraftvarme. Bestyrelsen ville ikke beholde dette reservekraftanlæg, da et varmeværk ikke måtte eje en motor, som var usikker på indkomsten. Så kunne man risikere, at varmekunderne skulle betale for at have anlægget stående, og det ville de ikke risikere og ville derfor sælge. Han og Bjarne Averhoff gav et tilbud og overtog i sommeren 2019. Han kendte anlægget i forvejen. Han kunne se en forretning i det. Den måde, Energinet agerede på, kunne ikke fortsætte. Der kom så meget vedvarende energi, varmepumper, elkedler, Cobrakablet til Holland, Viking Link osv., så indkøb af reserver i DK1 blev sat op. Man bygger normalt beregningen på indkøbet af rådighedsreserver i et område som fx DK1 på, at hvis det største anlæg i drift falder bort, f.eks. et kabel til udlandet, et stort centralt kraftværk eller en intern forbindelse, er det den største dimensionerede enhed, der kan falde bort. Den dimensionerende hændelse i DK1 er Cobrakablet, selvom Viking Link faktisk er på 1.500 MW. Blev der bygget et nyt og større kabel, ville indkøb af mFRR stige. Man gik fra 3,5 GW i timen i gennemsnit til 6-7 GW i timen i gennemsnit. Det ville alt andet lige kræve et stærkere elsystem, hvilket igen kræver et beredskab, som ligger under det, for at kunne styre i spidslasttimerne eller ved store udfald. I dag er det spidslasttimerne, der er udfordrende. Hvis der kommer udfald, går man ikke bare i dunkelflaut, men i blackout, og det er en katastrofe.

Han var initiativtager til Effekthandel. Hvis det skulle modsvare Energinets manglende indkøb af 300 MW i DK1, skulle man have en tilsvarende kontraheringsstyrke over for Energinet. Han ønskede at få de 300 MW erstattet af noget andet. Hvis man kunne fjerne noget af enkronerne og flytte dem over på 10, 20 eller 30 kr., så ville man langsomt skubbe de 300 MW bagud, og så ville man få kontraheringsstyrke over for Energinet. Det har han ikke lagt skjul på. Han har heller ikke tænkt på noget tidspunkt, at det ikke var i orden. De kunne ikke handle sig ud af det, og de måtte derfor gøre noget andet. Han syntes, det var fair at gøre. Formålet var at opnå en fælles pulje, som kunne modsvare de lave priser i markedet. Han skulle lave det så enkelt og ligetil som muligt. Hvis man fjernede enkronerne, ville markedsprisen stige. Hvis disse værker skulle blive i markedet, hvilket er vigtigt for forsyningssikkerheden, måtte han handle på problemet, og det gjorde han med puljeordningen. Det var ingen guldgrube. Han anede ikke, hvor stor puljen ville blive, eller hvor stor omsætningen ville blive. Allerede i 2021 skrev han ud, at de havde tjent ind til advokatbistand og omkostninger til kontorhold m.v., og forretningen var nu positiv. Derfor blev Effekthandels provision på 15 % sat ned. Han ønskede blot at kunne betale sin årsløn og at kunne betale for de folk, han hyrede. Maskinerne stod jo bare og var guld værd, og det ville koste rigtig mange penge at genetablere, hvis de først var væk.

Når man fjernede de 300 MW i 2010, og værkerne fik deres grundbeløb på i gennemsnit nok 1 mio. kr. pr. MW pr. år, så vidste man, at hvis man prøvede at byde en krone ind, kunne man nogle gange få noget. Det havde de vænnet sig til i 2007 – 2010, for det blev annonceret af Energinet på deres roadshows. Energinet sagde, at de store jo bestemte prisen, så de andre kunne blot byde 1 kr. ind, for de fik jo det sidste beløb, som blev budt ind. Det var pay-as-clear systemet. Kraftvarmeværkerne havde ikke selv kompetencerne til at byde ind, eftersom så mange bød ind til en krone. I hans optik skal man finde marginalprisen for den vare, man sidder med. Hvis en motor, der også kan lave el og også kan stå til rådighed, ville kunne have tjent 1.000 kr. pr. MW ved at have været i spotmarkedet, skal man som minimum have 1.000 kr. for at lade være med at stille den i spotmarkedet. Man taler om højere beløb – dette er blot et eksempel. Skulle der regnes marginalpris ud pr. time, skulle der bruges uforholdsmæssigt meget tid på det. Værkerne har typisk få medarbejdere. Dette arbejde og analysearbejdet, der ligger forud herfor, var stort. Værkerne tog imod hans tilbud, da de kunne se, at det var en fordel for dem. Effekthandel skulle desuden kun have penge, hvis der blev et overskud. Værkerne havde dermed ikke en fast omkostning hver måned. Formålet med puljeordningen var ikke at begrænse konkurrencen. I princippet udvidede de konkurrencen. De har holdt nogle værker inde i markedet med nogle MW, som ellers ville være forsvundet ud af markedet. Mange valgte motoren som sekundær backup med gaskedel som primær backup. Hvis gasprisen blev lav, og elprisen ikke fulgte med ned, var motoren

stadig rentabel i spotmarkedet. Effekthandel var ikke lavet til at lave penge, men det var et modsvar mod fjernelsen af de 300 MW. Han kunne hjælpe de værker, der deltog i puljeordningen og ikke ville afskaffe deres motor, så deres motor kunne bruges i flere timer end ellers. Filosofien bag Effekthandel var at få så mange med som muligt og fremprovokere, at der skulle ske noget, fordi det ikke duede, som det var.

Forud for etablering af Effekthandel havde han i 2019 en dialog med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Han sendte en grafisk fremstilling af sagen til styrelsen. Illustrationen svarer til den måde, puljen fungerede. Han ringede til styrelsen for at orientere om, at han var i gang med at etablere en virksomhed, og han fortalte, hvad det skulle gå ud på. Han ville høre, hvordan han kunne få styrelsen til at forstå og forholde sig til det rent konkurrenceretlige. Styrelsen bad ham sende noget, der forklarede, hvad det handlede om. Han fik fra styrelsen tilsendt en rapport fra Forsyningstilsynet. Han fik meget lidt ud af rapporten. Det var vanskeligt at finde ud af, hvad han skulle tolke ud af rapporten. Han kunne ikke se, at det ledte nogen steder hen ud fra hans spørgsmål. Det var lidt som æbler og bananer. Han fortsatte korrespondancen den 20. juni 2019, hvor han skrev til styrelsen, at han havde været i forbindelse med producenter, som brugte Markedskraft. Han ringede rundt for at fortælle, at han var i gang med at etablere Effekthandel og spurgte, om han måtte sende informationsmateriale. Hvis det pågældende værk havde Markedskraft i forvejen, kunne han ikke hamle op med det. Han tænkte dog, at der var en årsag til, at Markedskraft ikke havde så mange værker. Han fik det ud af det, at Markedskraft tilbød det samme, som han tilbød med via Effekthandel. Han fik ikke svar på, hvad styrelsen mente om det.

Han opfattede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens svar i mail af 29. juli 2019 sådan, at nu havde der været nogle høvdinge inde over, og nu sluttede kommunikationen. Han havde håbet på en løbende dialog. Han fik i stedet blot dette svar, som han ikke kunne bruge til noget som helst. Han kan ikke se, at der er nogen vejledning i det overhovedet, og det synes han, at en konkurrencemyndighed har pligt til at hjælpe med. Han måtte derfor få lavet en advokatredegørelse. Han spurgte , hvad de mente med det sidste afsnit om vertikale og horisontale aftaler. Han vidste ikke helt, hvad det ville sige, om aftalen var vertikal eller horisontal. Det indebar, at når man havde en aftale med Effekthandel, var det alene Effekthandel, der kunne indmelde mFRR priser, hvilket også fremgår af aftalerne.

Effekthandel blev oprettet som et ApS og ikke som et AMBA, fordi de ellers ikke ville have været i gang endnu. Det var derfor ikke i hans optik en farbar vej, men tingene skulle fungere på andelsbasis. Effekthandel skulle ikke tjene guld på det. Det skulle være en service, som skulle hvile-i-sig-selv. Der er ikke nogen, der har bedt ham om at etablere en puljeordning. Der har ikke været

fællesmøder, hvor deltagerne i puljeordningen har mødtes. De enkelte værker blev involveret ene og alene på hans henvendelse. Han kom med på møderne i november hos i Aalborg og i Kolding, fordi han kendte , som siden 2006 havde været ansvarlig for markedsafdelingen. Han og Søren har i fællesskab harceleret over Energinets manglende indkøb af 300 MW, som også har kostet dyrt. Det var derfor naturligt, at han søgte for at undersøge, hvordan de kunne gøre det. Han søgte hjælp og vejledning hos i forhold til mange af de tekniske udfordringer om, hvordan man som tredjemandspart kunne indmelde, uden at han skulle sidde på værket. Temadagen blev afholdt typisk 2 gange om året. Det var normalt, at nogen udefra kom ind. Han bad om et kvarter, og det fik han.

Aftalerne var ens for alle værkerne, dog således at han havde en anden aftale med , fordi havde en bøvlet motor, som skulle have særbehandling. Den var ikke en belastning for de andre. Korrespondancen med entro-gruppen i august 2020 drejede sig om en forespørgsel på kvantumrabatten, da de syntes, det var voldsomt, hvis de skulle aflevere 15 % af noget, der var tjent ind på en 25 MW dieselturbine. De mente, at de skulle betale mindre, fordi de havde et stort anlæg, og så havde han mindre arbejde med dem. Men det var ikke sådan, det fungerede. Skulle de med, skulle de med på lige vilkår, og han skrev til dem, at det ikke kunne lade sig gøre. Det var et andelsprincip, hvor man lagde sine æg i puljen, og det afspejlede det, man fik igen.

Værkerne blev ikke betalt for at reklamere for ordningen. Kraftvarmeværker er typisk små, og de styres af få personer. Ansvaret er stort, for dem, der ikke får varme, skal nok komme til dig. Der bliver typisk dannet erfagrupper med værker i nærheden og udvekslet erfaringer. De forhandler også f.eks. kontrakter i fællesskab. Han vidste, at når de mødtes i grupperne, kunne de også tale om Effekthandel. Det var det, han lagde op til – ikke andet. Det er få mennesker, der har denne type arbejde 24/7, så de har nok at se til.

Han orienterede (tidligere Nordjysk Elhandel), Energi Danmark og Danske Commodities om puljeordningen. Han undlod at gøre det store ved Markedskraft, fordi han fandt ud af, hvordan de gjorde. Han havde faktisk i anden sammenhæng møde med Markedskraft, som var en lille butik. Det er de tre nævnte, der reelt findes og har MW'erne.

I sin mail af 16. januar 2020 til Danske Commodities anførte han, at materialet var fortroligt, fordi han via Østermose Vindenergi havde fundet ud af, at det var tungt at være oppe imod nogen med sådanne muskler. De spillede ikke med samme type kort. Han henvendte sig til dem, fordi de havde nogle kunder, som han godt ville have med i Effekthandels pulje. Han kontaktede ikke de enkelte værker, idet man opfører sig ordentligt og informerer værkernes balanceansvarlige, fordi de skal vide, at kommer der indmeldinger fra en tredjepart,

skal det være åbent for alle. Med henblik på at benytte API, skal man have data fra IT-afdelingen hos PBA for at få adgang til indmeldingssystemet. Danske Commodities havde fat i den hurtigste knallert på havnen, men de sagde nej. Han fandt ud af, at de tilbød det samme, som Markedskraft tilbyder. Han mener, det var for at beskytte deres egen forretning. Han orienterede Henning Parbo hos Energinet, som tidligere sad på samme kontorgang som DONG. Han orienterede Henning Parbo, som han har kendt i mange år og har haft drøftelser med om bl.a. Storebæltsforbindelsen. De har drøftet mange projekter, som er blevet gennemført. Det var logisk for ham at fortælle Henning Parbo, at han havde sat gang i Effekthandel, og at formålet var at ophæve det skæve indkøb med de manglende 300 MW. Henning Parbo sagde, at så var der måske mulighed for, at priserne kom derop, hvor det kunne være rentabelt at have et kraftvarmeværk, som så ikke skulle skrottes.

Puljeordningen fungerede sådan, at når der blev puttet en vis mængde ind, og når man fik det ud igen, som var svarende til den andel, som man puttede ind, havde man et andelsprincip i sin nøddeskal. Man svarede 15 % i provision, men kun af den del, som tilfaldt den pågældendes andel af fællesskabet. Når man puttede noget ind, fik man tilsvarende noget tilbage. Dette er fællesskabstanken i andelsprincippet. Det afspejler dog ikke ansvaret. Det var hans ansvar som direktør i Effekthandel, hvad der foregik omkring Effekthandel. Effekthandel styrede ikke, om et værk deltog i mFRR-auktionen. Værkerne besluttede selv, om de ville deltage i auktionen. Prisen på auktionen havde ikke umiddelbart betydning for, om værkerne deltog. Det var en sekundær ting.

Den 3. maj 2021 var en skrækkelig dato, for her blev der snydt i vildskab om søndagen, hvor der blev købt ind for mandag. Her droppede Energinet auktionen, som egentlig var gennemført. Men så manglede der nogle MW i nogle timer. I stedet for at gennemføre auktionen og køre en ekstra auktion – som der står i deres papirer, at de skal gøre – meldte de ud, at de forlængede auktionstiden, så de kunne ringe til nogen og få nogle MW ind. Derfor faldt prisen voldsomt. For 2. maj 2021 har man en forholdsvis lav førstedagspris, da Storebæltsforbindelsen var ude, og så steg prisen til 3. maj 2021. At priserne startede meget højt og gradvist faldt over dagene er udtryk for samme funktion som tidligere. Der er de store og de små spillere. De store spillere skal vækkes af deres tornerosesøvn, før de finder ud af, at der faktisk er penge i markedet i niveau med deres marginalpriser. Hvis de ikke bruger deres damp, skal de tilbageholde noget for at kunne bruge det akut. Derfor er de meget dyrere at have til at stå til rådighed, for hvis dampen ikke bruges, skal de selv betale for tilrådighedsstillelsen. Dette giver en meget høj marginalpris, så de byder slet ikke ind til daglig. Der er altså ikke noget marked for de "sovende". Når de ikke deltager til daglig, er det ikke et marked, der er interessant for dem, før de får at vide, at nu sker der noget, og det er det, grafen viser. Når priserne stiger til himmels, tror han ikke, at Energinet undlader at gøre en stor PBA opmærksom på,

om de har meldt ind. Står der 250 kr. på priserne, står der sjovt nok altid DONG. Det ses også for december måned.

Han er enig i, at PBA blot har en rolle som videreformidler, men han vil påstå, at nogen har en mere aktiv rolle end andre. Nogen kører det som en algoritme. Nogle PBA tilbyder nærmest at drifte værkerne, så de bliver maskinpassere. Dermed overtager PBA'erne hele delen med at passe anlæggene. Meget af det er algoritmestyret. Han ved det dog ikke, da han ikke er inde i deres maskinrum. Det er meget forskelligt, hvor lang tid han bruger på at forholde sig til alle disse parametre. Der er perioder, hvor der er stilstand – hen over sommeren - hvor der kun fluktuerer, hvis der er vind, der forstyrrer. I varmekravsperioden fluktuerer det langt mere. Hvis han ser noget på vejrudsigten, så tager han det med. Nogle af værkerne forholdt sig inden tilbuddet til Effekthandel til parametrene, inden de bød ind med priser, men de gjorde det nok mest i perioder. Mange endte med at byde ind med 1 kr.

Han baserede sin vurdering om, at prisen i årsgennemsnit burde ligge på 20 kr. pr. MW i 8.600 timer, på en baglænsberegning af, hvad grundbeløbet kunne dække. Det kunne dække forsikring, vedligehold m.v., så man i hvert fald gik i 0. Det var for at skabe en basisindtjening, så værkerne kunne blive i markedet, og så omkostningerne ikke blev væltet over på varmekunderne.

Han sendte en rapport ud en gang om måneden. Formålet var gennemsigtighed. Det var en opgørelse over hver enkelt kundes timer, som de havde stillet til rådighed. Månedsopgørelsen er opbygget som summen af timer og summen af MW i forhold til, hvad værkerne havde stillet til rådighed. Det er forudsætningen for, hvad man henter af fællespuljen, når måneden er omme. Der står ikke, hvad de enkelte værker har budt ind med i timer og MW. Bilaget er blot et afregningsbilag, så alle kan se, at de har fået det, de har krav på. PBA skulle afregne med de værker, som var deres kunder. Herefter skulle han afregne med sine kunder. Dette ark er grundlaget for hans afregning med sine værker. I et andelsfællesskab tænker man solidarisk og fordeler ved hjælp af nøgler. Det motiverede nok nogen til at byde ind i flere timer. De har nok tænkt, at de havde en motor, de kunne have med i flere timer. Han har kontaktet nogen, som i en periode ikke havde lagt noget ind, f.eks. fordi de havde sol på marken. I perioder glemte de, at de ikke havde så meget sol og derfor godt kunne lægge ind, hvilket han indimellem kontaktede dem om.

Han kan ikke huske, hvornår han blev bekendt med Energinets klage til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som er dateret den 21. januar 2021.

Situationen den 2. og 8. december 2020 var skabt af vind og vejr og af, at de var aktive i markedet. Gaspriserne var rimelige, elpriserne var høje, der var ikke meget vind, og det var koldt, så der var behov for varme. Derfor ville mange af

kraftvarmeproducenterne være ude. Andre ville alene på grund af elpriserne og gaspriserne lagt sammen vælge at producere varme på motorerne i stedet for på andet. Det var en dag, hvor der var potentiale, og det afspejler prissætningen. Vedrørende buddene den 2. december 2020, som nævnt i Henning Parbos mail af 11. december 2020, kan det sagtens være Effekthandel, der har budt ind med 449 kr. Typisk bød de mellem 3-5-7 trapper ind for værkerne, men det afhang af hans tid, for det kræver rigtig mange indtastninger. Han startede typisk indtastningen dagen før og tidlig morgen for de værker, hvor han formodede, at de lå et bestemt sted, så han var klar, når de sidste meldte deres MW ind. Han havde et vindue på ½ time – ¾ time til at gøre det færdigt. Det var manuel indtastning. Det kunne derfor ikke lade sig gøre at dele det op i mere end 3-5-7. Denne dag er det også delt op. Der er tre forskellige indmeldingspriser denne dag. Det kan godt være, at der har været budt samme pris for 80 MW. Det har sikkert været bundprisen, og så har der ligget nok to mindre puljer, der har været dyrere. Han tror, de har haft mere end 80 MW her.

Energinet skulle kun acceptere dem, de skulle bruge, og hvis der ikke var andre, der var billigere. Energinet skal alene opfylde det behov, der er for at indkøbe i den givne time. Hvis de køber den sidste, og den sætter prisen, så er det prisen, uanset hvilken aktør den kommer fra. Det kan komme fra et lille værk, som kan være den, Energinet mangler, og som de ikke kan undgå at købe, og så kan de koste mere end resten.

I "Bilag 3: Svar fra anlægsejere (identiske svar fra 44 anlægsejere)" svarede han på værkernes vegne. Han tror, værkerne modtog den hver især fra deres PBA. Han skrev hurtigt til værkerne, at det var noget, Effekthandel skulle svare på. Han tror, at ringede og sagde det til ham. Det var ham, der svarede, fordi Effekthandel havde meldt priserne ind og dermed var ansvarlig for at svare på det. Værkerne måtte ikke selv melde ind. Der var ingenting, der var hemmeligt – hverken for Energinet, PBA, kunderne eller andre. Det var derfor Effekthandels ansvar at melde ind, og det var derfor rimeligt, at Effekthandel svarede på henvendelsen, og derfor gjorde han det.

Som angivet i hans mail til værkerne af 21. december 2020 tog han fat i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, fordi man havde en situation, hvor en monopolindkøber bad om virksomhedernes oplysninger om, hvorfor de havde meldt en bestemt pris ind. Han syntes, det var uhørt i et frit og konkurrerende marked. Han husker ikke, hvad styrelsen svarede, men det var nok et afslag.

Han er ikke overrasket over Søren Dupont Kristensens udtalelser i mailtråden fra januar 2021, da han har haft sammenstød med Søren Dupont Kristensen før. Søren Dupont Kristensen mener, at Energinet bestemmer.

Som angivet i hans mail af 22. marts 2021 havde han været i kontakt med Energinet om drift af Storebæltsforbindelsen. Priserne i DK2 steg mere og mere, men fulgte ikke med i DK1. Energinet havde længe talt om, at der skulle ske en åbning fra vest mod øst, som han havde efterspurgt siden 2010. Nu åbnede Energinet af nød diskussionen, fordi de ikke vidste, hvordan de skulle opretholde forsyningssikkerheden. Det var derfor, det slog gnister mellem markedet og Energinet. Energinet gør, som det passer dem – og ikke, hvad der er bedst for markedet.

Han udarbejdede informationsbrochuren, som var markedsføringsmateriale. Puljen skulle op på mindst 300 MW, fordi puljen skulle have en vis kontraheringsstyrke. Han kunne se, at 200 MW som regel ikke flyttede nok, medmindre der var tale om en speciel situation, f.eks. i december 2020 og i januar 2021, men for få timer til at kunne løfte noget. Det interessante var her de 300 MW - ikke de 15 kr. Hvis man kunne fjerne effekten af de 300 MW, som man undlod at købe, kunne markedet nulstilles, men det ville stadig være Effekthandels kunder, der betalte prisen, fordi dem, der ikke var medlem af puljen, jo fik glæde af det. Det var en gordisk knude. Han syntes, at argumenterne for fællesskabet var stærke nok. Var det fortsat, var de blevet større. Effekthandel kan ikke tage æren for det rekordhøje niveau, men Effekthandel havde indvirkning på det. Alene det, at Effekthandel fjernede nogle 10-kroner fra bunden, gjorde, at mindsteprisen blev højere. Effekthandel var med til at tage brodden af dumpingsystemet, og så steg prisen automatisk.

Når man køber en rådighedsreserve, køber man en sikkerhed. I morges blev deres indmeldinger solgt til Energinet, og har man alle 24 timer meldt ind, er det fra i nat kl. 00.00, hvor værket er låst, og herfra kan værket kun bruges til opregulering, hvis Energinet anmoder om det. Det skal starte, hvis det bliver kaldt. Har man et frivilligt bud, kan han lægge det ind nu, og det kan være aktivt mellem kl. 14 og 15. Han kan også vælge at lægge ind for nogle timer i aften. Han kan også fortryde og fjerne sit bud igen en halv time før. Forsyningssikkerhed og rådighedsreserver er ikke "ægte", for de kan være væk om lidt. Det er jo svindel i bund og grund. Man lægger en vare ind, som ikke har samme gyldighed, og erstatter den af noget, som er rigtigt og overholder normen. Han mente, at Forsyningstilsynet burde have gjort noget ved det. Forsyningssikkerheden blev ikke overholdt, som den skulle. Forsyningstilsynet har ikke meget markedsforståelse, og de spørger ofte Energinet, om det er en god idé. Det sidste afsnit i hans mail fra 20. januar 2020 er udtryk for humor. Han opfordrer dem ikke til noget, der begrænser deres deltagelse på mFRR-markedet. Tværtimod. For hvis man melder ind i mFRR, har man låst sit værk. Han mente, at Energinet misbrugte deres frivillige bud. Det var udtryk for en lokal UMM fra ham. Han havde ikke fornemmelsen af, at han gjorde noget ulovligt. Han havde lige oplevet, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke ville gøre noget som helst

for, at Effekthandel skulle fungere på nogen måde. Han var ikke bitter, men det var en indforstået joke.

I hans mail af 30. marts 2020 til puljedeltagerne taler han om, at hvis man skal lave shows, skal man vælge nogle få timer ud, hvor man sætter meget høje priser, dvs. priser der ligner priserne på DK2. Det var for at vise andre værker, at de skulle med i puljen, men først og fremmest ville han vise, at når man rammer showtimen, kan man se, hvor meget der skal til for at modvirke de 300 MW, som de ikke køber. Det var for at teste markedet i forhold til, hvor man tidsmæssigt lå henne. Når man skal modvirke det manglende indkøb, har man ikke meget at gøre med, så det var noget med at udnytte sin værktøjskasse for at se, hvor priskrydset var. Han kunne ikke bare have fastsat en høj pris for alle bud, for sådan fungerede markedet ikke, og det havde de ikke magten til. Der var nogle huller og specielle situationer, hvor de kunne gøre noget. Når han lavede shows, var det også for at se, om man alligevel kunne gøre noget, når man blev lidt ekstrem i det. Det lykkedes dog ikke, men derfor kan man godt forsøge sig.

Når han i sin mail af 21. juni 2021 skriver, at Energinet svindlede sig til besparelser, mente han, at Energinet ikke havde fulgt proceduren. Energinet havde kørt auktionen og fandt ud af, at der var for lidt i nogle timer. Energinet kan jo kigge ned i alle kagedåserne, og de fandt ud af, at der manglede bud i 7-8 timer, og i stedet for at købe på en ekstra auktion kl. 13, besluttede Energinet at forlænge auktionen. Det blev han yderst ophidset over. Energinet vidste, at bjørnen DONG sov, og så brød de proceduren og ringede til DONG, som var PBA, og pludselig var der masser af MW. Der var derfor masser af timer, hvor Effekthandels bud ville have været med, selvom de nok ikke ville have sat prisen, men de forsvandt. Han klagede til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som afviste det.

Grunden til, at man fjernede de 300 MW i DK1 og ikke i DK2 var, fordi man havde langtidskontrakter med DONG, som ejede Kyndbyværket. Kyndbyværket med sine langsomme reserver, som skulle understøttes fra Sverige, kunne levere de 300 MW, som man så undlod at købe i DK1. Det blev sådan, fordi Ørsted/DONG er statsejet og havde kontrakter fra 2005-2010. Da Storebæltsforbindelsen kom, havde de ikke en ny kontrakt. Derfor blev det til, at DK2 skulle bibeholdes, selvom det ikke var 15 minutters rådighedsreserver. Storebæltsforbindelsen kom ikke på finansloven. Den var etableret og betalt, før Energinet kom ind i billedet. Energinet forsøgte at få det på Finansloven. Han ved ikke, hvem der spændte ben for det. Pludselig kom det ind i billedet igen, at det ville man ikke gøre. DONG pressede på for at få en genforhandling og truede med at nedlægge Kyndbyværket. Energinet var bundet på begge hænder, for det blev forlangt, at de skulle lave en metodegodkendelse på reservationen på Storebælt. De 600 MW kan overføres via Storebæltsforbindelsen fra det ene til det andet

område. Hvis kablet er optaget, f.eks. af strøm, kan der ikke overføres mFRR-kapacitet i samme retning. Puljeordningen blev oprettet som et modsvar til Energinets manglende indkøb i DK1 og for at opnå kontraheringsstyrke og fjerne enkronen fra bunden. Det kunne ikke løses uden puljeordningen. Han var blevet lagt på hjul og stejle, hvis han havde meldt ind til alle værker, hvad de skulle melde ind. Han gik i gang med at melde ind til en puljeordning og kontaktede værkerne. Han forklarede dem setuppet. Når han præsenterede værkerne for puljeordningen, præsenterede han det sådan, at de skulle have enkronen væk, for der var ingen, der kunne leve af den, og det lukkede værker. Det hele gik ud på at samle MW fra de forskellige værker, og han lagde ikke skjul på, at der skulle mange værker til.

Selvom værkerne havde en PBA, kunne Effekthandel lave en pulje på tværs af PBA'er. Fordelingsnøglen kunne godt have virket, hvis den var intern hos en PBA, men i princippet må en PBA ikke sætte prisen, fordi de sidder med indsigtsviden om markedet, behov, andre aktører m.v., så de ville få et problem med deres forretningsmodel. I starten skulle alle værker til Effekthandel udlevere deres brugernavn og adgangskode til deres indleveringsprofil hos deres PBA. Han skulle logge ind på hver enkelt værks profil og indtaste oplysninger.
havde imidlertid alle aftalerne i deres system, og de tillod så, at der blev lavet en fælles portal, så han ikke skulle åbne hver enkelt i en hjemmeside for sig. Nu kunne han trække dem ned på en fane, men det var samme princip – han skulle stadig ind på hvert enkelt værk, men det var blot nemmere for ham at administrere.

I månedsopgørelsen for april 2021 betyder 0 i alle timerne, at han har indmeldt timerne. Hvis der ikke står noget, har værket ikke lagt timer ind med MW. Hvis der står noget i cellen, er det blevet indmeldt, uanset hvad der står. Kl. 23 den 5. april 2021 blev der indmeldt 204 MW. De største mængder, han maksimalt indmeldte i en enkelt auktion, var nok de 223 MW. Han ved det ikke, men det kan han godt have gjort.

Når man ikke ved, hvor mange enkroner der er, ved han heller ikke, hvor kippunktet er. Han vidste, at rigtig mange af kraftvarmeværkerne fulgte vind og vejr, årstiderne, gaspriserne og strømpriserne, og han vidste, at det var bestemmende for, hvor meget man ville lægge i markedet og dermed også, hvad prisen ville være. Han var jo ikke herre over, hvad Energinet lavede, altså om de efterspurgte det, de skulle, og fulgte deres egne regler. Man kan aldrig vide, om man potentielt kunne blive uomgængelig i auktionen ved at have en pulje, der var stor nok. Det kan ikke lade sig gøre. Man kan aldrig få den status, for så var man jo Gud. Han havde en idé om, at man havde nogle auktioner, hvor man bedre kunne påvirke prisen end andre, f.eks. i spidslasttimerne. Når prisen ikke kunne erstatte det, de skulle bruge for at holde et anlæg kørende, så trak de sig ud. Så snart priserne steg, kom de til igen. Det er et almindeligt markedsprin-

cip. At blive uomgængelig findes ikke på dette marked. Man kan sige, at det findes på DK2.

I relation til Danske Commodities' svar den 20. januar 2020 mener han, at Danske Commodities beskyttede deres egen forretning. Hvis Danske Commodities så skyggen af, at Effekthandel kunne få en bid, ville det være træls for dem. Mailen gav ikke anledning til, at han genovervejede, om hans eget setup var lovligt eller ej, for så skulle han mistænke sin advokat for at være helt ved siden af sig selv. Han kan ikke tro, at han talte med sin daværende advokat om denne mail. Det var så ligegyldigt.

Vedrørende afregning fra januar 2020 og det nævnte om, at man havde fået høstet nyttig viden om prisdannelsen i auktionen, som blev mere og mere værdifuld med flere MW, der blev samlet i puljen, betød dette, at han var blevet klogere på priserne i forhold til vejret, tidspunkt på dagen m.v. Det var learning by doing. Der var ingen manual på det. Det var et spørgsmål om at finde de priser, som Effekthandel kunne melde ind, og som kunne gøre en forskel, så man ikke lå i bunden, uden at melde så højt, at man mistede alt. Vedrørende afregning fra marts 2020, hvor han skriver, at med en puljestørrelse på ca. 200 MW, var det hans bud, at puljen ville have fået 75 % af buddene godtaget til 9,33 kr. pr. MW, og at det så ville være acceptabelt for puljedeltagerne, var dette baseret på, at han gik baglæns i dagsrapporten. Han sad med viden om, hvor mange MW, de havde meldt ind, hvor mange MW der var godtaget og til hvilken pris. Dette kunne han bruge erfaringsmæssigt. Han er ikke noget orakel, og han var ved at opdrage sig selv som en algoritme. Han havde på daværende tidspunkt ikke nogen algoritme. Et "show" er, når han selv laver noget ind i markedet, som er outreret, og som bryder grænser. Dette kunne han ikke dele med andre – det foregik jo inde i hans hoved. Han kunne dele resultatet med andre. Indmeldingen af bud ved et show sker fuldstændig på samme måde. Det er det, der foregår inde i hans hoved, der er anderledes.

I sit brev af 25. marts 2020 skriver han om at være prissættende. Under givne omstændigheder kan man være prissættende også under 50 MW.

I mail af 2. december 2020 til puljeordningen skrev han, at det var muligt at påvirke markedet, selv om indkøbsmængden ikke blev øget, hvori lå, at når f.eks. Storebæltsforbindelsen var ude, så skete der noget i markedet, som ikke havde noget med Effekthandel at gøre. Det var det, der var pointen.

I mail af 23. december 2019, hvor han skrev, at den højeste prioritet for det første kvartal i 2020 var at få flere kraftvarmeværker med i puljen, så "vi kan komme op og flytte på priserne både i spidslast timerne og i ydertimerne", var målet, at den daglige handel kunne modvirke det manglende indkøb på 300 MW fra Energinet. Når man også skal det i ydertimerne, er det, fordi når kro-

nen stadig ligger der i over halvdelen af 24 timer, er det enormt svært at få gennemsnitsprisen op på noget, der minder om noget acceptabelt, medmindre man skal have sygt høje priser i nogle få timer. Puljen virker som et spejlbillede af spotmarkedet, fordi de deltager på kryds og tværs i spotmarkedet, hvor de laver kraftvarme, og måske i rådighedsmarkedet, hvor de måske kommer til at lave varme. Dem, der ikke er med i puljen, agerer på nogenlunde samme måde. Havde han blot to sammenlignelige anlæg, ville han have et spejl af det. Når man spejler noget, får man en idé om, hvordan ser det ud på den anden side af hegnet, dvs. hos dem der ikke deltog som kunder hos Effekthandel, men som også var kraftvarmeværker og deltog i rådighedsmarkedet. Når prisen er så lav, at der ikke er noget at komme efter, er det enormt svært at hæve bunden. Hvis der er f.eks. revision af anlæg, kan prisen påvirkes. Hvis man vil forsøge at hæve bundniveauet, kan man lægge alle æg i samme kurv for at få prisen op. Så risikerer man, at alle æg ikke accepteres eller at enkelte æg ikke accepteres, men at alle æg til 1 kr. tager hele gevinsten. Det er delt op i trin, fordi det er pay-as-clear.

Vedrørende Henning Parbos mail af 11. december 2020 til om blandt andet buddene på 449 kr. i dagtimerne, kan Energinet ikke se, hvilke værker der ligger bag buddene. Alle bud er mærkede, og alene PBA ved, hvilke værker der ligger bag buddene over for Energinet. Han reagerede derfor på, at Energinet ville pille i den pose, idet der er en fortrolighed mellem PBA og deres kunder. Han svarede i sit brev "Svar fra anlægsejere (identiske svar fra 44 anlægsejere)". Han har nok ikke forelagt svaret for værkerne, så de kunne sende det til deres egen PBA, for det var hans ansvar.

I en mail fra marts 2020 fra ham til Bjarne Averhoff, hvor han skrev, at han vred sin hjerne for at komme på nye ideer til at få puljen boostet, så de kunne sætte priserne uden at sætte så meget til hver dag, var dette et spørgsmål om, hvordan han kunne blive dygtigere og få flere kunder i butikken. Bjarne var jo medejer, og de har kendt hinanden i 20 år. Det er noget vrøvl at tage sådan en intern mail ud og forsøge at bygge noget på den.

I informationsmaterialet er det anført, at der var 90 MW i puljen, fordelt på 23 forskellige værker, og at i de timer, hvor de var prissættende, var det ofte med decimaler (f.eks. 6,44 og 4,87). Dette er internt til puljedeltagerne om, hvad de skulle kigge efter i deres eget system. Når han meldte ind, måtte han ikke fortælle, hvad han meldte ind til. Han ville heller ikke bagudrettet fortælle puljedeltagerne det. Men han måtte godt fortælle dem, hvordan de navigerede i og så, om han havde været med til at sætte prisen, og det kunne de ved at se på decimalerne, fordi der ikke var ret mange andre, der brugte decimaler. Det var en måde, hvorpå man kunne identificere, om han havde meldt ind. Hans forretning skulle vise, at han rent faktisk lavede noget. Nogle gange bød han ind med

2 decimaler, og det var der ikke mange andre, der gjorde. Han har ikke budt ind med 6 decimaler.

Han ønskede at beholde gasmotorerne i markedet for at sikre forsyningssikkerheder. Det var en af motivationerne. Han har ikke været med i et forum om, hvordan man på sigt sikrer forsyningssikkerheden. Han har talt med Forsyningstilsynet, Energinet og konkurrencemyndighederne. Energinet sagde, at han kunne hoppe i havnen, for det var dem, der bestemte.

I sit brev af 25. marts 2020 skrev han om elkedler. Hele idéen med Effekthandel var at lave ydelser, som decentrale kraftvarmeværker kunne nyde godt af. De lavede noget, som modsvarede manglende indkøb af 300 MW. Når man laver et API indmeldingssystem, skal man lave noget, der er sikkert for kunden, så ikke andre kan komme til det. Her taler man ikke om en puljeordning, men om individuelle services til de enkelte værker. Elkedler kræver større analysearbejde, men de havde det i støbeskeen. Der var værker, der kom til ham og efterspurgte det. F.eks. i forhold til elkedlen havde de tilbud fra deres PBA, men de var meget dyre. Så længe han kørte det efter andelsprincippet, hvor de ramte kernen i andelstanken, ville de gerne bruge Effekthandel. De kom ikke så langt. De havde lavet indmeldingsrobotten til API og algoritmen, så den kunne styre en elkedel og melde ind i tilgængelige markeder. Det har kørt på 4 værker, som lukkede, fordi han kom i bad standing på grund af denne sag. Interessen for udvikling stoppede sammen med alt det andet. Derfor er der ingen aktivitet i Effekthandel i dag.

Han fik ingen henvendelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om, hvad han havde gang i, før kontrolundersøgelsen i maj 2021. Han har efterfølgende talt med Michael Brandt i mange timer. Han fik ikke nogen formel forespørgsel. Han havde foretræde og her fik han at vide, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke ville tale med ham. Han spurgte, om de kunne få det til at gå væk, så de kunne drive virksomheden lovligt. I brev af 4. marts 2022 fra sin tidligere advokat foreslog han mulige løsninger/tilsagn. Han forsøgte hele vejen igennem – ja, helt fra starten – at have en dialog og finde en måde at gøre det på. Han ville gerne have et parallelt løb, hvor han spillede med åbne kort.

har forklaret, at han var direktør for fra 2013 og frem til 1. januar 2025. stod for levering af fjernvarme, levering af vand og håndtering af spildevand. I deres forsyningsområde er der 35.000 beboere. Der er forsyningspligt til 13.000 forbrugere på varmedelen. I 2022 var varmeprisen på et standardhus på 130 m^2 omkring 14.000 kr.

Både varmeforsyningen og vandforsyningen er underlagt et hvile-i-sig-selv princip. har 30-32 fuldtidsstillinger. I er der 12-13 årsværk.

Vedrørende overdragelsesaftalen fra 11. november 2022 var der et forløb tilbage i 2014-2015, hvor en sammenlægning var på tale. Der blev udarbejdet et udkast til en overdragelsesaftale, som minder om den fra 2022. Aftalen var forhandlet på plads, men projektet faldt på generalforsamlingen i . Tiden gik, og der kom corona og energikrise, og gaspriserne steg voldsomt. Fordi primært producerede deres varme med gas, steg deres priser med raketfart og blev på et tidspunkt dobbelt så høje som priser. Ønsket om en overdragelse opstod derfor igen.

Da henvendte sig igen, blev der sat ind med en komprimeret løsning. Et forløb på 2-6 måneder gik forud for indgåelse af overdragelsesaftale af 11. november 2022. Formålet med overdragelsesaftalen var, at skulle opnå lavere fjernvarmepriser. havde et produktionsanlæg, der kunne håndtere , og ønskede stordriftsfordelen ved en sammenlægning. havde ikke brug for anlæg. har et solcelleanlæg, som alene er i brug om sommeren og kun leverer 1 % af varmebehovet. Man kan ikke bruge solcelleanlægget til at lave manuelle reserver på.

var et AMBA, og er et A/S. Der blev lavet den model, at blev stående som forening, og overtog aktiverne og passiverne fra . påtog sig desuden fjernvarmeforsyningspligten. Det var dette overtog, og det er det, der er reguleret i overdragelsesaftalen.

Han blev på et tidspunkt – vistnok i marts 2023 – bekendt med, at havde haft en dialog med konkurrencemyndighederne. tog det helt roligt. De vidste ikke, at havde haft en aftale med Effekthandel. Der var ingen verserende sager, hvilket også fremgår af punkt 11.1, i overdragelsesaftalen.

Han mener, at en bøde på 11,5 mio. kr. viser, at nogen har tabt sutten. De fik vistnok først meddelelse om dette bødekrav i september/oktober 2023. De havde fået en skrivelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vistnok i marts 2023 – men det er han ikke sikker på – om, at noget var undervejs. Orienteringen kom ikke fra . Det gik op for ham, at det var omsætning, der indgik i beregningen af bødekravet. Han skrev til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen herom. Bødekravet er nu noget

mindre – lidt over 1 mio. kr. er underlagt et hvile-i-sig-selv princip. Der akkumuleres ikke noget overskud, så der er ingen penge til at betale en bøde. Der er heller ikke nogen, der kan optage et lån til betaling. Han kan ikke se, hvordan en bøde skal kunne betales.

Han ved, at der er nogen, der har overvejet at fusionere. Han har hørt, at Åbybro har overvejet en sammenlægning med Jetsmark Energiværk, men ham bekendt vil de ikke risikere noget, før denne sag er afklaret.

har endnu ikke givet accept til opløsning af som anført i overdragelsesaftalens punkt 13.2. Kommer til at hænge på en udgift, må bestyrelsen i betale, og kan de ikke det, må bestyrelsesansvarsforsikringen betale. Hvis er opløst, er alle væk, og så bliver det svært at have med at gøre. har henvendt sig til bestyrelsesmedlemmerne hos gennem en advokat. Hans vurdering er, at selskabet ikke kan likvideres, så længe denne sag ikke er afklaret. har taget deres reklamation til efterretning og sagt, at de må vente og se, hvad der sker i denne sag.

har forklaret, at han har været købmand siden 1981. Han sad i bestyrelsen for i 20 år. Han var formand i 18 år. Forsyningsområdet har 354 forbrugere, hvoraf ¾ er andelshavere. De nytilkomne har ikke fået et andelsbevis.

Da de indgik overdragelsesaftalen i 2022, lå varmeprisen på ca. 18.000 kr. årligt for et standardhus på 130 m^2.

havde to gasmotorer til at forsyne byen. Disse to gasmotorer kunne begge bruges til at stille kapacitet til rådighed på reservemarkedet. De havde også en akkumuleringstank på 10 m^3, som kunne køre i et døgn. De kørte kun med en gasmotor. Den kunne sagtens klare byen.

Der var hos én fuldtidsansat driftsleder, som var der 24/7 – han kiggede ikke på klokken. Driftslederen var uddannet smed. Når driftslederen havde ferie, var der en afløser, som var skraldemand. De andre bestyrelsesmedlemmer var henholdsvis maskinmand, køkkenleder på en skole og beskæftiget inden for IT. Han selv var den, der sad længst i bestyrelsen. De andre sad i henholdsvis 10 år og 2 år.

brugte som PBA.

indgik en aftale med Effekthandel den 2. september 2020. Han kan ikke huske, om de forud herfor indmeldte reservekapacitet som manuel reserve. Det var driftslederen, der styrede det hele.

Forløbet vedrørende aftaleindgåelsen med Effekthandel har han gennem driftslederen, som fortalte, at Finn Grønkjær flere gange kom uanmeldt og bankede på døren. Driftslederen var skeptisk, men til sidst blev de enige om at give det en chance for at se, om der var noget i det. De skulle som bestyrelse kun tænke på deres forbrugere, som de skulle skaffe billig varme. Hvis de kunne spare og få billigere varme, kunne det være, at der var noget i det. De har ikke i bestyrelsen set ret meget af materialet fra Effekthandel. Driftslederen tog sig af det. De har drøftet det i bestyrelsen. Hans vurdering var, at de godt kunne være med, fordi andre værker var med. Aftalen gik ud på, at kunne sælge noget strøm, og at varmen kunne blive billigere til fordel for forbrugerne. Han vidste ikke, at Effekthandel skulle sætte priserne på deres produkt. De have en forventning om, at det kunne generere noget mere omsætning end det, de kunne skabe på egen hånd. De blev stillet i forventning, at priserne ville blive højere. De så ikke i bestyrelsen månedsopgørelserne fra Effekthandel. Driftslederen sagde blot til dem f.eks., at det heller ikke havde givet noget i denne måned.

Han har ikke set notatet fra . Driftslederen har måske set det. Det var driftslederen, der stod for al kontakt til Finn Grønkjær. Han husker ikke, at driftslederen sagde noget om et notat.

Bestyrelsen fik at vide, at varmemester hos , , den 23. maj 2022 havde deltaget i et virtuelt møde med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. fortalte ikke, hvad der var sket på mødet, og han sendte ikke referat af mødet til bestyrelsen. Tingene var i øvrigt foregået, før kom til. Han mener ikke, at de i bestyrelsen fik noget at vide om en civil bøde.

De opsagde aftalen med Effekthandel efter et bestyrelsesmøde i 2022, fordi driftslederen kunne se, at der var bøvl med at indmelde, og der var ingen penge i det. De tænkte, at der var flere omkostninger end indtægter ved at blive i aftalen. De blev i bestyrelsen desuden opmærksomme på, at der var noget galt i forhold til konkurrencemyndighederne, da driftslederen sagde, at der var kommet noget fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og at det var noget skidt. Han har ikke set meddelelsen om betænkeligheder af 26. januar 2022 fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. De talte i bestyrelsen om, at når de havde opsagt aftalen, var der nok ikke mere i det.

Det første bødekrav på 11,5 mio. kr. var helt ude af proportioner. De ville blive smidt ud af byen, hvis der skulle betales dette beløb. Godt og vel 1 mio. kr. er

stadig et vildt beløb. Pengene er der ikke. Der er kun de 354 brugere til at betale.

I 2014 havde de de første møder om en overdragelse til . De var langt i forløbet. Baggrunden var, at de kunne se, at varmen ville blive dyrere. Det blev dog stemt ned på en generalforsamling i . Frem mod 2022 skete der imidlertid mange ting i byen, og der kom yngre generationer til, som godt kunne se, at var dobbelt så dyre med varmen, end var. havde ikke de aftaler, som havde, og havde kun gas og solceller. var således meget afhængig af gas, hvor prisen steg kraftigt.

Det var revisor og advokat, der tog sig af vurderingen af sammenlægning i forhold til, at var et AMBA, og er et aktieselskab. De gik i bestyrelsen mest op i, hvor meget de kunne spare. En ledning til kostede ca. 15 mio. kr., som skulle betales af forbrugere. Nogen betalte, mens andre fik en afdragsordning over ti år.

De fortalte ikke i forbindelse med overdragelsen om meddelelsen om betænkeligheder fra konkurrencemyndighederne, for de troede ikke, at der var mere i det. De troede, det var slut. De havde det slet ikke i tankerne. De fortalte ikke om aftalen med Effekthandel eller om dialogen med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Der er i dag ingen aktiviteter i . Der er ingen ledelse og ingen ansatte. Alt det regnskabsmæssige ifølge overdragelsesaftalens punkt 3.2, er håndteret af revisor. Alt er ordnet, og der har ikke været nogen aktivitet i i over 2 år. Omkostningerne ved overdragelsen er lagt over på hver forbruger enten ved fuld betaling eller som afdragsbetaling.

De drøftede ikke konkurrencesagen med den advokat, der hjalp dem med overdragelsen, fordi de ikke mente, at der var noget i det. De blev af både advokat og revisor spurgt ind til, om der var verserende sager, men der var ikke noget i det, fordi aftalen med Effekthandel var opsagt. De fandt i bestyrelsen ikke anledning til at spørge driftslederen, om der kunne komme noget i forhold til konkurrencesagen.

Han ved ikke, hvorfor de ikke oplyste Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om sammenlægningen af og som anført i styrelsens mail af 12. oktober 2023. Det var revisor, der lavede papirarbejdet. Han troede, at det var gjort. Han fandt ikke anledning til at oplyse

om konkurrencesagen, fordi han ikke troede, at der var noget i det, da aftalen med Effekthandel var opsagt.

har forklaret, at han siden den 1. juni 1996 har været driftsleder ved . Han er uddannet maskinmester og har tidligere været blandt andet værkfører.

har godt og vel 1.000 forbrugere, som alle er andelshavere. Fra 2019 til starten af 2022 havde 2 fuldtidsansatte – ham selv og en smed – og en deltidsansat bogholder. Bestyrelsen bestod af frivillige ildsjæle. Bestyrelsesformanden var IT-programmør. Herudover var der i bestyrelsen en fiskehandler, en vinduespudser, en ekspedient i en tømmerhandel og en pensioneret bogholder. Ingen af bestyrelsesmedlemmerne havde juridisk baggrund.

Varmen blev dengang produceret af 4 motorer. var i gang med at omlægge fra gasproduktion til elproduktion.
var et af de første i Danmark, der fik en elkedel på 10 MW. Det, de har på gas, bruger de til mFRR. er godkendt til 4,9 MW.
har solgt både på spot og på mFRR.

indgik aftalen med Effekthandel i september 2019. De havde 2 år forinden stoppet for indmelding på mFRR, fordi det var kørt helt ned til 1 kr. pr. MW. Det ville svare til 34.000 kr. på årsbasis i indtægt for , så det marked var for dem ikke eksisterende. De havde stadig service og forsikring på motorerne og brugte ½ mio. kr. om året på det. Det kunne de, fordi de dengang modtog grundbeløbet. De drøftede i bestyrelsen, om de skulle kassere motorerne.

De kendte ikke Finn Grønkjær, inden de indgik aftalen med Effekthandel. Finn Grønkjær kontaktede og sagde, at han ville hjælpe dem på mFRR-markedet. De aftalte, at Finn Grønkjær skulle komme forbi og vise dem det og hjælpe dem med at bibeholde motorerne. Finn Grønkjær udleverede ikke noget materiale. Finn Grønkjær mente, at Finn Grønkjær havde en model. Finn Grønkjær var ved at lave en tilsvarende aftale med , som er noget større end . Han kender godt. Han talte ikke med nogen fra . Han tog fat i PBA og , som han har haft en god relation til i alle årene. Han spurgte dem, hvem Finn Grønkjær var. Finn Grønkjær virkede meget kompetent, og Finn Grønkjær virkede til at have meget god indsigt. Finn Grønkjær havde store armbevægelser. fortalte, at de var i dialog med Finn Grønkjær om et samarbejde, og nævnte, at der i november ville blive afholdt informationsmøder, hvor Finn Grønkjær havde fået lov til at præsentere idéen. Han var med til et præsentationsmøde i Aal-

borg, hvor de var omkring 40 deltagere. Folk så modellen som en mulighed for at holde liv i deres motorer. De stod over for valget om at skrotte motorerne eller holde liv i dem. Han sagde til Finn Grønkjær, at han gerne ville have, at Finn Grønkjær kom med noget fra en advokat, fordi han ikke kendte Finn Grønkjær og ikke selv kendte nok til modellen, som var ny. Han bad ikke om dette. Der er i dag mange muligheder for salg fra , så for hver aftale ligger der måske 8-10 sider, som advokat har gennemgået. Henning Parbo spurgte ham, hvad de nu gjorde, når grundbeløbet bortfaldt. Efter at have talt med Finn Grønkjær, gik han på Energinets hjemmeside og fandt noget om en aggregatorfunktion. Energinet ville åbne for en model, hvor man indsatte et mellemled for at samle de små værker. Dette faldt jo helt i tråd med det, Finn Grønkjær kom med. Finn Grønkjær talte meget om andelstanken. Hanstholm Varmeværk kunne med en godkendelse på 4,9 MW ikke selv byde ind. Hans ansvar som driftsleder var at optimere driften. Finn Grønkjær kom ind som et værktøj, de kunne bruge. Informationsmaterialet fra Effekthandel - "Puljeordning for rådighedsreserver" – svarer til det, Finn Grønkjær præsenterede for ham.

Efter aftalen med Effekthandel blev indgået, talte han ikke med andre værker. Han kontaktede således heller ikke andre værker for at få dem til at indgå en tilsvarende aftale.

Formålet med at indgå aftalen med Effekthandel var for at holde liv i deres motorer, ligesom der var et aspekt af forsyningssikkerhed i det. Sammen med Energinet var og er de med til at holde hånden under forsyningssikkerheden i Danmark.

Finn Grønkjær sendte mails til deltagerne i ordningen. Han kiggede på, om Hanstholm Varmeværk fik noget ud af det og orienterede bestyrelsen om disse mails. Han talte undervejs i forløbet med Finn Grønkjær få gange. Finn Grønkjær fortalte ikke præcis, hvordan Finn Grønkjær ville melde ind. Han læste ikke alle de mails, Finn Grønkjær sendte, men han så derimod meget på, om fik en indtjening på det. Han kan ikke huske det næstsidste afsnit i Finn Grønkjærs mail af 25. januar 2021, hvor Finn Grønkjær skriver, at Effekthandel skulle være et "redskab til at hæve rådighedspriserne generelt til et niveau, hvor produktionsanlæggene kan bidrage positivt til puljedeltagernes forretninger.". Han har heller ikke bidt mærke i, at Finn Grønkjær i mail af 25. januar 2022 skrev, at Finn Grønkjær kunne "konstatere, at vi har været prisdannende i mere end 85% af timerne, - men samtidig også sige, at vi bør sende et takkekort til den/de kolleger, som bød ind med de vildeste priser". Han ved ikke, hvad Finn Grønkjær taler om her.

Det er ham, der skrev høringssvaret af 11. april 2023. Svaret var afstemt med bestyrelsen.

Bilaget "Indtægter og udgifter i forbindelse med indmeldelse på rådighed i perioden: 1. september 2019 - 31. marts 2022, hvor Effekthandel stod for indmeldelsen" er udarbejdet af bogholderen hos . Han ville gerne se, hvilken indtægt de havde haft i forbindelse med aftalen med Effekthandel. Underskuddet viste sig at være på 159.000 kr. De havde udgifter i form af stilstandsvarme, gaseftersyn, service, forsikring m.v. Langt de fleste måneder var indtægterne minimale – få tusinde kroner. Der var 1-2 måneder, hvor der var udfald på Storebæltsforbindelsen. I dag er der et plus, så det går langt bedre. Markedet har udviklet sig år for år. I dag påhviler reservekapaciteten ofte de mindre værker. Elkedlen kører i dag rigtig meget.

Han har ikke tidligere set Energinets klage af 21. januar 2021 til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Mailen af 11. december 2020 fra Henning Parbo fra Energinet har han heller ikke set tidligere. Han har heller ikke tidligere set Finn Grønkjærs "Svar fra anlægsejere (identiske svar fra 44 anlægsejere)" til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Han ved, at Finn Grønkjær havde en dialog med Energinet og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Han husker ikke, hvad de fik at vide ud over, at Finn Grønkjær nok skulle tage sig af det – det var blot en teknikalitet. Det var ikke noget, bestyrelsen i brugte energi på.

Da fik en meddelelse om betænkeligheder fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, opsagde de omgående aftalen med Effekthandel. Han er ked af, at de ikke fik en henvendelse direkte fra Energinet først. I givet fald ville de omgående have opsagt aftalen med Effekthandel. Det var kun en lille del af deres marked, så det har ikke haft nogen videre betydning for dem.

Det første bødekrav, modtog, var på 12,5 mio. kr. Det var voldsomt. Det svarede til hele årsomsætningen hos .
De var rystede, men de var i bestyrelsen overbeviste om, at de havde handlet i god tro. Der var store aktører involveret, og de kunne have lukket platformen. Bestyrelsen var åbne og fortalte på generalforsamlingen, at der var kommet et bødeforlæg og en trussel fra NSK. Han har gjort alt for at følge reglerne og gøre tingene ordentligt. IT-programmøren, som var bestyrelsesformand, var bange for at få en plet på straffeattesten, og han gik ned med stress. Han var ude i et år, før han trak sig helt. De stod midt i en stor grøn omstilling, som de havde fokus på, og pludselig var bestyrelsen i et stykke tid som en høne uden hoved. Det har været en hård tid.

har forklaret, at han var bestyrelsesformand i fra 2009-2018. Herefter fortsatte han som almindeligt medlem af bestyrelsen. Fra 2020-2023 var han bestyrelsesformand igen. Han sad i bestyrelsen, da

aftalen med Effekthandel blev indgået. Han blev uddannet revisor i slutningen af 1990'erne, og siden 1999 har han været CFO i forskellige stillinger.

omfatter by med ca. 580 forbrugere, som er andelshavere. I er der ansat en varmemester og en driftsassistent. Varmesteren er uddannet elektriker, og driftsassistenten er VVS'er. De har en 30 timers arbejdsuge + tilkaldevagter. Ingen af de ansatte eller i nogen i bestyrelsen havde juridisk baggrund.

producerer varme primært på en fliskedel og tidligere også på en gasmotor, som de stod til rådighed med. De stod også til rådighed, før de indgik aftalen med Effekthandel. Dengang indmeldte varmesteren rådighed i kapacitetsmarkedet.

Rådighedsbeløbet faldt væk den 1. januar 2019. De gjorde sig derfor overvejelser om, hvorvidt de skulle fortsætte med at have en gasmotor, eller om den skulle skrottes. De drøftede på et bestyrelsesmøde i februar 2019, om gasmotoren skulle nedlægges, fordi der ikke var økonomi i det. De besluttede at undersøge det nærmere. I april 2019 havde de det igen oppe på et bestyrelsesmøde, hvor de besluttede at udskyde beslutningen til efter ferien på grund af usikkerhed i markedet. Det var forbundet med mange konsekvenser at skrotte, bl.a. justering af tilskud, indhentelse af tilladelse til nedlægning m.v. De så også på, hvordan økonomien kunne optimeres, hvis gasmotoren skulle fortsætte. I januar 2020 havde de et møde med , hvor forklarede, at kunne skifte over til portal og dermed opnå bedre service for indmelding og bedre pris på varmen.

De blev af varmemesteren introduceret for Effekthandel i sommeren 2020. Han har aldrig set Finn Grønkjær. Bestyrelsen havde presset varmemesteren, så han ikke brugte for meget tid på indmelding af priser på en gammel gasmotor. Han skulle i stedet fokusere på at optimere driften, dvs. reducere ledningstab, sikre korrekt fremløbs- og tilbageløbstemperaturer osv. Varmemesterens forslag var, at Effekthandel kunne melde ind for dem. Varmemesteren sagde, at det alt andet lige ville svare til, at de selv gjorde det. Varmemesteren sagde ikke noget om et fællesskab med andre varmeværker. De betragtede det som en ydelse, hvor Effekthandel tog sig af indmelding. De modtog et notat fra . Notatet var ret afgørende for dem, og de drøftede det i bestyrelsen.

Han forstod notatet fra sådan, at det ikke ville være i strid med nogen regler, hvis indgik aftalen med Effekthandel. Han kendte gennem sit arbejde. havde og har stadig et godt renommé. Det var vigtigt, at personalet fik tid til at servicere forbrugerne, og at prisen blev så lav som mulig. De kunne se et potentiale i, at omkostningerne blev bragt ned.

Han kendte ikke til andre værker, der havde en aftale med Effekthandel, før de selv indgik aftalen med Effekthandel. Han har aldrig "markedsført" Effekthandel.

Han har ikke set præsentationsmaterialet fra Effekthandel – "Forklaring af fordele ved samhandlet prisindmelding". Den har ikke været forelagt bestyrelsen. Aftalen med Effekthandel blev underskrevet af varmemesteren. Han ved ikke, om varmesteren fik noget materiale tilsendt.

Varmemesteren må have modtaget månedsopgørelserne fra Effekthandel, men de blev ikke – så vidt han husker – forelagt for bestyrelsen.

Han har ikke tidligere set klagen af 21. januar 2021 fra Energinet. Han kan ikke huske, at han tidligere har set "Svar fra anlægsejere (identiske svar fra 44 anlægsejere)" fra Effekthandel. Han husker ikke, at han fik at vide, at Effekthandel og konkurrencemyndighederne havde en dialog. Det vidste de ikke noget om på dette tidspunkt. Op til jul i 2021 fik han en orientering om, at der var noget i gang med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Han tog derfor fat i advokat fra for at høre, om der var noget i det, f.eks. om de skulle træde ud af aftalen med Effekthandel, eller om der var andet, de skulle forholde sig til. Advokaten sagde, at da der ikke var truffet nogen beslutning om noget, skulle de forholde sig afventende. Advokat var ikke sædvanlige advokat, men han fik anbefalet ham, idet advokat er konkurrenceadvokat.

I december 2022 opsagde aftalen med Effekthandel, fordi de fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fik en tilkendegivelse om, at der ville komme en melding fra dem. Advokat sagde, at sagen nu var ved at tage en drejning, og advokat anbefalede, at de trådte ud af aftalen med Effekthandel, hvilke de gjorde.

De havde ikke i deres vildeste fantasi forestillet sig et bødekrav på 12 mio. kr. De blev meget overraskede. De troede, at aftalen med Effekthandel blot gjorde, at de meldte ind til de rigtige priser. Generelt er det svært at rekruttere bestyrelsesmedlemmer, så det er svært at sige, om det blev sværere at rekruttere efter dette. har fri egenkapital i form af en gammel indskudskapital fra stiftelsen i 1980'erne. Pengene står ikke på en konto, men ligger i rør. vil ikke kunne betale en bøde. En bøde vil kunne medføre en konkurs, og så har forbrugerne ingen varmeleverance.

har forklaret, at han i 17 år har været direktør i .
Han var tidligere rådgivende ingeniør og arbejdede med fjernvarme.
forsyner knap 6.000 forbrugere, som er andelshavere. Der er bolig-

foreninger, som er lejere, og som derfor ikke er andelshavere, fordi de ikke ejer deres boliger. De er 27 ansatte på . De driver et affaldsenergi-anlæg, som kræver bemanding med 3-holdsskift. Affaldsenergi med kraftvarme er et komplekst system. De 18 ansatte er koblet direkte til affaldsenergien. De har ingen jurister ansat. Bestyrelsesmedlemmerne er ikke jurister. Bestyrelsen består af andelshavere.

har 4,5 MW på deres gasmotorer. fusionerede i 2009 og 2011 med tre naboværker. Der blev i den anledning etableret en transmissionsledning, som forsyner dem med affaldsenergi. Gasmotorerne skulle herefter ikke bruges så meget mere. De kunne tidligere lade være med at køre med motorerne og stadig få grundbeløbet. Da grundbeløbet faldt væk, blev gasmotorerne økonomisk set dårlige. havde nu gamle motorer, som sådan set var udtjente, da grundbeløbet bortfaldt. De havde egentlig taget den beslutning, at det var dyrere at køre serviceaftaler og ville derfor lukke dem. PBA sagde, at det var ærgerligt.

Som det fremgår af mailkorrespondancen fra maj 2020 havde de egentlig meddelt Energi Danmark, at de ville tage gasmotorerne ud. Mailkorrespondancen handler om, at ikke kunne se nogen fremtid i motorerne på grund af omkostningerne ved serviceringen af dem. Energi Danmark sagde, at de skulle kigge på rådighedsmarkedet. Energi Danmark henviste til Finn Grønkjær, som kunne melde ind. De tog et møde med Finn Grønkjær, som præsenterede en løsning. Finn Grønkjær sagde, at Finn Grønkjær kunne indmelde samlet. Det kunne de ikke selv, fordi de lå under 5 MW. Finn Grønkjær viste modellen. Det står ham ikke helt klart, om det var materialet " Forklaring af fordele ved samhandlet prisindmelding", han fik, men dette var nogenlunde det koncept, han blev præsenteret for. De spurgte, om det var lovligt. Finn Grønkjær sagde, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde anbefalet, at der blev rettet henvendelse til en advokat. Finn Grønkjær viste ham notatet fra . Han fik en kopi af notatet, som de drøftede i bestyrelsen. Bestyrelsen kunne ikke gennemskue, om der var noget i det eller ej. De blev enige om, at de ville prøve det. Han syntes ikke, det gik ret godt. Nogle gange fik de penge, andre gange skulle de betale. Han tænkte, at de ikke havde fået det optimale ud af det. Samtidig skulle Finn Grønkjær jo have 15 %. Da der ikke var penge i det, overvejede de at trække stikket. De besluttede dog at give Finn Grønkjær lidt mere tid til at bevise sit værd.

Det var en forudsætning for at deltage i projektet, at det var et fælles projekt, og at prissætningen blev hævet. Han talte med et par værker i Vesthimmerland, som spurgte, hvordan de så på det. Han sagde til de andre værker, at han havde svært ved at vurdere det. De andre værker meldte sig også ind. Han har ikke, efter aftalen med Effekthandel blev indgået, drøftet den med de andre værker. Det var en lille del af forretning, så der var ikke så

meget fokus på aftalen. Formålet med fusionen med de tre nabobyer var at skabe en god økonomi og en god varmepris, så det var godt, at motorerne kunne hjælpe med indtjeningen. De var lidt afventede i forhold til økonomien med motorerne og beslutningen om, hvorvidt de skulle skrotte dem eller ej.

I relation til Finn Grønkjærs første månedsopgørelser tænkte han, om nogen var ved at melde sig ud, fordi det forekom ham, at Finn Grønkjærs mails var salgstaler. Han læste kun de første månedsopgørelser. Han husker ikke, om han læst Finn Grønkjærs mail af 25. januar 2021. Han vidste ikke, hvordan Finn Grønkjær indmeldte priser. Finn Grønkjær talte meget om, at Finn Grønkjær kunne udligne forskellen mellem Sjælland og Jylland. Når Finn Grønkjær i sin mail af 24. januar 2022 skriver, at Finn Grønkjær kan "konstatere, at vi har været prisdannende i mere end 85% af timerne, - men samtidig også sige, at vi bør sende et takkekort til den/de kolleger, som bød ind med de vildeste priser." ved han ikke, hvad Finn Grønkjær tænkte på her.

Da fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i januar 2022 fik en meddelelse om betænkeligheder, meldte de sig ud med det samme efter en beslutning på et bestyrelsesmøde. Affaldsanlægget er et meget langsomt anlæg og er derfor ikke på mFRR. De kan tage effekten af turbinen, så de kan stå til rådighed for en nedregulering, men de kan ikke med 15 minutters varsel booste elproduktionen. Det kunne de alene med de små motorer.

I dag tjener de ingen penge på motorerne. De kan måske køre et blokbud, men motorerne er alt for usikre, så de er ikke med mere.

Hvis får en bøde, vil det have konsekvenser for en kontrakt, de lige har vundet vedrørende det lokale affald, hvor en af betingelserne er, at de ikke må være dømt for kartellignende aktivitet. Hvis denne kontrakt går i vasken, skal de importere affald udefra. Da de fik bødekravet på 11,5 mio. kr., forsøgte han at sige til bestyrelsen, at de havde gjort alt efter anbefaling. Han kan stadig ikke se, hvordan de kunne have handlet anderledes. De har en bestyrelsesansvarsforsikring. opererer efter et hvile-i-sit-selv princip og genererer derfor ikke noget overskud.

Han tror, at havde en omsætning på omkring 100.000 kr. årligt på aftalen med Effekthandel. Han tror, at det i en måned sidst på året, formentlig december, stak ud.

Skønsmand Anders N. Andersen har forklaret, at han i 25 år har undervist i energisystemanalyse på Aalborg Universitet. Herudover arbejder han i et softwarefirma, som beskæftiger sig med bl.a. vindmølleparker og solcelleparker. Han har arbejdet med el-markedet de sidste 30 år.

Han kan vedstå indholdet af sine to skønserklæringer.

Hans svar på spørgsmål 16 gælder både før, under og efter budafgivelse. Man kan på intet tidspunkt få kendskab til disse data. En PBA, der indmelder buddene får jo at vide, hvem der har vundet af de bud, der er indmeldt, men ikke alle andre PBA'ere. Varmeværkerne får det kun at vide for så vidt angår det bud, de selv har sendt ind, men ikke andres bud.

I relation til svaret på spørgsmål 2 er de "andre værker" med en kapacitet på 4.376 MW alle decentrale kraftvarmeværker og kraftværker. Elkedler og vindmøller er med, fordi de også kan deltage i mFRR markedet.

Den øverste graf på side 22 i skønserklæringen viser Energinets indkøb. Værkerne har indmeldt en vis mængde, men har kun vundet noget af det. Den blå streg øverst i grafen på side 23 i skønserklæringen er den samlede kapacitet, der kunne bydes ind. Vindmøller er ikke medtaget, fordi det er lidt for sofistikeret. Energinet tillader, at vindmøller deltager i mFRR-markedet, men der er ingen vindmøller, der gør det. Elkedlerne kunne godt være taget med – det ville bare hæve det.

I relation til svaret på spørgsmål 3, 4 og 5 er det sådan, at hvis priserne på mFRR-markedet stiger, vil der komme flere aktører, der melder ind. Der er 10 el-markeder. Værkerne vil holde øje med priserne i de enkelte markeder. Hvis pludselig priserne i et kapacitetsmarked stiger, vil de flytte dertil. El-markederne er alle beskrevet i skønserklæringen på side 13. Værkerne skal vælge imellem dem. Man kan også vælge at afgive bud i flere markeder og se, om man vinder. El-markederne er integreret og konkurrerer derimod lidt imod hinanden. Hvis f.eks. elkedlen skulle stå til rådighed for kapacitetsmarkedet, gøres det ved at reducere elforbruget, og det kan man kun, hvis der forud er købt strøm til elkedlen fra day ahead markedet. Elkedlen kan ikke stå til rådighed for mFRR, hvis der ikke er købt strøm i day ahead. En elkedel bruger strøm – den producerer ikke strøm. Hvis elkedlen har købt strøm i day ahead, kan den tilbyde opregulering i den time ved at fjerne det forbrug. Uanset, om det er forbrug, der reduceres, eller om produktionen forøges, er der stadig tale om opregulering. Af de ca. 5.500 MW bruges i gennemsnit 90 % til day ahead el-markedet. Det kan både være købsbud og salgsbud. Det afhænger af prisen, om MW meldes ind på mFRR markedet eller på day ahead markedet. På day ahead markedet er der angivet en mulig kapacitet i DK1 på 5.566 MW. Der er en vis kapacitet på vindmøllerne. Energinet vurderer, hvor meget vindmølleparken vil producere, og er der en god prognose, må de fjerne 10 % af kapaciteten i den time fra day ahead markedet og lægge ind som et kapacitetsbud. Energinet har med 90 % sikkerhed rådigheden over vindmøllekapaciteten, der er holdt ude af day ahead.

I relation til svaret på spørgsmål 14 ser man klart ud af grafen, at der ikke er nogen positiv korrelation. Han ville gerne have haft nogle punkter, der kunne have en ret skrå linje opad. Han vil ikke engang prøve at finde en korrelation her. Der er ingen sammenhæng mellem Energinets omkostninger til indkøb af mFRR pr. måned og andelen af Energinets omkostninger pr. måned, der tilfaldt de værker, der havde et samarbejdede med Effekthandel.

I relation til svaret på spørgsmål 19 kan man ikke med sikkerhed sige, at man har været prisdanner, hvis man ikke ved, om andre har budt det samme i samme time. Så vil de tilsammen være prisdanner. Man ved jo ikke, at der var de andre. Han ville være sikker på, at han var prisdanner, hvis han opdagede, at det var den samme pris, som var tilbudt, fordi det er den dyreste enhed, der fastlægger prisen. Hvis flere har tilbudt det samme, er de tilsammen prisdanner. Hvis man ser på alle markederne, hvor el kan afsættes i DK1 som angivet i skønserklæringen på side 13 – og altså ikke bare mFRR – er der jo den kapacitet til rådighed i markederne. Nogle udelukker hinanden, og nogle forudsætter hinanden. Han forventer, at alle vil byde 90 % af kapaciteterne ind i day ahead. Balanceringsmarkedet er småt. Vindmøller sælger 90 % i day ahead og lægger 10 % bud ind i reservemarkedet. Hvis man har lagt 10 % af vindmøllerne ind på mFRR markedet, så vil de sidste 90 % af vindmøllekraften skulle lægges oveni som yderligere kapacitet på day ahead. Vindmøllerne vil melde ca. 4.000 MW ind i day ahead. Ser man på alle markederne, vil der således være en kapacitet på i alt ca. 10.000 MW. Den øgede efterspørgsel på 366 MW i december 2021 i forhold til et gennemsnit på 282 MW kan have været skyld i, at priserne var højere i december 2021. Den bagvedliggende årsag kan have været el-forbindelsen til Norge, så man ønskede øget sikkerhed for at have noget kapacitet til rådighed, og det vil alt andet lige øge priserne. I virkeligheden var det måske ikke den øgede efterspørgsel, der fik priserne op i denne måned. Vedrørende den øgede efterspørgsel i marts 2022 betyder hans svar, at varmeværkerne, der havde en aftale med Effekthandel, ikke var prissættende, og at de ikke var prisdanner den 8. marts 2022.

I relation til hans svar på spørgsmål 21 oplevede han, at Effekthandel var medvirkende til, at flere værker begyndte at deltage i mFRR. Når værkerne blev tilbudt hjælp til at deltage i mFRR-markedet, bevirkede det, at flere var villige til at deltage, og dermed kom der mere kapacitet på mFRR-markedet, hvilket vil sænke prisen.

I relation til boks 3.3 i Konkurrencerådets afgørelse under punkt 348 og skønsmandens svar på spørgsmål SS1 i den supplerende skønserklæring ville det være uklogt i den virkelige verden at afgive et bud på 100 MW. Han anser det for næsten udelukket. Energinet giver jo gode muligheder for at sikre, at man vinder den mængde, man har tilbudt. Det er derfor ikke et realistisk eksempel.

I relation til hans svar på spørgsmål IE kan et bud, der er højere end clearingprisen, ikke have haft indflydelse på denne. Det højere bud har tabt, for clearingprisen er den dyreste enhed. Det højere bud kan derfor ikke være medvirkende årsag til den pris, der blev sat.

I relation til hans svar på spørgsmål SS IA ville Effekthandel ikke kende udbuddet fra konkurrenterne. Effekthandel ville ikke vide, at det var MW. Effekthandel kender ikke antallet af konkurrerende bydere i auktionerne. Effekthandel kender kapaciteten på de 400 fjernvarmeværker, og han tror, at de ville have en fornemmelse af, hvem der bød. Han ville kunne estimere, hvilken pris de andre ville byde, fordi han ved, hvordan de andre tænker, og han kender deres omkostninger. Hvad Ørsted ville byde, er sværere at estimere. Det er ikke præcise data, men han ville kunne give et godt bud. Andre har ikke adgang til oplysningerne. Man kender som budgiver på mFRR-markedet ikke de andres priser. Det oplyser Energinet ikke. Han ville, da han kender markedet, med en vis sikkerhed kunne sige noget om det. Det kan dog afvige en del fra, hvad de vælger, for de kan også gamble, og det kan man ikke forudsige, om de gør.

Man kan ikke – når man ikke har buddata fra andre aktører, men kun har værkernes bud – med sikkerhed sige, hvad prisen ville have været, hvis ikke Effekthandel havde budt ind, som de gjorde. Energinet har alle data. Han ville aldrig kunne få adgang til data. Hvis man forestiller sig, at værkerne havde budt ind hver for sig, kan man ikke sige noget om prisen, når man ikke har de andre aktørers buddata. Hvis Effekthandels værker var prisdanner i en time, og alle værker havde budt til en lavere pris, var prisen blevet lavere end den clearingpris. Hvis Effekthandels værker var blevet prisdanner, og hvis de alle tilbød det billigere end clearingprisen, så ville prisen vel blive lavere. Hvis nogen havde budt en højere pris, var nogen af de andre kommet ind.

I relation til svaret på spørgsmål SS IA vedstår han sit svar om, at ændringen i buddet fra Effekthandel 2 til en pris, som er højere end clearingprisen i scenarie 1, har den virkning, at clearingprisen stiger.

Et bud, der er højere end clearingprisen, kan ikke have haft indflydelse på denne. Hvis man tager et lavt bud og flytter det op i en højere prisklasse, så buddet er højere end clearingprisen, kan det medføre, at clearingprisen stiger. Man tager kapacitet ud og lægger det op.

I relation til hans svar på spørgsmål 23 er det stadig hans vurdering, at eksemplet i boks 3.3 kan bruges til at analysere effekten af værkernes samarbejde med Effekthandel.

I relation til hans svar på spørgsmål SS I kan man stadig bruge den forsimplede version til at forklare tingene, selvom buddene ikke må være mere end 5-50 MW. Det viser stadigvæk metoden.

Vedrørende bud under, over og til marginalprisen i skønserklæringen på side 37, mener han, at der er lavet en fejl. Man skal altid indlægge et epsilon, og det har de ikke gjort, og han har derfor foretaget en genberegning.

I relation til hans svar på spørgsmål 16 ville det være udelukket, hvis man havde alle de data, idet man så kunne benytte f.eks. AI til at beslutte sig for en pris. Det ville være helt udelukket, at man havde så grundigt et kendskab til konkurrenter. Det ville være alt for nemt at kunne manipulere med priserne.

Der er auktioner i form af day ahead auktion og rådighedsauktion. Først handles der i rådighedsmarkedet og kl. 12 i day ahead markedet. Det er Energinet, der bestemmer. Hvis man tilbyder rådighed i morgen i en given tid og vinder den time, må man ikke kl. 12 handle ind i day ahead. Det giver nok Energinet en større tryghed for, at de får nogle bud. Der er ikke kun 10 % til rådighedsmarkedet. Man skal på grund af auktionsformen slet ikke tænke over, hvad andre gør, når man afgiver et rådighedsbud. Man skal alene tænke på sine egne omkostninger.

har forklaret, at han i 3 ½ år har været ansat i energiselskabet Danske Commodities, som er balanceansvarlig for kraftvarmebranchen. Han har været i energibranchen siden 1990. Han har tidligere været ansat på kraftværker. I 2019 var han ansat som vice president hos , som handler med strøm, og som balancerer fysiske assets, dvs. vindmøller, solceller og kraftvarmeværker.

I november 2019 blev der afholdt to temamøder. Han var med til at organisere det sammen med sine kolleger i . Det var en årlig temadag, som de balancesvarlige holdt, og hvor de gennemgik markedet. Der blev inviteret relevante kunder og Energinet. Invitation blev sendt til værkerne. Finn Grønkjær havde selv bedt om at komme og holde et oplæg. Temaet elkedler blev valgt af Bjarne Averhoff, som dermed også kunne sælge elkedler til værkerne. Der havde været rigtig stor interesse fra værkernes side. Elkedler kan deltage i reservekraftmarkedet. Elkedler kører i begge retninger. Når elkedler står stille, kan de suge strøm af nettet og lave det om til varme, eller de kan køre til lave spotpriser og regulere op, dvs. reducere forbruget i nettet. Elkedler deltager i dag på lige fod med gasmotorer. "Kort om Varmepumper …" er hans slide. Det viser produktions- og forbrugsenheder. Man kan se kip-punkterne, hvor det bedst kan betale sig at lave billig varme. Man taler ikke så meget om elpriser her. De laver prisberegninger for det enkelte værk.

Når et værk har besluttet, at f.eks. gasmotoren ikke skal producere, men alene stå til rådighed, skal værket selv komme med den pris, værket vil have. Danske Commodities beregner, hvad der bedst kan betale sig, men værket sætter selv sin pris. Danske Commodities kommer således med et beregningsværktøj, men fastsætter ikke en pris. Værkerne har forskellige marginalpriser og forskellige meninger om prisfastsættelsen. Værkerne melder det ind til Danske Commodities. Danske Commodities hjælper værkerne med at lave en skabelon til brug for værkernes prisfastsættelse, men blander sig ikke i værkernes prisfastsættelse. Der er mange, der byder ind med 1 kr., fordi værket ikke har noget at bruge motoren til, så værket tager det, værket kan få. 1 kr. er for meget, for har værket først vundet den ene krone, har det pligt til at komme med et energiaktiveringsbud. En aktiveringsforpligtelse er forbundet med en risiko, hvis noget går galt. Der er også dem, der siger, at de som minimum skal have 10 kr. De mister fra 1 kr.-10 kr., men de er stadig til rådighed. Når der så ikke er så meget til rådighed, stiger priserne som en hockey stick.

Mange værker byder hen over en uge forskellige priser ind i forskellige timer, også på rådighedsmarkedet. Det afhænger af varmesituationen, dvs. årstiden, og værkets muligheder for at lave varme. Det tager ikke så lang tid i dag, hvor man nemt kan gøre det. Det kunne man ikke på samme måde i 2018. Den balanceansvarlige stiller et system til rådighed for værkerne, som kan håndtere dette.

Svarene i rundspørgen til kraftvarmeværkerne om planerne med varmeenheden efter 2018 lyder bekendt for ham. Værkerne kan ikke have noget stående, som fordyrer varmen over for forbrugeren. Der skal være en vis indtjening på gasmotoren for at holde liv i den, ellers må den skrottes. De, der fortsætter med enheden, har et håb om, at deres enhed er mere værd, fordi andre skrotter. Det er jo udbud og efterspørgsel.

De tidsenheder, der skal bydes ind i, er pr. time i relation til rådighedsmarkedet, og pr. kvarter i relation til aktiveringsmarkedet. Man skal forholde sig mere og mere detaljeret til ting. Der er sket rigtig mange ting siden 2018. Udviklingen går imod kortere tidsopløsning.

Han tror, at almindelige husstande i fremtiden også vil kunne deltage i rådighedsmarkedet.

PBA, som blev introduceret i 2005, er i forhold til mFRR-markedet at være mellemled mellem kraftvarmeværkerne og Energinet. Når et kraftvarmeværk skal bruge noget strøm eller skal producere noget strøm, skal der lægges en plan, så Energinet kan vide, hvad der kommer af strøm, og hvad der bliver brugt af strøm. Lever man ikke op til planen, er der en ubalance. Det koster at være i ubalance. Dem, der modtager penge for ubalancen, er dem, der starter op og lukker ned og skaber balancen igen. PBA er mellemled mellem de aktører, der

producerer og forbruger op imod Energinet. PBA skal melde ind dagen inden om forbrug og produktion. Er der en ubalance, sender Energinet en regning til PBA, som sender regningen videre. De penge, Energinet får ind, bruges til at købe balance. Der er forskellige balanceprodukter, og et af dem er mFRR. Her hjælper PBA med at pulje, f.eks. på 5 MW ad gangen. Hvis PBA ikke måtte være aggregator og lave puljen, var alternativet, at alle under 5 MW var væk, og så ville prisen være endnu dyrere. Det er således en måde for Energinet at have så mange kunder med som muligt.

I 2005 fik værkerne både grundbeløbet og fik lov til at være med på mFRR-markedet. Men det sluttede, og så var der mange, der peb. Hertil kom etableringen af Storebæltskablet, hvor der førhen blev købt 600 MW i begge landsdele, men nu blev der pludselig fjernet 300 MW i Vestdanmark og placeret 600 MW og det løse på månedsauktionen i DK2. Der blev en kæmpe ulighed mellem de to markeder. Hvis der er mange aktører i markedet, og man skal købe mindre ind, så bliver prisen ringere. Hvis der skal købes mere ind, fordi kablet er ude, stiger pay-as-clear prisen. Hvis der er færre i markedet, og det samme skal købes ind, så stiger pay-as-clear prisen også.

I december 2021 steg prisen meget, fordi de største købte 100 MW mere på DK1, så vi gik fra 300 MW til 400 MW. Prisen steg derfor. Dette var hovedårsagen til den højere pris i starten af december. Hvis Effekthandel skød en høj pris ind denne dag, ville prisen alligevel være blevet høj. Indkøb af større volumen medfører en højere pris. Prisen i december ville have været høj alligevel, og det har ikke noget med Effekthandel at gøre. Hvis Ørsted valgte ikke at byde ind på mFRR-markedet, vil det være gavnligt for de mindre aktører.

Boks 3.1 i punkt 213 i Konkurrencerådets afgørelse er forkert. Når en PBA aggregerer et bud, skal de give alle 3,75 kr. Men det gør de ikke, for de kan ikke tillade sig kun at give 3,75 kr. til den, der har budt 4 kr. De runder derfor op til højeste 5 MW bud, her 4 kr. Når man skal aggregere aktører under 5 MW, er man nødt til at tage det højeste bud af de mindste.

Mange af de høje priser i 2023 og 2024 skyldes, at Storebæltsforbindelsen er ude. Nogle balancesvarlige kan også have svigtet IT-mæssigt, så der ikke er kommet bud. Kommer der f.eks. ikke 400 MW bud fra eller Danske Commodities, bliver prisen rigtig højt. Der er indført et trilateralt marked med DK1, DK2 og Sverige. Alle scenarier, som giver ekstra indkøb, giver forhøjede priser. Hvis alle byder ind, er der 4.000 MW til rådighed i dette marked. Energinet kan lave skærpet markedsovervågning og huske aktørerne på, at de skal huske at melde ind. Her er det vigtigt, at PBA reagerer. Priserne handler meget om, hvordan markedet agerer.

Den 1. november 2020 blev han sendt hjem fra . Han startede hos Danske Commodities i 2022. Før den 1. november 2020 fik de vistnok en henvendelse fra Energinet om et mærkeligt bud, men dette blev der ikke gjort noget ved. Det er jo ikke dem, der lagde buddet. De sender det videre til kunderne, som skal forklare, hvordan de er kommet frem til prisen. Energinet har ikke kontaktet værkerne. PBA er modpart til Energinet.

Han kan kun vide, hvad de selv byder. Der er som følge af REMIT vandtætte skotter til energiselskabet.

I perioden, hvor Effekthandel startede op, aggregerede bud. havde kunder, som Effekthandel stod for, og kunder, der ikke ville ind i Effekthandels ordning, som aggregerede ved siden af til den højeste pris. De kørte parallelt. Hvis Effekthandels kunder sendte bud ind hos , som var under 5 MW, fungerede det på samme måde som i den sædvanlige algoritme, der afgav bud. Energinet kan ikke se, hvor mange bud det aggregerede bud består af. Man kan godt sige, at Effekthandel var aggregator på vegne af . havde kunderne, men det røg ind i den samme motor. Alle buddene blev meldt ind i den samme platform.

Vedrørende flowet på Storebæltsforbindelsen er det sådan, at strøm flyder fra lavprisområdet til højprisområdet, dvs. typisk fra vest til øst for at udligne priserne. Energinet beregner flowet, men hvis flow er fyldt op, kan der ikke startes reserver i DK1, som kan bidrage med flowet i DK2. Derfor placerede de også alle 600 MW i DK2, så man kunne starte reserverne og skabe opregulering, dvs. fylde mere strøm ind i DK1. Derfor var hensigten at spare reserver i DK1. Flowet kan være både østgående og vestgående. Der har altid være mangel på strøm i DK2, som også har haft højere priser end DK1. Flowet kan i 80 % regnes ud. Flowet går ikke altid fra vest til øst. I perioder, hvor det gør, køber man ikke ekstra reserver i DK1 for at dække DK2. I virkeligheden kan man i de fleste timer dele reserver begge veje, hvis flow på kablet tillader det. Det gør man i det omfang, man kan. Det er kun, når kapaciteten er udnyttet fuldt ud i én retning, at man ikke kan.

Spotprisen i 2022 var i gennemsnit rasende høj, fordi der var krig, og gas- og elpriserne eksploderede. Spotprisen steg i slutningen af 2021 og ind i 2022. Ellers er gennemsnitsspotprisen rimelig stabil på 500-600 kr. I DK2 er mFRR prisen i gennemsnit nok 50-75 kr. eller måske mere. I DK1 lå gennemsnitsprisen på mFRR i 2021 på 10 kr.

I december 2021 indkøbte Energinet ekstra kapacitet, og ved et sådant spike, vil priserne følge med op. December 2020 viser en normal efterspørgsel, hvor man så også vil forvente, at priserne er normale.

De enkelte enheder har hver deres marginalpris. Et kraftvarmeværk har et spotmarked. Regulerkraftværker køber typisk dieselolie, som er dyrt, så de skal have en højere pris for at blive aktiveret og ligger derfor typisk højere i pris.

Vedrørende energiaktiveringsbud så har Energinet deres markedsovervågning, så hvis de ser noget, der er rigtig højt, så får PBA en henvendelse fra Energinet, og så går PBA videre til aktøren og beder om en forklaring. Aktøren skal så stå på mål for sin pris. Acer har sat en maksimal pris. Man kan stå til rådighed for 1 kr., men aktiveringsprisen skal man kunne stå inde for, dvs. man skal kunne redegøre for omkostningerne. Prisen på rådighedsmarkedet er også omkostningsbestemt. Energinet kalder det skærpet overvågning. Det forventes, at man på rådighedsmarkedet prisfastsætter efter sine omkostninger, herunder sine oferomkostninger. Forklaringen på omkostningerne og prisen skal være fornuftig, ellers griber Energinet ind.

I relation til det i mail af 24. februar 2025 om anførte "Dagtimerne" er der en tydelig sammenhæng mellem, hvad Energinet køber, og hvad der bliver meldt ind. Hvis der er et mindre udbud, er der højere priser. Et mindre udbud kan være årsag til de højere priser. Han ved ikke, hvorfor der "er forsvundet" 100 MW, men det kan være, at IT-systemerne svigtede, eller at kunder ikke meldte ind. Der kan være mange forklaringer. Det er typisk et problem med IT-systemerne. Den høje pris i december kan hænge sammen med, at udbuddet var mindre. Hvis der er lavere efterspørgsel, falder prisen og omvendt. Hvis der er lavere udbud, så stiger prisen. Der, hvor prisen ender, afhænger af de bud, der bliver lagt ind.

I 2018 eller 2019 udpegede Forsyningstilsynet Energinet til at overvåge balancemarkedet. Dette er PPAT-ordningen. REMIT medfører blandt andet, at der ikke må markedsmanipuleres, og der skal være transparens.

Da man havde grundbeløbet, var der mange bud på 1 kr. Energinet spurgte ikke til, hvorfor der var 20 ens bud på 1 kr. Ingen siger, at der skal gives mere for varen. Nu, hvor grundbeløbet er borte, og der ikke længere ses enkrones bud, kan der godt ligge to bud, som er fuldstændig ens, men det er usandsynligt, for det er altid ét bud, der sætter prisen.

Parternes synspunkter

Hvide Sande har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sammenfattende processkrift af 1. september 2025, hvoraf fremgår blandt andet:

> "…
> **SAGENS GENSTAND**

Sagerne angår Konkurrencerådets afgørelser af 25. oktober 2023 (FE-B1, s. 17). Konkurrencerådet har ved afgørelserne fundet, at 50 selskaber har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, om indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler.

Ud af de 50 selskaber er 46 varmeværker, der er direkte eller indirekte forbrugerejet andelsselskaber, og som har som hovedaktivitet at producere og levere fjernvarme til slutforbrugerne ud fra et økonomisk hvile-i-sig-selv-princip. Dette sagskompleks omfatter 41 af de 46 varmeværker (herefter "**Varmeværkerne**"). Blandt Varmeværkerne er udvalgt fem sager som prøvesager (sagerne på side 1). De øvrige af Varmeværkernes sager er sat i bero på rettens behandling af prøvesagerne.

Tre af de 50 selskaber er privatejede aktie- og anpartsselskaber, som har til hovedformål producere el og deltage i regulerkraftmarkedet med henblik på at opnå et økonomisk afkast til ejerne. Konkret drejer det sig om Effektmarked ApS, Regulerkraft Ikast ApS og Nordic Energy Invest A/S.

Det sidste af de 50 selskaber er Effekthandel ApS (herefter "**Effekthandel**"), der er et privatejet selskab.

De omhandlede aftaler er aftaler, som Effekthandel indgik med de 49 værker (de 46 varmevarmeværker og de tre regulerkraftværker). Ifølge aftalerne skulle Effekthandel på vegne af det enkelte værk indmelde priser for den kapacitet af elektricitet, som værket ville tilbyde at stille til rådighed for Energinet som manuelle reserver (også kaldet mFRR eller rådighedsreserver) i Vestdanmark (DK1).

Konkurrencerådet har fundet, at aftalerne havde til formål at begrænse konkurrencen.

Spørgsmålet, som Sø- og Handelsretten først skal tage stilling til, er, om Konkurrencerådets afgørelser af 25. oktober 2023 er ugyldige og skal ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling.

Hvis Sø- og Handelsretten frifinder Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (herefter: styrelsen) for påstandene om ophævelse og hjemvisning – skal retten dernæst tage stilling til, om Varmeværkerne skal betale de bøder, som styrelsen har nedlagt påstande om.

Varmeværkerne bemærker, at bødepåstandene, der blev nedlagt i svarskrifterne i april 2024, udgjorde samlet ca. 500 mio. kr. Styrelsen har med processkrifter af 11.-25. april 2025 og 9. juli 2025 ændret bødepåstandene, således at de nu udgør samlet ca. 15 mio. kr. Varmeværkerne gør gældende, at dette forhold – uanset sagens udfald i øvrigt – skal tillægges omkostningsmæssig betydning til skade for styrelsen, idet Varmeværkerne med så signifikant en nedsættelse af bødepåstandene skal anses for den vindende part.

Styrelsen har adciteret Brønderslev Varme A/S (herefter "**Brønderslev Varme**") i sagen mellem Ø Brønderslev Fjernvarmeværk og styrelsen. Det er styrelsens opfattelse, at Brønderslev Varme også skal hæfte for den bøde, som Ø Brønderslev Fjernvarmeværk måtte blive pålagt. Der er indleveret et separat sammenfattende processkrift vedrørende adcitationssagen i sag BS-28637/2024- SHR. Sagen mellem styrelsen og Brønderslev Varme er også udvalgt som prøvesag.

Ved afgørelse af 26. februar 2025 besluttede Sø- og Handelsretten, at de seks prøvesager og den verserende retssag mellem Effekthandel og styrelsen (BS- 63942/2024-SHR) skulle sambehandles. Retssagen med Effekthandel angår blandt andet Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. oktober 2024 (FE-B1, s. 155). Varmeværkerne har ikke været part i sagen ved Konkurrenceankenævnet, og den er derfor også uden relevans og præjudice i forhold til Varmeværkerne.

Det sammenfattende processkrift indeholder henvisninger til ekstrakterne og den fælles materialesamling. Vi bruger følgende forkortelser:

Fælles ekstrakt: "FE"
Særekstrakt: "SE"
Adcitationsekstrakt: "AE"
Materialesamling: "M"

OVERORDNET OM SAGENS FORLØB

2. Aktørerne i sagerne

2.1. Varmeværkerne

Varmeværkerne er alle forbrugerejede fjernvarmeselskaber organiseret som andelsselskaber. Varmeværkernes hovedaktivitet består i at producere, transportere og distribuere fjernvarme til forbrugere i deres forsyningsområde (varierende fra ca. 140-7.000 husstande). Varmeværkernes drift af deres produktionsanlæg er optimeret ud fra, hvilket produktionsanlæg, der har den laveste varmepris i forhold til varmebehovet på et bestemt tidspunkt.

Varmeværkernes organisation består hver af en bestyrelse, en driftsleder/driftsmedarbejder samt få ansatte. Thisted Varmeværk, der er det største blandt Varmeværkerne, beskæftiger ni personer. Brøns Kraftvarmeværk, der er det mindste blandt Varmeværkerne, har én ansat. Langt størstedelen af Varmeværkerne har typisk 1-4 medarbejdere omfattende driftsleder/direktør, driftsmedarbejder(e) og bogholder.

Bestyrelserne i Varmeværkerne består typisk af 5-7 medlemmer, der som regel er andelshavere (det vil sige forbrugere i forsyningsområdet). Besty-

relsesmedlemmerne er privatpersoner fra lokalområdet, der deltager i bestyrelsesarbejdet i deres fritid på frivillig basis eller mod et mindre honorar.

Varmeværkernes produktion og distribution af varme til forbrugerne er omfattet af reguleringen i varmeforsyningsloven. Det indebærer blandt andet, at varmeprisen skal hvile-i-sig-selv. Hvis Varmeværkerne opnår en overdækning ét år, skal de sænke varmepriserne i det efterfølgende år eller investere i nødvendige forbedringer. Varmeforsyningslovens prisregulering betyder også, at Varmeværkerne kun kan indregne bestemte omkostninger, der er nødvendige for varmeforsyningen, i varmepriserne, jf. varmeforsyningslovens § 20, stk. 1 (M-B1, s. 64). Endelig betyder varmeforsyningslovens prisregulering, at Varmeværkernes indtjening ved salg af el og eller ydelser på regulerkraftmarkedet også indregnes i varmeprisen.

Varmeværkerne har alle ældre naturgasfyrede kraftvarmeanlæg, som blev etableret som grundlastanlæg i 90'erne, hvor Energistyrelsen via såkaldte "forudsætningsskrivelser" pålagde kommunerne, at udarbejde og gennemføre projekter for etablering af naturgasfyret kraftvarmeværker samtidig med udvidelse fjernvarmeområderne. Indtil 2005 modtog Varmeværkerne en fast pris for den el, der blev produceret på de naturgasfyrede kraftvarmeværker. Efter elproduktionen i 2004 overgik fra hvile-i-sig-selv til markedsprisregulering, modtog Varmeværkerne indtil 2019 et fast grundbeløb til erstatning for den faste elpris for deres naturgasfyrede kraftvarmeanlæg.

Såvel inden bortfaldet af grundbeløbet som efterfølgende omstillede Varmeværkerne varmeproduktionen fra kraftvarme til ren varme baseret på vedvarende energikilder. Endvidere blev produktionsformen på de naturgasfyret kraftvarmeværker omstillet fra grundlast til spids- og reservelast. Med spids- og reservelast menes, at de naturgasfyrede kraftvarmeværker alene anvendes, når Varmeværkernes øvrige anlæg ikke kan dække varmebehovet, henholdsvis når der har været nedbrud på de andre varmeproduktionsanlæg. Derudover har Varmeværkerne siden 2004 kunne bruge kraftvarmeanlæggene til at stille kapacitet til rådighed for regulerkraftmarkedet for mFRR. Varmeværkernes aktiviteter i den forbindelse har været – og er – en biaktivitet i forhold til produktion og levering af fjernvarme.

Grundbeløbet blev udbetalt til Varmeværkerne med hjemmel i elforsyningslovens § 58, der blev indsat ved lov nr. 495 af 9. juni 2004 om ændring af lov om elforsyning og lov om varmeforsyning (M-B1, s. 18). Grundbeløbet har betydet, at Varmeværkerne har kunne afskrive deres anlæg i et nogenlunde fornuftigt tempo og bidraget til at sikre fornuftige varmepriser (SE-B3, s. 1031). Når grundbeløbet fremhæves i denne sammenhæng, er det fordi, det – som anført – bortfaldt i 2019, og Varmeværkerne herefter havde et særligt incitament til at byde ind på markedet for mFRR med henblik på at opnå en fortjeneste til dækning af marginalomkostningerne ved de naturgasfyrede kraftvarmeanlæg.

Det skal understreges, at der er yderligere fem selskaber, som også er del af sagskomplekset og som har samme karakteristika som Varmeværkerne, men som vi ikke repræsenterer i sagen. Det drejer sig om følgende: Haderup Kraftvarmeværk A.m.b.a., Feldborg Kraftvarmeværk A.m.b.a., Vildbjerg Varme A/S, Ørnhøj-Grønbjerg Kraftvarmeværk A.m.b.a. og Silkeborg Varme A/S. Deres sager er anlagt sammen med Effekthandels sag og er tilsvarende sat i bero på Sø- og Handelsrettens afgørelse i de sambehandlede sager.

2.2. Effekthandel

Effekthandel er et dansk selskab, der blev oprettet den 27. august 2019 med Finn Stouby Grønkjær (75 pct.) og Bjarne Vestergaard Averhoff (25 pct.) som ultimative ejere.

Effekthandel blev i det daglige drevet af Finn Grønkjær, og Effekthandel blev til Varmeværkernes kendskab oprettet alene med det formål at indmelde kapacitetsbud på mFRR til Energinet i Vestdanmark (DK1) (via de produktionsbalanceansvarlige) på vegne af tredjeparter, herunder Varmeværkerne.

Styrelsen har anført (SE-B1, s. 145), at Effekthandel hverken var eller er aktiv på markedet for salg af mFRR i Vestdanmark (DK1).

2.3. Energinet

Energinet er en selvstændig offentlig virksomhed, der er oprettet ved lov og reguleret af lov om Energinet. Energinets formål er ifølge lov om Energinet § 2, stk. 1 (M-B1, s. 26), at eje, drive og udbygge overordnet energiinfrastruktur og herved bidrage til udviklingen af en klimaneutral energiforsyning med høj forsyningssikkerhed.

Energinet er systemansvarlig transmissionsvirksomhed (TSO), hvilket betyder, at Energinet er ansvarlig for, at elnettet til enhver tid er i balance, jf. også elforsyningslovens § 27 a, stk. 1 (M-B1, s. 52). Dette sker blandt andet ved at indkøbe mFRR.

Energinet er den eneste systemansvarlige og dermed også eneindkøber (monopsonist) af mFRR i Danmark.

Energinet fastlægger selv vilkårene for sine indkøb. Det er eksempelvis Energinet, der beslutter, hvordan indkøbene skal foretages, herunder i form af langvarige kontrakter eller daglige auktioner. Energinets vilkår for indkøb af mFRR skal dog godkendes forudgående af Forsyningstilsynet i medfør af elforsyningslovens § 73 a, stk. 1 (M-B1, s. 59).

2.4. Produktionsbalanceansvarlige (PBA'er)

I Danmark findes en række produktionsbalanceansvarlige aktører, hvoraf nogle af de væsentligste er Energy Trading A/S (herefter "
"), Danske Commodities A/S og Energi Danmark A/S.

De produktionsansvarlige har en række opgaver i forhold til at balancere elproduktionen og -forbruget. Af relevans for denne sag er, at de produktionsbalanceansvarlige køber og sælger strøm på el-børser, og at de kan varetage balanceansvaret for deres kunder, herunder for de varmeværker, der producerer strøm, der eksempelvis kan sælges som spot-el eller reguleringskraft, herunder mFRR, til Energinet.

De produktionsbalanceansvarlige er økonomisk ansvarlige over for Energinet for eventuelle ubalancer. Det betyder, at såfremt en af den produktionsbalanceansvarliges kunder eksempelvis producerer mere elektricitet end indmeldt af den produktionsansvarlige, vil den produktionsbalanceansvarlige blive opkrævet betaling for den forårsagede ubalance som følge heraf.

Derudover kan de produktionsbalanceansvarlige modtage og indmelde bud for deres kunder. Det foregår ved, at den produktionsbalanceansvarliges kunder melder ind til den produktionsbalanceansvarlige, hvor stor en mængde og til hvilken pris, kunden, eksempelvis varmeværket, vil stille mFRR-kapacitet til rådighed for Energinet. Den produktionsbalanceansvarliges opgave består herefter i at videreformidle kundens bud til Energinet, ligesom den produktionsbalanceansvarlige vil stå for afregningen mellem Energinet og kunden, såfremt Energinet accepterer kundens bud. Energinet accepterer i Vestdanmark (DK1) ikke bud med en kapacitet på mindre end 5 MW (SE-B3, s. 1113). Derfor består en af de produktionsbalanceansvarliges opgaver også i at pulje bud fra flere af dets kunder, såfremt de enkelte kunder ikke tilbyder at stille 5 MW mFRR-kapacitet til rådighed.

De produktionsbalanceansvarlige er typisk større virksomheder med specialiseret, uddannet personale og med kapacitet og kompetencer til at foretage større vurderinger af eksempelvis markedsudviklingen, mens kunderne, herunder eksempelvis Varmeværkerne, derimod udgør mindre selskaber med kun et begrænset antal ansatte.

Det bemærkes, at det primært er , der har været produktionsbalanceansvarlig for Varmeværkerne, og at det altså primært er , der har været ansvarlig for at videreformidle Varmeværkernes bud til Energinet. Enkelte har dog haft Energi Danmark som produktionsbalanceansvarlig.

3. mFRR

Elektricitet transporteres i Danmark via forbundne kabler. For at der ikke opleves systemnedbrud i elnettet, er det nødvendigt, at produktion og forbrug af elektricitet er lige store – det skal med andre ord balancere.

En større og større andel af den el, der produceres i Danmark, kommer fra grøn energi fra eksempelvis vindmøller og solceller. Der er endnu ikke opfundet teknologier, der gør det rentabelt i stor skala at lagre energi. På nuværende tidspunkt betyder det imidlertid, at elektricitet skal bruges på det tidspunkt, hvor den produceres.

Da elproduktion og elforbrug på ethvert tidspunkt skal balancere, betyder det, at der til enhver tid skal være mulighed for at opskalere eller nedskalere produktionen – disse kaldes regulerkraft/systemydelser. Af relevans for disse sager er de tertiære systemydelser kaldet mFRR (Manuel Frequency Containmant Reserve), der leveres af produktionsenheder, der med et varsel på maksimalt 15 minutter skal kunne igangsættes, såfremt Energinet måler ubalancer i elnettet.

I Vestdanmark (DK1) indkøber Energinet i daglige pay-as-clear auktioner mFRR, hvor den enkelte producent melder ind, hvad Energinet skal betale for, at producenten vil stille sin produktionskapacitet til rådighed (den såkaldte rådighedspris), og hvad Energinet skal betale for, at producenten også igangsætter produktionen (den såkaldte aktiveringspris). Disse sager vedrører alene rådighedsprisen. Der henvises til Konkurrencerådets afgørelsers afsnit 3.3.7.2 (FE-B1, s. 61ff.) for en mere dybdegående beskrivelse af pay-as-clear auktionerne.

4. Forløbet forud for aftalerne mellem Effekthandel og Varmeværkerne

4.1. Effekthandels kontakt med styrelsen

I foråret 2019 kontaktede Finn Grønkjær enkeltvist Varmeværkerne med henblik på at indgå aftaler, hvorefter Finn Grønkjær i et til brug herfor oprettet selskab ville stå for at indmelde rådighedsbud (og ikke aktiveringsbud) for mFRR i Vestdanmark (DK1) på vegne af Varmeværkerne til deres produktionsbalanceansvarlige.

Varmeværkerne bad i den forbindelse Finn Grønkjær om at undersøge, hvorvidt handelsportalen, det vil sige det senere Effekthandel, og dens setup var foreneligt med konkurrencereglerne (FE-B1, s. 233).

Finn Grønkjær kontaktede herefter styrelsen. I forlængelse af en telefonsamtale med styrelsen fremsendte Finn Grønkjær den 7. juni 2019 en mail, hvor han beskrev det setup, som han havde til hensigt at etablere som en forretningsmodel (FE-B1, s. 223).

Det fremgår heraf blandt andet, at værkerne ikke ville have indflydelse på den pris, som Effekthandel ville melde ind til PBA'en, og at PBA'en skulle udbetale den enkelte producents overskud fra rådighedsmarkedet til Effekthandel, som derefter ville udbetale overskud til de enkelte værker i henhold til en fordelingsnøgle og efter fradrag af 15 pct. til Effekthandel.

Styrelsen og Finn Grønkjær havde i den efterfølgende periode løbende drøftelser.

Ved mail af 29. juli 2019 fremsendte styrelsen sit svar på, hvorvidt den af Finn Grønkjær skitserede model kunne anses for at være i overensstemmelse med konkurrencereglerne (FE-B1, s. 227). Af mailen fremgår blandt andet:

> *På det 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.*
>
> (Vores markering)

Styrelsen vejledte altså Finn Grønkjær om, at Finn Grønkjærs spørgsmål var af en sådan kompleksitet, at styrelsen ikke uden omfattende undersøgelser kunne vejlede om spørgsmålet og anbefalede Finn Grønkjær at søge rådgivning hos en ekstern advokat.

4.2. notat af 30. august 2019

Finn Grønkjær rakte herefter ud til der er et større og anerkendt kontor, med henblik på at modtage rådgivning fra en ekstern advokat.

Daværende advokat hos , , der har speciale i konkurrenceret, udarbejdede herefter et notat af 30. august 2019 med vurdering af det påtænkte setups forenelighed med konkurrencereglerne (FEB1, s. 229). Af notatet fremgår blandt andet følgende konklusion:

> *På baggrund af det oplyste er det vurdering, at Effekthandels påtænkte setup* ***ikke giver anledning til konkurrenceretlige betænkeligheder****, særligt fordi aftalen mellem Effekthandel og elproducenterne vurderes at være en vertikal aftale.*
>
> (Vores markering)

Advokat fandt altså, at den påtænkte aftale mellem Effekthandel og værkerne ikke ville udgøre en overtrædelse af konkurrencereglerne.

4.3. Effekthandels information til Varmeværkerne og involvering

Forud for Varmeværkernes indgåelse af aftaler med Effekthandel modtog de alle en "informationspakke". Den omfattede blandt andet notatet fra advokat (FE-B1, s. 229). Materialet blev enten fremsendt eller udleveret fysisk (Bramming Fjernvarme (SE-B3, s. 1045), Brøns Kraftvarmeværk (FE-B1, s. 237), Hvide Sande Fjernvarme, (FE-B1, s. 331), Jetsmark Energiværk, (FE-B1, s. s. 235) og Ø Brønderslev Fjernvarmeværk (FE-B1, s. 334).

Det fremgår af Effekthandels mails til Varmeværkerne, at hvis de ønskede at indgå aftalen med Effekthandel, skulle de fremsende aftalen til både Effekthandel og .

Udover personlige henvendelser til Varmeværkerne deltog Effekthandel også i kunde-/temadage, der var arrangereret og afholdt af og hvor en lang række af Varmeværkerne var til stede. Effekthandel deltog eksempelvis i to temadage i henholdsvis Aalborg og Kolding den 12. og 25. november 2019, hvor han som en del af programmet holdte oplæg om "Optimering af markedet for manuelle reserver". Det fremgår af PowerPoint-præsentationen fra oplægget, at Effekthandel præsenterede den samme model, som han havde præsenteret for styrelsen, og som advokat havde udtalt, ikke udgjorde en overtrædelse af konkurrencereglerne (FE-B1, s. 625)

5. Aftalerne mellem Varmeværkerne og Effekthandel

Alle aftaler mellem Effekthandel og Varmeværkerne er indgået efter den samme standardaftale (f.eks. Bramming Fjernvarme (FE-B2, s. 487 og 489), Brøns Kraftvameværk (FE-B2, s. 480), Hvide Sande Fjernvarme (FE-B2, s. 484), Jetsmark Energiværk (FE-B2, s. 478) og Ø Brønderslev Fjernvarmeværk (FE-B2, s. 482).

Ifølge aftalerne skulle Effekthandel være ansvarlig for at melde priser ind for det enkelte værks bud på den kapacitet, som værket ville stille til rådighed for Energinet. Varmeværkerne skulle selv oplyse, hvilken mængde MW, de ønskede at indmelde, ligesom det enkelte værk selv skulle fastsætte prisen på sine aktiveringsbud, såfremt Energinet accepterede værkets rådighedsbud.

Energinet offentliggjorde sit forventede behov for mFRR hver morgen kl. 09.00. Kl. 09.30 skulle Energinet have modtaget alle bud.

Effekthandels indmelding af rådighedsbud skete ved, at Effekthandel loggede ind på det enkelte af Varmeværkernes produktionsbalanceansvarliges indmeldingsportal og indtastede rådighedsbud for samtlige timer, som det enkelte værk havde indmeldt, at der kunne stilles kapacitet til rådighed. Dette gjorde Effekthandel for hvert af de værker, som Effekthandel havde en aftale med.

Aftalerne omfattede ikke indmelding af aktiveringsbud. De enkelte værker skulle altså selv byde ind med en aktiveringspris, hvis de havde fået accepteret deres rådighedsbud.

Ved hver månedsafslutning sendte Effekthandel en mail til hvert af de værker, som Effekthandel havde aftaler med, hvor Effekthandel vedhæftede en månedsopgørelse, der viste, hvor mange bud Energinet havde accepteret, hvor stor en omsætning dette havde genereret, hvad Effekthandels provision udgjorde, og hvad det enkelte værk skulle have udbetalt i overensstemmelse med den aftalte fordelingsnøgle (FE-B1, s. 231, SE-B3, s. 1071-1074 og s. 1093- 1094 og SE-B4, s. 1615-1618).

Aftalerne mellem Effekthandel og Varmeværkerne forløb dermed præcis på den måde, Finn Grønkjær havde beskrevet overfor styrelsen.

6. Varmeværkernes opsigelse af aftalerne med Effekthandel

Alle Varmeværkerne har opsagt deres aftaler med Effekthandel.

Varmeværkernes aftaler med Effekthandel havde forskellig varighed. Af SE-B4, s. 1629 fremgår en oversigt, som Varmeværkerne har udarbejdet, og som viser, hvad styrelsen har anset for overtrædelsesperioden, det vil sige aftaleindgåelsestidspunktet til -ophørstidspunktet, for hvert af Varmeværkerne.

For så vidt angår de fem af prøvesagerne, er der tale om følgende perioder, hvor Varmeværket har haft en aftale med Effekthandel:

	Informations-materiale modtaget	Aftaleind-gåelse	Opsigelse	Aftaleperi-ode
Bramming Fjernvarme	03-09-2020 SE-B3, s. 1045	09-10-2020 FE-B2, s. 487 og 489	26-01-2021 FE-B2, s. 610	Ca. 4 må-neder.
Brøns Kraft-varmeværk	26-09-2019 FE-B1, s. 237	22-10-2019 FE-B2, s. 480	27-02-2023 FE-B2, s. 1024	Ca. 40 må-neder
Hvide Sande Fjernvarme	13-03-2020 FE-B1, s. 331	22-09-2020 FE-B2, s. 484	24-11-2020 FE-B2, s. 608	Ca. 2 må-neder
Jetsmark Energiværk	11-09-2019 FE-B1, s. 235	20-09-2019 FE-B2, s. 478	28-09-2022 FE-B2, s. 1022	Ca. 36 må-neder
Ø Brønderslev Fjernvarme-værk	25-06-2020 FE-B1, s. 334	02-09-2020 FE-B2, s. 482	01-06-2022 SE-B3, s. 1144	Ca. 21 må-neder

Selvom Varmeværkerne opsagde samarbejdet med Effekthandel på forskellige tidspunkter, ophørte samarbejdet for alle værkers vedkommende før Konkurrencerådet traf afgørelser den 25. oktober 2023. Varmeværkerne reagerede så- ledes ved at ophæve deres aftale med Effekthandel, da de fik forståelse for, at aftalen ifølge konkurrencemyndighederne kunne udgøre en overtrædelse af konkurrenceloven.

7. Styrelsens undersøgelser

7.1. Energinets klage

Den 21. januar 2021 modtog styrelsen en klage fra Energinet (FE-B1, s. 335). Af klagen fremgår, at Energinet mente, at der var et priskartel på markedet for reservekapacitet i Vestdanmark (DK1).

Det fremgår af klagen, at Energinet oplevede en anormal prisudvikling i december 2020, hvor prisen på rådighedskapacitet i Vestdanmark (DK1) lå på et særligt højt niveau, herunder særligt på datoerne den 2. december 2020 og den 8. december 2020.

Det fremgår videre, at Energinets undersøgelser viste, at en række producenter havde indmeldt ens priser, og at 44 værker på aftalebasis havde uddelegeret indmelding af ledig mFRR (rådighedsbud) i Vestdanmark (DK1) til Effekthandel.

Det fremgår også, at de værker, der havde indgået en aftale med Effekthandel, tegnede sig for 204 MW, og at henset til, at udbuddet typisk lå på mellem MW i dagtimerne, havde de pågældende værker – ifølge Energinet – konservativt sat en samlet markedsandel på over 50 pct.

Herudover fremgår det af klagen, at Effekthandel ifølge Energinet havde været i stand til at sætte priserne, da Effekthandel rådede over et samlet udbud på 204 MW ud af de op til MW, der i hver time blev stillet til rådighed. Da Energinet altid skulle indkøbe 282 MW, var Effekthandel og de tilsluttede værker en derfor uomgængelig samhandelspartner, hvilket Effekthandel ifølge Energinet var bekendt med.

Styrelsen har under forberedelsen af retssagerne her oplyst, at styrelsen ikke har kontrolleret eller søgt Energinets oplysninger verificeret (SE-B1, s. 438 og 441). Oplysningerne er dog efter alt af dømme lagt til grund af styrelsen, jf. Konkurrencerådets afgørelsers pkt. 255 (SE-B1, s. 61), pkt. 348 (SE-B1, s. 91), pkt. 378 (SE-B1, s. 98) og pkt. 498 (SE-B1, s. 117).

Varmeværkerne har under retssagerne ført bevis for, blandt andet ved syn og skøn, at oplysningerne i Energinets klage er faktuelt forkerte, jf. afsnit 11 nedenfor.

7.2. Styrelsens oplysning af sagen

På baggrund af Energinets klage gennemførte styrelsen den 5. maj 2021 kontrolundersøgelser hos Billund Varmeværk A.m.b.a., Løgumkloster Fjernvarme, Videbæk Varme A/S og Effekthandel, hvor styrelsen fandt de mails, der er gengivet i Konkurrencerådets afgørelse (FE-B1, s. 75-92).

Styrelsen sendte en meddelelse om betænkeligheder til de 50 selskaber den 26. januar 2022 (SE-B3, s. 1065), hvoraf fremgår, at styrelsen havde en hypotese om konkurrencebegrænsende adfærd i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42).

Styrelsen sendte den 22. februar 2023 en klagepunktsmeddelelse i høring hos de 50 selskaber, og Konkurrencerådet traf den 25. oktober 2023 afgørelser om, at de 49 værker og Effekthandel havde overtrådt konkurrencelovens § 6 ved, at Effekthandel har indmeldt priserne for rådighedsbud på mFRR på vegne af de 49 værker i Vestdanmark (DK1) (FE-B1, s. 17).

Konkurrencerådets afgørelser indeholder en sagsfremstilling på s. 13-14 (FEB1, s. 29-30). Af denne fremgår, at styrelsen alene har været i kontakt med de 49 værker og Effekthandel i forbindelse med sin sagsbehandling. Det fremgår ikke af sagsfremstillingen eller af afgørelsen i øvrigt, at styrelsen har været i dialog med andre aktører på markedet, andre myndigheder, eller at styrelsen eksempelvis har sendt klagepunktsmeddelelsen i høring hos andre myndigheder. Det fremgår heller ikke, at styrelsen har foretaget markedsundersøgelser.

Styrelsen har udarbejdet en oversigt (FE-B1, s. 437) over, hvilket bevismateriale, som styrelsen har lagt vægt på i forbindelse med afgørelsen. Af listen fremgår (i) de underskrevne aftaler mellem Effekthandel og de 49 værker, (ii) månedsopgørelserne, som Effekthandel sendte til de 49 værker, og (iii) månedsmails og informationsmateriale, som Effekthandel sendte til de 49 værker.

Varmeværkerne bekendt har styrelsen således ikke gennemført de omfattende undersøgelser, herunder høring i brancher og hos andre myndigheder, som styrelsen selv angav, var nødvendige i sin mail til Finn Grønkjær af 29. juli 2019 (FE-B1, s. 227).

Konkurrencerådets afgørelser indeholder på s. 75-77 (FE-B1, s. 91-93) et regneeksempel, der eksemplificerer, hvordan Effekthandel ville være i stand til at hæve priserne. Det fremgår, at forudsætningerne i eksemplet er, at Effekthandel rådede over en samlet kapacitet på 200 MW mFRR i hver time; at Energinet indkøbte 282 MW mFRR i hver time; og at det samlede udbud af kapacitet udgjorde MW mFRR i hver time. Dette er det eneste sted i afgørelserne, hvor styrelsen har forsøgt at forholde sig til, hvorvidt den kapacitet, som Effekthandel rådede over, var tilstrækkelig til, at Energinets omkostninger til indkøb af tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1) kunne påvirkes.

Styrelsen har i processkrift B om syn og skøn af 13. december 2024 s. 15-16 (SE-B1, s. 441-442) oplyst, at styrelsen ikke har undersøgt, hvorvidt de oplysninger, som styrelsen har medtaget i dette regneeksempel, og som svarer til de oplysninger, som fremgår af Energinets klage (FE-B1, s. 338), svarerede til markedets reelle forhold.

Konkurrencerådets afgørelser indeholder også på s. 125-129 (FE-B1, s. 141-145) et afsnit med titlen *"Den retlige og økonomiske kontekst"*. Det fremgår heraf blandt andet, at auktionsformatet for køb af mFRR medfører, at det for de fleste mindre producenter ikke er muligt at påvirke prissætningen, mens sandsynligheden for at få antaget et bud til en høj pris er højere, hvis producenten råder over større kapacitet (FE-B1, s. 143). Det fremgår ikke heraf, at styrelsen har forholdt sig konkret til, hvor stor en kapacitet en eller flere aktører ville skulle råde over, før de var store nok til reelt at kunne påvirke prisen, og hvornår de således ikke bare kunne have en forventning om at blive underbudt.

Enkelte af de 49 værker (der ikke er en del af sagskomplekset) og Effekthandel valgte umiddelbart i forlængelse af Konkurrencerådets afgørelser at indbringe afgørelserne for Konkurrenceankenævnet, der den 30. oktober 2024 stadfæstede Konkurrencerådets afgørelser (FE-B1, s. 155). Den 20. november 2024 – i forbindelse med offentliggørelsen af Konkurrenceankenævnets kendelse – offentliggjorde styrelsen en pressemeddelelse (SE-B3, s. 1419). Pressemeddelelsen indeholder ligesom Konkurrencerådets afgørelser faktuelle oplysninger fra Energinets klage. Det fremgår blandt andet, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har medført, at Energinets omkostninger til indkøb af mFRR steg fra 5 kr./MW til 68 kr./MW, og at aftalerne således har kostet Energinet ekstra 22 mio. kr. alene i 2020. Disse oplysninger er heller ikke korrekte, jf. afsnit 11.4.

ANBRINGENDER

8. Overordnet om Varmeværkernes anbringender

Når konkurrencemyndighederne skal træffe afgørelse om, at en aftale eller en bestemt adfærd er konkurrencebegrænsende og dermed i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42) og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158), skal konkurrencemyndighederne dokumentere, at den pågældende aftale eller adfærd har haft "til formål" eller "til følge" at begrænse konkurrencen.

Konkurrencerådet har i sine afgørelser (FE-B1, s. 131-145) fundet, at aftalerne mellem Effekthandel og de enkelte værker har haft "til formål" at begrænse konkurrencen. Styrelsen har derfor i forbindelse med sin oplysning af sagen ikke undersøgt eventuelle følger af aftalerne.

En aftale anses efter EU-Domstolens praksis for at have "til formål" at begrænse konkurrencen, når den i sig selv er tilstrækkelig skadelig for de normale konkurrencevilkår, vurderet i forhold til aftalens indhold, målsætninger og dens retlige og økonomiske kontekst, jf. herved blandt andet sagen C-179/16, *F. HoffmannLa Roche*, præmis 79 (M-B2, s. 79f.). Det er ikke nok at konstatere, at en aftale sædvanligvis ville kunne begrænse konkurrencen. Det skal undersøges, om aftalen i den konkrete retlige og økonomiske kontekst *kunne* begrænse konkurrencen.

I forlængelse heraf og til støtte for Varmeværkernes principale påstande om ophævelse og subsidiære påstande om hjemvisning, gør Varmeværkerne som det **første hovedanbringende** gældende, at en "til formåls"-afgørelse i forhold til de konkrete aftaler kræver en undersøgelse af, om aftalerne faktisk *kunne* begrænse konkurrencen (afsnit 9).

Varmeværkerne gør som det **andet hovedanbringende** gældende, at styrelsen ikke har oplyst sagen tilstrækkeligt, herunder at styrelsen ikke har undersøgt, om aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker kunne begrænse konkurrencen (afsnit 10).

Varmeværkerne gør som det **tredje hovedanbringende** gældende, at styrelsen har baseret afgørelserne på ikke-verificerede og faktuelt forkerte oplysninger (afsnit 11).

Som det **fjerde hovedanbringende** gør Varmeværkerne gældende, at aftalerne ikke kunne begrænse konkurrencen, blandt andet fordi de 49 værkers samlede kapacitet reelt var for lille til at kunne påvirke Energinets indkøb i negativ retning (afsnit 12).

I forlængelse heraf og som det **femte hovedanbringende** gør Varmeværkerne gældende, at aftalerne ikke har haft nogen negativ effekt på konkurrencen. Det støtter, at aftalerne heller ikke kunne begrænse konkurrencen (afsnit 13).

Derudover gør Varmeværkerne som det **sjette hovedanbringende** gældende, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker er undtaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42), jf. § 7, stk. 1 (M-B1, s. 42) (afsnit 14).

Hvis Sø- og Handelsretten måtte finde, at aftalerne mellem Effekthandel og de enkelte værker var konkurrencebegrænsende, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42), og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158), gør Varmeværkerne som det **syvende hovedanbringende** gældende, at aftalerne medførte så betydelige effektivitetsgevinster, at de skal fritages i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1-2 (M-B1, s. 43), og TEUF artikel 101, stk. 3 (M-B1, s. 158f.) (afsnit 15).

Varmeværkerne gør gældende, at Konkurrencerådets afgørelser på dette grundlag principalt skal ophæves, subsidiært hjemvises.

Hvis retten finder, at Konkurrencerådets afgørelser ikke skal ophæves eller hjemvises, gør Varmeværkerne **til støtte for påstandene om frifindelse** overfor styrelsens bødepåstande gældende, at Varmeværkerne ikke har handlet uagtsomt eller forsætligt. Der er derfor ikke hjemmel til at pålægge Varmeværkerne bøder (afsnit 16.4).

Derudover gør Varmeværkerne gældende, at der foreligger vægtige formildende omstændigheder, der må føre til, at bødernes nedsættes til 0 kr., eller til et af retten fastsat lavere beløb i forhold til de nedlagte bødepåstande (afsnit 16.5).

Varmeværkerne gør også gældende, at der ikke er taget højde for, at Varmeværkerne er underlagt prisregulering i varmeforsyningsloven, der gør, at de ikke vil kunne betale bøderne (afsnit 16.7). Endelig er bøderne ikke er udregnet i overensstemmelse med retningslinjerne for bødeudmåling (afsnit 16.8). Disse forhold må også føre til, at bødernes nedsættes til 0 kr., eller til et af retten fastsat lavere beløb i forhold til de nedlagte bødepåstande.

9. Første hovedanbringende: En "til formåls"-afgørelse kræver en undersøgelse af, om aftalerne faktisk kunne begrænse konkurrencen

Varmeværkerne gør gældende, at en aftale efter EU-Domstolens praksis og dansk retspraksis kun kan anses for at have "til formål" at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42), og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158), hvis konkurrencemyndighederne kan bevise med fornøden sikkerhed, at aftalen kan have skadelige virkninger for konkurrencen. Selv når der er tale om såkaldte "til formåls"-afgørelser, skal konkurrencemyndighederne dermed undersøge og dokumentere, at den konkrete adfærd *kunne* begrænse konkurrencen i den konkrete retlige og økonomiske kontekst.

Dette støttes også af Konkurrencerådet, der i afgørelsernes pkt. 654 (FE-B1, s. 141) angiver, at en "til formåls"-afgørelse skal indeholde en vurdering af, om aftalen "*set i lyset af den markedsmæssige sammenhæng, som aftalen indgår i, objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktiske indtrådte skadevirkninger*."

I EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, præmis 49-90 (M-B1, s. 375-380) har EU-Domstolen fastlagt, hvad der skal til for at træffe en "til formåls"-afgørelse. Dommen er sidenhen blevet bekræftet i blandt andet sagerne: C-438/22, *Em akaunt BG*, præmis 48-59 (M-B2, s. 572); C-211/22, *Super Bock Bebidas,* præmis 32-43 (M-B2, s. 526-527); C-680/21, *Royal Antwerp Football Club*, præmis 88-98 (M-B2, s. 562-564); C-333/21, *European Superleague Company*, præmis 161-170 (M-B2, s. 535-536);

og C- 124/21 P, *International Skating Union mod Kommissionen*, præmis 103-108 (MB2, s. 554-555).

EU-Domstolen udtaler i *Cartes Bancaires,* at en aftale – for at være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF artikel 101, stk. 1 (MB1, s. 158) – enten skal have "til formål" eller "til følge" at begrænse konkurrencen, jf. blandt andet *Cartes Bancaires,* præmis 48, (M-B1, s. 375).

EU-Domstolen udtaler videre, at konkurrencemyndighederne i visse situationer kan undlade at undersøge, om en samordning har konkrete virkninger på markedet og træffe en "til følge"-afgørelse", jf. præmis 49 (M-B1, s. 375). Det omfatter dog kun situationer, hvor der er tale om bestemte former for samordning mellem virksomheder, der efter sin art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår, jf. præmis 49-50 (M-B1, s. 375).

Ved vurderingen af, om der er grundlag for at træffe en "til formåls"-afgørelse, skal der lægges vægt på blandt andet, om *erfaringer* viser, om en sådan adfærd medfører negative virkninger, jf. præmis 51 (M-B1, s. 375), og om der foreligger en *konstatering* af, at en sådan samordning i sig selv er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, jf. præmis 57 (M-B1, s. 376). I vurderingen af om en adfærd kan have konkurrencebegrænsende formål skal ligeledes indgå indholdet af bestemmelserne i aftalen, formålene med aftalen, samt den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår, jf. præmis 53 (M-B1, s. 375).

EU-Domstolen fastslår også, at det er en forudsætning for en "til formåls"-afgørelse, at der er tilstrækkelig klarhed om, at konkurrencen vil lide skade som følge af indholdet af den konkrete samordnede praksis, jf. præmis 52 (M-B1, s. 375). Hvis en analyse af indholdet af den konkrete samordnede praksis ikke med tilstrækkelig sikkerhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må det vurderes, om konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart indskrænket eller fordrejet, jf. præmis 52 (M-B1, s. 375), dvs. der må foretages en vurdering af effekterne.

EU-Domstolen udtaler i *Cartes Bancaires*, præmis 78 (M-B1, s. 379), at der skal foretages en analyse af, om den konkrete samordning efter sin art er skadelig for de normale konkurrencevilkår, og at der herved skal tages hensyn til ethvert relevant forhold vedrørende den retlige eller økonomiske kontekst som samordningen indgår i, navnlig henset til arten af de pågældende tjenesteydelser, og hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer. Det er ikke tilstrækkeligt, at der foreligger et subjektivt formål om at begrænse konkurrencen, jf. præmis 88 (M-B1, s. 380).

Konkurrencemyndigheder skal med andre ord kunne dokumentere, at en given aftale i den konkrete økonomiske og retlige kontekst *kan* begrænse konkurrencen. Konkurrencemyndighedernes bevisbyrde er i den forbindelse ikke lempet. Det støttes blandt andet af, at begrebet "konkurrencebegrænsende formål" efter fast praksis skal fortolkes indskrænkende, jf. f.eks.

EU-Domstolen i præmis 58 i *Cartes Bancaires* (M-B1, s. 376), *Hoffmann-La Roche*, præmis 78 (M-B2, s. 454) og *Lundbeck*, præmis 112 (M-B2, s. 483). Det medfører, at konkurrencemyndighederne ikke har en mere lempelig bevisbyrde, når de skal dokumentere og træffe en byrdefuld "til formåls"-afgørelse om, at en given adfærd potentielt *kan* begrænse konkurrencen. Det er derfor alene i forhold til eventuelle effekter af en adfærd, at konkurrencemyndighedernes bevisbyrde er lempet ved "til formåls"-afgørelser, da myndighederne ikke behøver dokumentere faktisk indtrådte effekter.

Varmeværkerne bemærker i den forbindelse, at *Cartes Bancaires* (M-B1, s. 371) vedrørte en adfærd, der indeholdt et element af horisontal prisfastsættelse. EU-Domstolen fandt dog, at Retten ikke havde haft grundlag for at kvalificere de pågældende aftaler som havende haft "til formål" at begrænse konkurrencen. Selv når aftaler indeholder et element af prisfastsættelse, skal konkurrencemyndighederne således også undersøge, hvordan de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, indholdet af de konkrete aftaler samt betydningen heraf i den konkrete faktiske og retlige kontekst. Konkurrencemyndighederne kan ikke per automatik konkludere, at horisontale aftaler om prisfastsættelse har til formål at begrænse konkurrencen.

EU-Domstolen udtaler også i den senere dom C-680/21, *Royal Antwerp Football Club*, præmis 98 (M-B2, s. 564), at når konkurrencemyndighederne skal undersøge, om en given adfærd har "til formål" at begrænse konkurrencen, skal konkurrencemyndighederne under alle omstændigheder klarlægge de præcise grunde til, at den pågældende adfærd er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at begrunde den antagelse, at den har et sådant formål. Der ligger således ingen lempet bevisbyrde i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt en aftale eller adfærd konkret kan begrænse konkurrencen.

Kravene til en "til formåls"-afgørelse er også blevet behandlet i dansk retspraksis. Følgende fremgår blandt andet af Sø- og Handelsrettens præmisser i sagen BS-30903/2021-SHR, *HUGO BOSS Nordic ApS mod Konkurrencerådet* (s. 140 (M-B1, s. 272)):

> *At retspraksis fremgår, at for at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning til formål skal der være fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.*

Se også Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. oktober 2023 i sag KL-4-2022 (M-B2, s. 745), hvor medlemmerne i et kædesamarbejde havde opdelt markedet i eksklusive markedsføringsområder. Konkurrenceankenævnet fandt dog, at dette ikke var tilstrækkeligt til at konstatere, at adfærden havde et konkurrencebegrænsende formål, men at aftalerne skulle bedømmes ud fra den sammenhæng, som den var indgået i, herunder at formålet med adfærden var at indgå i en fælles indkøbsordning (M-B2, s. 764).

Det er således også i dansk retspraksis slået fast, at konkurrencemyndighederne kun kan træffe en "til formåls"-afgørelse, hvis adfærden kunne begrænse konkurrencen i den konkrete økonomiske og retlige kontekst.

På baggrund af EU-domstolens praksis og dansk retspraksis gør Varmeværkerne gældende, at det ikke er tilstrækkeligt for at konkludere, at der er tale om en aftale, der har "til formål" at begrænse konkurrencen, ved blot at konstatere, at en given aftale indeholder elementer af prisfastsættelse. En "til formåls"-afgørelse i forhold til de konkrete aftaler vil kræve en undersøgelse af, om aftalerne konkret kunne begrænse konkurrencen.

Som der vil blive redegjort mere udførligt for i relation til andet og tredje hovedanbringende nedenfor, har styrelsen lavet ganske betragtelige fejl i forbindelse med sin sagsbehandling, herunder ved ikke at analysere aftalerne mellem Varmeværkerne og Effekthandel i den rette økonomiske og retlige kontekst.

10. Andet hovedanbringende: Afgørelserne er baseret på et utilstrækkeligt grundlag, da styrelsen ikke har foretaget de nødvendige undersøgelser af, om aftalerne kunne begrænse konkurrencen

10.1. Styrelsens grundlag for en "til formåls"-afgørelse er utilstrækkelig

Varmeværkerne gør gældende, at Konkurrencerådets afgørelser er baseret på et utilstrækkeligt grundlag, herunder at styrelsen ikke har foretaget de nødvendige undersøgelser af, om aftalerne kunne begrænse konkurrencen.

Som redegjort for i forrige afsnit fastslår *Cartes Bancaire* (M-B1, s. 371), at for at kunne træffe en "til formål"-afgørelse, skal der foretages en kontekstanalyse af, om den konkrete samordning efter sin art er skadelig for de normale konkurrencevilkår, og at der i forbindelse med analysen tages hensyn til ethvert relevant forhold, navnlig arten af de pågældende ydelser, hvordan de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer og den retlige og økonomiske kontekst, som den pågældende ordning indgår i. Det afgørende er ifølge EU-Domstolen, at konkurrencemyndighederne sikrer, at der er det fornødne grundlag for at konkludere, at aftalerne objektivt set har haft til formål at begrænse konkurrencen.

Efter det almindelige forvaltningsretlige undersøgelsesprincip er det forvaltningsmyndigheden, der har ansvaret for, at de nødvendige oplysninger foreligger, samt at de nødvendige undersøgelser foretages.

Det følger også af det almindelige forvaltningsretlige undersøgelsesprincip, at en forvaltningsmyndighed ikke kan lægge oplysninger, som en myndighed har modtaget i en ansøgnings- eller klagesag, til grund. Forvaltningen

må i nødvendigt omfang kontrollere oplysningerne og sikre, at sagen bygger på det materielt rigtige grundlag.

Hertil kommer, at jo vigtigere og mere indgribende betydning en afgørelse vil have, desto mere omfattende undersøgelser vil der typisk være grundlag for at foretage.[Dette gælder, selvom der kræves færre undersøgelser for at træffe en "til formåls"-afgørelse sammenlignet med en "til følge"-afgørelse. Dette understøttes også af uskyldsformodningen i EU's charter om grundlæggende rettigheder artikel 48, stk. 1 (M-B1, s. 221), da en "til formåls"-afgørelse selvsagt ikke kan fjerne beviskravet for på den måde at dømme uskyldige.

Konkurrencerådets afgørelser må umiddelbart forstås sådan, at de omhandlede aftaler ifølge styrelsen efter deres art har "til formål" at begrænse konkurrencen, og at det derfor ikke er blevet anset for nødvendigt at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger (FE-B1, s. 134-145). Dette synes alene at være baseret på to forhold i) en konstatering af, at horisontal koordinering af priser og bud generelt har til formål at begrænse konkurrencen (FE-B1, s. 134-135), og ii) at Effekthandel har haft en subjektiv hensigt om at hæve priserne (FE-B1, s. 135-145).

Varmeværkerne er ikke enige i, at dette i det konkrete sagskompleks er tilstrækkeligt til, at konkurrencemyndighederne herved har undersøgt og tilstrækkeligt har dokumenteret, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker havde "til formål" at begrænse konkurrencen.

Som anført blev sagerne oprindeligt indledt på baggrund af en klage fra Energinet til styrelsen (FE-B1, s. 335). Konkurrencerådets afgørelser indeholder flere steder henvisninger til oplysningerne fra Energinets klage, jf. blandt andet s. 82 og 101 og fodnoterne 319 og 429 (FE-B1, s. 98 og s. 117). Styrelsen har ved besvarelsen af opfordring (4), jf. processkrift B om syn og skøn, s. 15 nederst (SE-B1, s. 441), oplyst, at styrelsen ikke har konkrolleret oplysningerne fra Energinet.

Varmeværkerne gør gældende, at styrelsen burde og (nemt) kunne have undersøgt, om oplysningerne i Energinets klage var korrekte, jf. nærmere i afsnit 11.2 nedenfor. I tilfælde, hvor styrelsen baserer sin sag på oplysninger fra en klager med betydelige egeninteresser i udfaldet af sagen, og hvor afgørelserne har indgribende betydning for adressaterne, er styrelsen som minimum forpligtet til at få klagers oplysninger verificeret. Det er ikke sket. Som der vil blive redegjort nærmere for i afsnit 11.2 nedenfor kunne styrelsen havde anmodet Energinet om fuldstændige markedsdata fra Energinet, da Energinet som den eneste køber på markedet var i besiddelse af alle buddata. Havde styrelsen gjort det, kunne styrelsen have konstateret, at oplysningerne i Energinets klage var faktuelt forkerte.

På baggrund af klagen fra Energinet iværksatte styrelsen den 5. maj 2021 kontrolundersøgelser hos tre værker og Effekthandel. Styrelsen kom i for-

bindelse med kontrolundersøgelserne ikke i besiddelse af afgørende oplysninger, som styrelsen ikke allerede var bekendt med som følge af Finn Grønkjærs henvendelse til styrelsen den 7. juni 2019 (FE-B1, s. 223).

Før klagen fra Energinet og kontrolundersøgelserne var styrelsen bekendt med:

- at Effekthandel på vegne af en række forskellige værker ville indmelde værkernes priser for tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1),
- at det var Effekthandel alene, der skulle beslutte, hvad de pågældende priser skulle være,
- at Effekthandel ville lave en overskudsdeling mellem værkerne, uanset om det enkelte værk fik accepteret deres bud eller ej, og
- at Effekthandel ville få udbetalt 15 pct. af den samlede omsætning, der ville blive genereret ved aftalerne.

Det er de selvsamme forhold ved aftalerne, som styrelsen har lagt vægt på i afgørelserne. Se særligt afgørelsernes pkt. 545-549 (FE-B1, s. 123-124).

Den eneste nye oplysning i forbindelse med kontrolundersøgelserne var, at styrelsen blev bekendt med, at Finn Grønkjær havde et ønske om, at priserne for tilrådighedsstillelse af mFRR skulle være højere. Som anført ovenfor er den subjektive hensigt med en konkret samordning hverken nødvendig eller tilstrækkelig til at godtgøre forekomsten af et konkurrencebegrænsende formål, jf. *Cartes Bancaires*, præmis 54 og 88 (M-B1, s. 376 og 380). Oplysningen om, at Finn Grønkjær havde et ønske om højere priser på mFRR kan således ikke medføre, at aftalerne mellem Effekthandel og Varmeværkerne nu udgjorde en så "klokkeklar" overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42) og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158), at styrelsen ikke behøvede foretage yderligere undersøgelser.

Som allerede nævnt oplyste styrelsen i sin mail af 29. juli 2019 (FE-B1, s. 227) Finn Grønkjær om, at en vurdering af, om aftalerne ville udgøre en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, var af en "*sådan kompleksitet, at det er uafklaret*" hvorvidt aftalerne udgjorde en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, og at vurderingen "*ville kræve en omfattende undersøgelse*" med inddragelse af andre myndigheder, ligesom der ville skulle foretages høring i brancher og hos andre myndigheder. Ved en gennemgang af afgørelsernes sagsfremstilling og afgørelserne i øvrigt samt de dokumenter, som Varmeværkerne har modtaget aktindsigt i, har Varmeværkerne imidlertid kunnet konstatere, at styrelsen ikke har foretaget nogen "omfattende undersøgelser". Styrelsen har ikke været i dialog med andre aktører på markedet eller andre myndigheder. Styrelsen har heller ikke eksempelvis sendt klagepunktsmeddelelsen i høring hos andre myndigheder. Det fremgår heller ikke, at styrelsen i øvrigt har foretaget nogen markedsundersøgelser.

Det fremgår derimod af afgørelsernes s. 119-129 (FE-B1, s. 135-145), at Konkurrencerådets afgørelser reelt kun er baseret på ikke-verificerede oplysninger fra Energinets klage, en gengivelse af aftalens indhold, indholdet af en række mails fra Finn Grønkjær samt en generel og deskriptiv redegørelse af markedet for mFRR. Det eneste "forsøg" styrelsen har gjort på at undersøge, om aftalerne kunne begrænse konkurrencen, er eksemplerne i boks 3.3 på afgørelsernes s. 75-76 (FE-B1, s. 91-92). Disse eksempler er baseret på ikke-verificerede og forkerte faktiske oplysninger, jf. afsnit 11.3.

Styrelsen har gjort gældende, at hensigten med boks 3.3 i afgørelsen ikke var at den skulle baseres på faktiske forhold (SE-B1, s. 436). At der alene er tale om et teoretisk eksempel gør efter Varmeværkernes opfattelse forholdet så meget desto mere kritisabelt. Det understreger herved netop, at det ikke i forbindelse med Konkurrencerådets afgørelser konkret er undersøgt, og at der ikke konkret er taget stilling til, om aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker kunne begrænse konkurrencen.

Varmeværkerne gør gældende, at det er i strid med det almindelige forvaltningsretlige undersøgelsesprincip, at styrelsen ikke har foretaget nogen som helst markedsundersøgelser eller efterprøvelse af klagers oplysninger, og at undersøgelserne i hvert fald ikke har været tilstrækkelige til, at styrelsen har kunnet konstatere, at Varmeværkerne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1 (MB1, s. 42) og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158).

Varmeværkerne gør gældende, at styrelsen i sager efter konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42) og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158), der har indgribende betydning for adressaterne, har en skærpet forpligtelse til at oplyse sagen, jf. også EU-Domstolen i præmis 58 i *Cartes Bancaires* (M-B1, s. 376), *Hoffmann-La Roche*, præmis 78 (M-B2, s. 454) og *Lundbeck*, præmis 112 (MB2, s. 483). Det er Varmeværkernes opfattelse, at det forhold at styrelsen, inden Effekthandel og de 49 værker indgik de pågældende aftaler, var blevet adspurgt om, hvorvidt aftalerne udgjorde et kartel, har skærpet kravet til styrelsens undersøgelsespligt. Det kræver derfor et ekstra stærkt bevis i en sådan situation, såfremt der skal kunne træffes afgørelse om, at Varmeværkerne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42) og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158). Varmeværkerne mener, at det bør tillægges afgørende betydning, at styrelsen blev spurgt, hvorvidt det påtænkte setup var foreneligt med konkurrencereglerne, og at styrelsen svarede, at en sådan vurdering krævede omfattende undersøgelser. Når styrelsen kort tid efter indledte en overtrædelsessag, gør Varmeværkerne gældende, at styrelsen naturligvis måtte leve op til sin egen vejledning.

Varmeværkerne bemærker, at det forhold, at parterne i disse sager rakte ud til styrelsen med en konkret henvendelse, hvor de åbent og ærligt redegjorde for det påtænkte setup, adskiller sagerne fra eksempelvis Højesterets dom i den såkaldte *Vejstribe-sag*, U 2020.524 H (M-B1, s. 255), hvor Højesteret fandt, at det ikke ændrede på vurderingen af skyldsspørgsmålet, at parterne havde fået rådgivning fra en ekstern advokat.

Varmeværkerne understreger, at Varmeværkernes synspunkt ikke er, at Varmeværkerne ikke kan have overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42) eller TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158), fordi de rakte ud til styrelsen for at søge rådgivning. Varmeværkernes synspunkt er derimod, at i en situation, hvor 1) man har søgt rådgivning hos styrelsen, 2) man åbent og ærligt har redegjort for det setup, som man påtænker at gennemføre, 3) styrelsen oplyser, at det pågældende spørgsmål er af en sådan kompleksitet, at styrelsen ikke kan give et svar uden at gennemføre omfattende undersøgelser og høring af andre brancher og myndigheder, 4) styrelsen opfordrer til at indhente advokatrådgivning, hvilket man indhenter, og denne advokat oplyser, at adfærden er i overensstemmelse med konkurrencereglerne, og 5) hvor man agerer i overensstemmelse med det beskrevne setup, må det kræve et ekstra stærkt bevis og i hvert fald en skærpet undersøgelsespligt, såfremt der skal kunne træffes afgørelse om, at konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42) og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158) er overtrådt.

Sammenfattende gør Varmeværkerne gældende, at styrelsen har begået en alvorlig sagsbehandlingsfejl ved ikke at foretage en tilstrækkelig oplysning af sagen i overensstemmelse med de almindelige forvaltningsretlige undersøgelsesprincip og tilvejebringe det fornødne grundlag til at træffe en "til formåls"-afgø- relse efter konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42), og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158).

10.2. Styrelsens kontekstanalyse er mangelfuld

I forrige afsnit redegjorde Varmeværkerne for, hvorfor styrelsen på et overordnet plan ikke havde foretaget tilstrækkelige undersøgelser til, at der kunne træffes en "til formåls"-afgørelse overfor Varmeværkerne. I dette afsnit vil Varmeværkerne redegøre for en række konkrete forhold, som styrelsen burde have undersøgt og inddraget i forbindelse med sin kontekstanalyse, men som styrelsen enten ikke undersøgte, eller som styrelsen undersøgte i utilstrækkeligt omfang, og som hver især og samlet ville have vist, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker på afgørende punkter afviger fra "normalen" og i øvrigt også de afgørelser, der er henvist til i Konkurrencerådets afgørelser. Det medfører, at styrelsen ikke med rette har kunnet opretholde formodningen for en skadelig konkurrencepåvirkning, og at styrelsen var forpligtet til at foretage en effektvurdering, såfremt der skulle træffes afgørelse overfor Varmeværkerne.

For det første er der tale om et marked med kun én køber, nemlig Energinet. Det betyder, at hvis en aktør på markedet ikke får solgt sin kapacitet til Energinet, er der ingen anden mulighed for at afsætte sin kapacitet. Dette adskiller sig væsentligt fra "normalen", og der findes ikke retspraksis, hvor det har været vurderet, hvilken betydning det kan have for vurderingen af en eventuel konkurrencebegrænsende adfærd. Dette forhold har styrelsen slet ikke forholdt sig til.

For det andet er der tale om et reguleret marked. De nærmere regler om indkøb af mFRR, herunder prissætningen, er dels fastsat i elforsyningsloven og systemansvarsbekendtgørelsen, dels fastsat af Energinet selv (se eksempelvis Energinets forskrift C2 af 19. april 2023, SE-B3, s. 1111). Energinet har eksempelvis i Vestdanmark (DK1) valgt en auktionsmodel, der indebærer, at alle aktører hver dag time for time skal indmelde deres bud for tilrådighedsstillelse af mFRR (FE-B1, s. 61). Det skal ses i sammenhæng med, at der er et betydeligt overudbud, at Energinet efter Storebæltskablet blev etableret har halveret sit indkøb fra ca. 600 MW til ca. 300 MW, og at varmeværkerne har fået fjernet deres økonomiske sikkerhed i form af grundbeløbet. Til sammenligning har Energinet i Østdanmark (DK2) valgt en anden model, hvor der indgås længerevarende kontrakter. Disse forhold har styrelsen ikke forholdt sig til.

I forlængelse heraf og ***for det tredje*** har Energinet selv fastsat blandt andet, at selskabet indkøber tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1) i minimumsmængder af 5 MW. Det medfører i praksis, at der nødvendigvis sker en koordinering af de bydendes bud op til de 5 MW.

Det følger af eksempelvis Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde om horisontale samarbejdsaftaler (2023/C 259/01) pkt. 352-353 (M-B1, s. 217), at hvis to eller flere aktører på et marked hver for sig ikke er store nok til at byde på en opgave hver især, er det ikke konkurrencebegrænsende, hvis aktørne går sammen om at byde, så aktørerne sammen kan opfylde kravene. I en sådan situation vil aktørerne også være nødt til at koordinere priser for at kunne byde sammen.

Ud af Varmeværkerne er der 31 værker, herunder Brøns Kraftvarmeværk og Ø Brønderslev Fjernvarmeværk, der har en kapacitet på mindre end 5 MW (SEB4, s. 1497). Det medfører, at de 31 af værkerne slet ikke var konkurrenter, når deres bud blev indmeldt til Energinet, da de ikke var i stand til at byde selv, uden at en koordinering fandt sted. En sådan koordinering vil typisk finde sted hos Varmeværkernes produktionsbalanceansvarlige, herunder men der er intet til hinder for, at koordineringen sker på anden vis. Det har styrelsen ikke undersøgt betydningen af, ligesom styrelsen ikke har undersøgt, om Effekthandel har puljet og koordineret kapacitet på mere end 5 MW, og dermed om man har koordineret mere end man måtte efter Energinets egne forskrifter.

Dertil kommer, at styrelsen heller ikke har undersøgt, hvorvidt værkerne, uanset om de havde en kapacitet på over eller under 5 MW, rent faktisk var konkurrenter. Som angivet nedenfor under det sjette pkt. havde flere af Varmeværkerne ikke ressourcer til at indmelde bud på det komplicerede budmarked, som Energinet havde skabt. Varmeværkerne havde derfor et decideret behov for at gå sammen med andre, da varmeværkerne ellers ikke kunne indmelde bud. Såfremt det enkelte værk ikke var i stand til at

indmelde bud, var værket ikke i konkurrence med de øvrige værker. Dette forhold burde styrelsen have undersøgt.

Varmeværkerne bemærker i øvrigt, at når der kun er én aftager på markedet og denne aftager tilmed selv fastsætter en del af de regler, der skal gælde for indkøbet og prissætningen, og disse regler i øvrigt selv lægger op til, at der sker en vis koordinering af bud mellem aktørerne, er der ikke tale om et sædvanligt markedsbaseret forhold mellem køber og sælger, og de konkrete aftaler mellem Effekthandel og de 49 værker er derfor heller ikke "sædvanlige" prisaftaler.

Endelig har styrelsen i denne kontekst ikke undersøgt, hvorfor det ikke skulle være i overensstemmelse med konkurrencereglerne, at der koordineres bud med mængder på over 5 MW, når det i flere år har været tilladt at koordinere bud på mængder op til 5 MW. Der synes således ikke at være nogen saglig begrundelse for denne sondring, og styrelsen mangler at redegøre for, hvorfor der opstår konkurrenceretlige problemer på bud med mængder på over 5 MW.

For det fjerde er der tale om et særligt budmarked med pay-as-clear-format. Den særlige auktions-/budmodel betyder, at en aktør med en lille kapacitet ikke har mulighed for at påvirke prisen, jf. styrelsens bemærkning herom i afgørelserne, s. 127 (FE-B1, s. 143). En "for lille" aktør med "for høj" en pris vil blot ikke få accepteret sit bud. Afgørelserne indeholder dog ikke en vurdering af, hvor grænsen går for, hvor stor en kapacitet en aktør skal råde over for at kunne påvirke prisen. Afgørelserne indeholder derimod kun et regneeksempel i boks 3.3 på side 75-76 (FE-B1, s. 91-92), hvor styrelsen er nået frem til, at såfremt Effekthandel rådede over en kapacitet på 200 MW i den enkelte time under de samtidige forudsætninger, at 1) det samlede udbud i den enkelte time udgjorde MW, og 2) Energinet skulle indkøbe 282 MW i den enkelte time, kunne Effekthandel have påvirket priserne. Som det fremgår af afgørelserne, s. 75 (FE-B1, s. 91), er der imidlertid tale om et ikke-retvisende eksempel, der ikke afspejler de faktiske indmeldte priser og bud. Varmeværkerne vil endvidere i afsnit 11.3 redegøre for, at de pågældende data faktuelt også er forkerte.

Dertil kommer, at styrelsen heller ikke har undersøgt sammensætningen af det udbud på markedet, der ikke stammer fra de 49 værker. Det har således væsentlig betydning for vurderingen af, om samarbejdet mellem Effekthandel og de 49 værker kunne påvirke konkurrencen, om den resterende del af markedet bestod af få større aktører, der altid meldte deres kapacitet ind med priser i et nogenlunde ensartet niveau, eller om markedet bestod af mange små aktører, der nogle gange meldte deres kapacitet ind og andre gange ikke, og hvor det var svært at forudse, om aktørerne ville melde deres kapacitet ind og i givet fald i hvilket prisniveau.

Styrelsen har derfor ikke foretaget en konkret vurdering af aftalerne mellem Effekthandel og Varmeværkerne i den konkrete økonomiske kontekst,

og styrelsen har da slet ikke foretaget en analyse af, hvorvidt de 50 selskaber udgjorde uomgængelige samhandelspartnere, hvilket må være en nødvendig, men ikke nødvendigvis tilstrækkelig forudsætning for, at aftalerne kunne påvirke konkurrencen på det konkrete timeauktionsmarked. Styrelsen har med andre ord ikke konkret undersøgt, om aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker kunne påvirke konkurrencen, og om Energinet var tvunget til at kontrahere med værkerne, selvom de var "for dyre". Dette udgør en betydelig fejl i styrelsens vurdering.

For det femte kan Varmeværkerne oplyse, at Effekthandel på intet tidspunkt har puljet de 49 værkers bud. I en "klassisk" koordinering ville en koordinator have puljet alle 49 selskabers indmeldte bud. Dette er ikke sket. Tværtimod har Effekthandel alene meldt priser ind på vegne af det enkelte værk, og disse bud er indmeldt i forskellige prisniveauer. Effekthandel har med andre ord overholdt de regler for koordinering, som Energinet har opstillet.

Selv hvis de 49 værker i en enkelt time blev en uomgængelig samhandelspartner, har Energinet ikke været tvunget til at aftage den samlede kapacitet fra de 49 værker, men har kun accepteret buddene fra de værker, som "kom først" i rækken af bud, indtil Energinet havde accepteret tilstrækkelige bud til at kunne få dækket sit behov for kapacitet. Disse bud vil qua auktionsmodellen altid udgøre de billigste indmeldte bud. Som det fremgår af f.eks. mail af 23. december 2019 (FE-B2, s. 502) og mail af 2. december 2020 (FE-B2, s. 596-597) har Effekthandel i hele den periode, hvor Effekthandel har haft en aftale med en eller flere af de 49 værker, meldt en række bud ind til meget lave priser. Dette svarer i øvrigt også til de buddata (SE-B4, s. 1499-1612), som Varmeværkerne har sammenstillet (SE-B4, s. 1625). Heraf fremgår også, at Effekthandel generelt set på tværs af timerne meldte lave priser ind.

Dette skal også ses i lyset af, at Energinet har oplyst, at markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1) er kendetegnet ved et stort overudbud, hvor aktørerne generelt melder ind til meget lave priser. Det skyldes ifølge Energinet, at aktørerne på markedet afventer, at kapaciteten reduceres enten som følge af kraftvarmeanlæggenes alder og/eller som følge af, at nogle værkejere vælger at forlade markedet, jf. Energinets klage, s. 4 (FE-B1, s. 338) eksempelvis på grund af lav indtjening og høje omkostninger. Uagtet at Varmeværkerne på trods af ihærdige forsøg ikke er i besiddelse af alle buddata for den periode, hvor Effekthandel havde aftaler med de 49 værker, må det alt andet lige betyde, at disse data ville have vist, at der var mange bud med lave budpriser. Når Effekthandel endvidere samtidig har indmeldt lave priser for nogle af de 49 værker for – ligesom mange andre aktører på markedet – at være sikker på at få afsat sin kapacitet med håb om, at nogle andre ville byde ind med højere priser, er det sandsynligt, at det har haft den effekt, at det generelt set (alene) er Effekthandels lave bud, der er blevet accepteret af Energinet, da man henset til den store overkapacitet på

markedet, aldrig "når op" på de eventuelle højere bud, som Effekthandel eventuelt også måtte have indmeldt.

Realiteten har derfor været, at selv hvis der har været enkelte timer, hvor de 49 værker har været uomgængelige samhandelspartnere, har styrelsen ikke forholdt sig til, hvad det har af betydning, at det altid vil være værkernes billigste bud, der accepteres, og at disse bud efter Varmeværkernes overbevisning har været lavere, end hvad man ellers ville se i markedet, da Effekthandel har villet være sikker på at få en eller anden kapacitet accepteret i alle budrunder. Samtidig skal det understreges, at styrelsen ikke har dokumenteret en eneste time, hvor Effekthandel og de 49 værker har udgjort en uomgængelig samhandelspartner. Det er således ikke tilstrækkeligt at foretage nogle gennemsnitlige betragtninger om, hvad Energinet indkøber, hvad markedet generelt set melder ind, og hvad de 49 værker kan melde ind, for at løfte denne bevisbyrde.

Styrelsen har i øvrigt heller ikke undersøgt, hvad det har af betydning, at Effekthandel, selv hvis Energinet har været nødt til at acceptere et eller flere bud fra et af de 49 værker i en given time, fordi de 49 værker udgjorde en uomgængelig samhandelsparter, ikke har været bekendt med dette forhold, og derfor ikke har kunnet indrette sig herefter ved f.eks. kun at melde meget høje bud ind, som Energinet var tvunget til at acceptere. Styrelsen har derfor ikke undersøgt aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker i den konkrete økonomiske og retlige kontekst.

Endelig ***for det sjette*** burde styrelsen have sondret mellem Effekthandels formål med aftalerne og Varmeværkernes formål med aftalerne, herunder de særlige karakteristika, der gør sig gældende for Varmeværkerne. Som anført i afsnit 9 ovenfor er den subjektive hensigt med en samordnet praksis ikke afgørende for, om en adfærd objektivt set har til formål at begrænse konkurrencen. Omvendt kan den subjektive hensigt være et lovligt og sagligt hensyn ved vurdering af den kontekst, som aftalerne indgår i. I givet fald skal det inddrages. Varmeværkerne gør gældende, at Varmeværkernes altovervejende formål med aftalerne har været at spare tid og ressourcer på en opgave, så Varmeværkerne i stedet har kunnet have fokus på kerneopgaven – at levere fjernvarme til forbrugerne.

Varmeværkerne udgør mindre organisationer med få fuldtidsansatte. De ansatte består typisk af en driftsleder, der har en fagrelevant uddannelse, en eller flere vagter i forhold til produktionsanlæggene samt eventuelt en bogholder. Varmeværkerne og deres ansatte har imidlertid hverken den rette uddannelsesmæssige baggrund eller ressourcer til at agere hensigtsmæssigt på markedet for mFRR, herunder til at vurdere, hvordan de kunne byde hensigtsmæssigt.

I den af Varmeværkerne udarbejdede oversigt (SE-B4, s. 1619) over de 49 selskabers omsætning for salg af tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1) opnået i den periode, hvor det enkelte værk havde en aftale

med Effekthandel, fremgår, at alle værker med undtagelse af fire havde en omsætning på under 1 mio. kr. for hele den periode, hvor det pågældende værk havde en aftale med Effekthandel. Dertil kommer, at 28 af varmeværkerne havde en omsætning for tilrådighedsstillelse af mFRR på under 500.000 kr. for hele den periode, hvor det enkelte varmeværk havde en aftale med Effekthandel, hvoraf de 12 havde en omsætning på under 200.000 kr. Dette endda selvom flere af disse varmeværker havde en aftale med Effekthandel i over et år. Dette understreger, at tilrådighedsstillelse af mFRR ikke var en kerneopgave for Varmeværkerne. Dertil kommer, at der endda var tale om en byrdefuld opgave, da værkerne som nævnt manuelt skulle indmelde priser for samtlige af døgnets timer hver dag inden for en halv time på et bestemt tidspunkt. Varmeværkerne havde derfor behov for bistand for overhovedet at være i stand til at indmelde bud på tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1).

Varmeværkerne gør gældende, at Vameværkernes særlige karakteristika burde være inddraget i styrelsens kontekstanalyse, hvilket ikke skete.

Ovenstående seks forhold udgør alle forhold, som styrelsen burde have undersøgt nærmere og forholdt sig til i sin sagsbehandling, og som både hver især, men i hvert fald samlet, burde have medført, at styrelsen havde konstateret, at markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1) og aftalerne mellem Effekthandel og Varmeværkerne på væsentlige punkter afveg fra "normalen". Det medfører, at styrelsen ikke med rette har kunnet opretholde formodningen for en skadelig konkurrencepåvirkning, og at styrelsen var forpligtet til at foretage en effektvurdering, såfremt der skulle træffes afgørelse overfor Varmeværkerne.

Varmeværkerne gør på den baggrund gældende, at styrelsens kontekstanalyse er klart utilstrækkelig, hvorfor afgørelserne principalt skal ophæves, subsidiært hjemvises.

11. Tredje hovedanbringende: Afgørelserne er baseret på ikke-verificerede og faktuelt forkerte oplysninger

11.1. Overordnede bemærkninger

Udover at styrelsens oplysning af sagen i sig selv er utilstrækkelig til at kunne konstatere, at Varmeværkerne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1 (MB1, s. 42), og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158), og samtidig er i strid med det almindelige forvaltningsretlige undersøgelsesprincip, gør Varmeværkerne gældende, at nogle af de væsentligste oplysninger, som styrelsen har baseret afgørelserne på, i flere tilfælde ikke er søgt verificeret og ydermere er dokumenterbart faktuelt forkerte.

Som anført ovenfor, følger det af det almindelige forvaltningsretlige undersøgelsesprincip, at en forvaltningsmyndighed ikke kan lægge oplysninger til grund, som en myndighed har modtaget i en ansøgnings- eller klagesag.

Forvaltningen må i nødvendigt omfang kontrollere oplysningerne og sikre, at sagen bygger på det materielt rigtige grundlag, jf. f.eks. også Folketingets Ombudsmands udtalelser i FOB.1999.140 (M-B2, s. 773) og Konkurrenceankenævnets kendelse af 18. september 2019, Tellers kontraktbetingelser, s. 26 (M-B2, s. 740).

Varmeværkerne gør gældende, at styrelsen har lagt vægt på ikke-verificerede og i flere tilfælde faktuelt forkerte oplysninger, hvilket i sig selv må medføre, at afgørelserne er ugyldige og som konsekvens heraf skal ophæves.

11.2. Oplysninger om udbuddet af mFRR, der var indmeldt i de enkelte timer (indmeldt kapacitet)

Varmeværkerne gør gældende, at styrelsen har lagt vægt på ikke-verificerede og faktuelt forkerte oplysninger om den mængde mFRR, der blev indmeldt i den enkelte time.

Det fremgår af Konkurrencerådets afgørelsers pkt. 378 (FE-B1, s. 98), at Energinets efterspørgsel på tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1) typisk var på 282 MW i den enkelte time. Det fremgår af fodnote 319, at styrelsen herved har baseret sig på *"Energinets klage af 21. januar 2021 samt offentligt tilgængelige oplysninger om Energinets indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1)."*

Det fremgår også af afgørelsernes pkt. 255 (FE-B1, s. 61), at udbuddet fra producenterne på auktionen for tilrådighedsstillelse af mFRR (det vil sige den indmeldte kapacitet) typisk var mellem MW i Vestdanmark (DK1). Det er gentaget i afgørelsernes pkt. 378 (FE-B1, s. 98) og 498 (FE-B1, s. 117), ligesom styrelsen i eksemplet i boks 3.3 på s. 75-76 (FE-B1, s. 91-92) *"[f]or eksemplets skyld"* har lagt til grund, at det totale udbud af mFRR i Vestdanmark (DK1) udgjorde MW.

Styrelsen har anført i fodnoterne 319 (FE-B1, s. 98) og 429 (FE-B1, s. 117) til henholdsvis oplysningerne i pkt. 378 og 498, at oplysningerne stammer fra Energinets klage af 21. januar 2021 (FE-B1, s. 335). Varmeværkerne bemærker, at oplysningerne i Energinets klage kun angiver den gennemsnitligt indmeldte mængde i dagtimerne (FE-B1, s. 338). Styrelsen har derfor ikke gengivet faktum korrekt eller lagt korrekt faktum til grund, når det af afgørelserne fremgår, at producenterne typisk stillede mellem MW til rådighed uden at tage højde for, om der er tale om dags- eller nattetimer. Styrelsen har – som tidligere fremhævet – oplyst, at styrelsen ikke har kontrolleret oplysningerne fra Energinet om størrelsen på den indmeldte kapacitet, jf. besvarelsen af opfordring (4), jf. processkrift B om syn og skøn, s. 15 nederst (SE-B1, s. 441). Dette er højst kritisabelt.

Varmeværkerne bemærker, at styrelsen let kunne have kontrolleret og undersøgt rigtigheden af oplysningerne fra Energinet. Styrelsen kunne eksem-

pelvis have anmodet Energinet om de buddata, som Energinet fik indmeldt, da Energinet er i besiddelse af et komplet buddatasæt. Det er efter Varmeværkernes opfattelse en klar fejl, at styrelsen ikke har efterspurgt et komplet datasæt for alle buddata eller som minimum et datasæt, der kunne dokumentere, hvor stor en mængde de indmeldte bud udgjorde i de enkelte timer. Det gælder navnlig, når der henses til Energinets egeninteresse i sagen, kravene til en "til formåls"- afgørelse og afgørelsernes betydning og konsekvenser for Varmeværkerne.

Udover at oplysningerne i afgørelserne om, at udbuddet fra producenterne på auktionen for mFRR typisk var mellem MW, ikke ses at være verificeret, er de tilmed også faktuelt forkerte.

Varmeværkerne har fremlagt oversigter (SE-B4, s. 1485-1494 og 1613) over Energinets indkøb af tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2) for de enkelte timer i perioden fra og med den 1. januar 2018 til og med den 27. oktober 2024 samt timepriserne for disse indkøb. Skønsmanden har i skønserklæring af 30. marts 2025 som besvarelse af spørgsmål 1 (SEB4, s. 1680-1681) verificeret, at oplysningerne i oversigterne svarer til oplysningerne i Energinets egen dataportal.

Det fremgår af oversigterne (SE-B4, s. 1487-1490) blandt andet, at Energinet i oktober 2018 indkøbte ca. 600 MW mFRR i Vestdanmark (DK1) i en stor andel af timerne. Et tilsvarende billede kan ses i begyndelsen af oktober 2019 (SEB4, s. 1491-1493). Det kan altså ikke være korrekt, at udbuddet af indmeldt kapacitet kun skulle kunne udgøre MW, når Energinet dokumenterbart har været i stand til at købe langt mere end denne mængde.

Varmeværkerne bemærker herudover, at styrelsen har lagt vægt på oplysninger, der tydeligt angiver kun at vedrøre den gennemsnitlige indmeldte mængde i dagtimerne. De indmeldte mængder vil alt andet lige have anderledes i nattetimerne. Det er derfor ikke tilstrækkeligt til at sikre sig det fornødne faktuelle grundlag for afgørelserne at anvende oplysninger, der kun tager højde for den indmeldte mængde i dagtimerne.

Energinet har da også i forbindelse med de verserende retssager overfor styrelsen ændret sin opgørelse af de indmeldte mængder i Vestdanmark (DK1). Det fremgår således af mail af 24. februar 2025 fra advokatfuldmægtig ved Kammeradvokaten David Yue-Wen Li til Varmeværkernes advokater (SE-B3, s. 1421), at i 2019 og 2020 var det gennemsnitlige udbud i dagtimerne omkring MW og MW i nattetimerne. Videre fremgår det, at i ugen umiddelbart op til den 2. december 2020 var det gennemsnitlige udbud af mFRRkapacitet MW i dagtimerne og MW i nattetimerne. Det fremgår, at i den efterfølgende periode frem mod udgangen af 2021 var det gennemsnitlige udbud omkring MW i dagtimerne og MW i nattetimerne.

Varmeværkerne er ikke i besiddelse af de bagvedliggende data og kan derfor ikke bekræfte de oplysninger, som Energinet har fremsendt til styrelsen. Varmeværkerne kan dog konstatere, at Energinet nu selv oplyser, at der kun var en uge op til den 2. december 2020, hvor den gennemsnitlige indmeldte kapacitet til Energinet udgjorde MW i dagtimerne, og at den gennemsnitlige kapacitet i alle øvrige timer, herunder både dagtimer og nattetimer var langt større.

Det er derfor uomtvisteligt ikke korrekt, når det fremgår af Konkurrencerådets afgørelser, at den gennemsnitlige indmeldte kapacitet generelt set i den enkelte time udgjorde mellem MW mFRR.

Dette udgør en væsentlig oplysning, idet det samtidig fremgår af afgørelserne, at Effekthandel kontrollerede og stod for at prisindmelde for en kapacitet på over 200 MW mFRR i Vestdanmark (DK1). Se eksempelvis afgørelsernes pkt. 378 og pkt. 498 (FE-B1, s. 98 og 117). Med et behov for indkøb af 282 MW i den enkelte time har Energinet – ud fra de forudsætninger styrelsen har lagt til grund – været nødt til at købe kapacitet fra et eller flere af de værker, som Effekthandel havde en aftale med, idet styrelsen har lagt til grund, at den samlede indmeldte kapacitet udgjorde MW, og at Effekthandel kontrollerede over 200 MW af disse (MW samlet indmeldt kapacitet – 200 MW de 49 værkers kapacitet = mindre end Energinets behov for 282 MW kapacitet).

Som dokumenteret ovenfor er det anvendte faktum imidlertid forkert, da den samlede indmeldte kapacitet var langt større end MW. Som konsekvens heraf har Konkurrencerådet truffet afgørelser, der er baseret på faktum, som styrelsen for det første ikke har verificeret, og som for det andet er åbenbart forkert.

At afgørelserne er baseret på ikke-verificerede og faktuelt forkerte oplysninger bør i sig selv medføre afgørelsernes ophævelse, jf. eksempelvis Østre Landsrets afgørelse i U 2023.2369 Ø (M-B1, s. 263) dommen V.L. B-1828-16 – *Ørsted A/S mod Konkurrencerådet* (M-B1, s. 245).

I disse sager er der tilmed tale om faktum, der har væsentlig betydning for den konkurrenceretlige vurdering af, hvorvidt aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker kunne påvirke konkurrencen, idet producenter af mFRR med en for lille andel af det samlede udbud slet ikke vil være i stand til at påvirke prisen, jf. også styrelsens egen udtalelse i Konkurrencerådets afgørelser, s. 127 (FE-B1, s. 143).

Konkurrencerådets afgørelser skal derfor ophæves.

11.3. Oplysninger om de 49 værkers udbud og kapacitet

Varmeværkerne gør gældende, at styrelsen også har lagt vægt på ikke-verificerede og faktuelt forkerte oplysninger om de 49 værkers udbud og kapacitet af mFRR i den enkelte time.

Det fremgår af afgørelsernes pkt. 378 (FE-B1, s. 98) og pkt. 498 (FE-B1, s. 117), at styrelsen har lagt vægt på oplysninger fra Energinets klage om, at der typisk er en efterspørgsel på 282 MW, et udbud på ca. MW på mFRR i Vestdanmark (DK1), og at Effekthandel i perioder har kontrolleret prisindmeldinger for over 200 MW. Det er de samme forudsætninger, der er brugt i styrelsens eksempel i boks 3.3 på s. 75-76 i afgørelserne (FE-B1, s. 91-92).

For god ordens skyld bemærker Varmeværkerne i øvrigt, at det ikke er korrekt, når det af Konkurrencerådets afgørelser, eksempelvis pkt. 378 (FE-B1, s. 98), fremgår, at Effekthandel "kontrollerede" de 49 værkers kapacitet. Som det fremgår af aftalerne mellem Effekthandel og Varmeværkerne (FE-B2, s. 478, 480, 482, 484, 487 og 489) stod Effekthandel kun for at indmelde priser på rådighedsbud. Det var således op til det enkelte værk alene at beslutte, hvorvidt værket ville have indmeldt sin kapacitet eller ej samt indmelde aktiveringsbud. Dette havde Effekthandel ingen indflydelse på, og dermed kontrollerede Effekthandel ikke værkernes kapacitet.

Oplysningerne om de 49 værkers kapacitet stammer sandsynligvis fra Energinets klage, jf. blandt andet fodnote 319 og 429 i afgørelserne (FE-B1, s. 98 og 117. Som anført har styrelsen ved besvarelsen af opfordring (4) i processkrift B om syn og skøn (SE-B1, s. 441) oplyst, at styrelsen ikke har verificeret de pågældende oplysninger. Dette er højst kritisabelt. Som anført i forrige afsnit kunne styrelsen nemt have indhentet buddata fra Energinet eller de produktionsbalanceansvarlige for herved at verificere, om Effekthandel indmeldte bud for over 200 MW for de 49 værker i de enkelte timer.

Som det fremgår af boks 3.3 (FE-B1, s. 91), har styrelsen sammenlignet den ifølge Energinet indmeldte kapacitet på MW fra alle aktører med de 49 værkers samlede kapacitet omfattende <u>både</u> den indmeldte og ikke-indmeldte kapacitet, som de 49 værker rådede over.

Varmeværkerne gør gældende, at der enten skal laves en vurdering af de 49 værkers påvirkning af konkurrencen (markedsandel) ud fra de 49 værkers totale udbud (indmeldte og ikke-indmeldte kapacitet) i forhold til alle øvrige aktørers totale udbud (indmeldte og ikke-indmeldte kapacitet) eller alternativt af de 49 værkers indmeldte kapacitet i forhold til alle øvrige aktørers indmeldte kapacitet.

Når styrelsen har sammenholdt de 49 værkers samlede udbud af mFRR som omfattende både værkernes indmeldte og ikke-indmeldte kapacitet med alle aktørernes indmeldte kapacitet (men uden den ikke-indmeldte kapacitet), har styrelsen sammenlignet pærer og bananer. Det har konkret be-

tydet, at styrelsen har lagt vægt på objektivt forkerte oplysninger om de 49 værkers markedsandel til ulempe for Varmeværkerne, idet den anvendte metode medfører, at de 49 værkers markedsandel opgøres kunstigt højt, ligesom opgørelsesmetoden i øvrigt medfører, at de 49 værker selskaber en uomgængelig samhandelspartner for Energinet.

Varmeværkerne gør gældende, at det er en åbenbar fejl.

Herudover gør Varmeværkerne gældende, at styrelsens "antagelser" og de anvendte tal og markedsandele er faktuelt forkerte.

Med hensyn til det totale udbud af mFRR i Vestdanmark (DK1) (indmeldt og ikke-indmeldt kapacitet) har skønsmanden i sin besvarelse af spørgsmål 2 (SEB4, s. 1681) oplyst, at den samlede indmeldte og ikke-indmeldte kapacitet udgør **5.566 MW**. Det er denne kapacitet, som styrelsen burde have sammenlignet med, såfremt styrelsen skulle have vurderet de 49 værkers markedsandel baseret på de 49 værkers samlede kapacitet på 200 MW, uanset om kapaciteten konkret var indmeldt eller ej. Disse data viser, at de 49 værker oplagt ikke var en uomgængelig samhandelspartner for Energinet.

Alternativt skulle styrelsen have sammenholdt de 49 værkers indmeldte kapacitet for den periode, hvor det enkelte værk havde et samarbejde med Effekthandel, med den kapacitet, som alle øvrige aktører havde indmeldt.

Af Effekthandels månedsopgørelser (FE-B1, s. 231, SE-B3, s. 1071-1074 og s. 1093-1094 og SE-B4, s. 1615-1618) fremgår den kapacitet, som Effekthandel har indmeldt til Energinet på vegne af de 49 værker. Disse oplysninger har Varmeværkerne sammenstillet ved SE-B4, s. 1623, hvoraf fremgår, at de 49 værkers gennemsnitlige indmeldte mængder af mFRR til Effekthandel aldrig har udgjort 200 MW, men at mængden udgjorde ca. 180 MW i de få måneder, hvor Effekthandel indmeldte de største gennemsnitlige mængder. Som det også fremgår af figur 3 ved SE-B4 s. 1641, har den gennemsnitlige indmeldte mængde i perioden september 2019 – marts 2023 derimod alene udgjort 118 MW. Det er altså tæt på en halvering af den mængde, som er lagt til grund i Konkurrencerådets afgørelser. Dette er bekræftet af skønsmandens besvarelse af spørgsmål 6 (SE-B4, s. 1686), hvoraf fremgår, at skønsmanden er enig i, at oplysningerne på SE-B4, s. 1623 er korrekte.

Det er derfor uomtvisteligt ikke korrekt, når det fremgår af Konkurrencerådets afgørelser, at Effekthandel kontrollerede en samlet kapacitet på 200 MW på markedet for tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1), da Effekthandel på intet tidspunkt indmeldte en kapacitet på mere end ca. 180 MW, og da Effekthandel gennemsnitligt set alene indmeldte 118 MW.

Dette udgør en væsentlig oplysning, idet styrelsen i afgørelserne samtidig har oplyst, at det samlede udbud af mFRR i den enkelte time udgjorde mellem MW i Vestdanmark (DK1). Se eksempelvis afgørelsernes pkt.

378 og pkt. 498 (FE-B1, s. 98 og 117). Konkurrencerådet har således lagt vægt på faktum, der medførte, at Effekthandel var en uomgængelig samhandelspartner, idet styrelsen har lagt til grund, at Energinet med sit behov for indkøb af 282 MW i den enkelte time har været nødt til at købe kapacitet fra et eller flere af de værker, som Effekthandel havde et samarbejde med, når den samlede indmeldte kapacitet udgjorde MW, og Effekthandel kontrollerede over 200 MW af disse.

Som dokumenteret i forrige afsnit er det anvendte faktum imidlertid forkert, da de totale indmeldte mængder var langt større end antaget af styrelsen, og i dette afsnit er det også dokumenteret, at den kapacitet, som Effekthandel indmeldte på vegne af de 49 værker, var langt mindre end antaget af styrelsen. Som redegjort for i forrige afsnit skal det have som konsekvens, at Konkurrencerådets afgørelser ophæves.

Der henvises i øvrigt til afsnit 12.2.2-12.2.2 nedenfor, hvor Varmeværkerne redegør for, at styrelsen burde have foretaget sine konkurrenceretlige analyser baseret på de 49 værkers og øvrige aktører på markedets totale kapacitet.

11.4. Oplysninger om effekterne af Effekthandel og de 49 værkers aftaler

Herudover gør Varmeværkerne gældende, at Konkurrencerådets afgørelser også er baseret på dokumenterbart faktuelt forkerte oplysninger om påvirkningen af priserne på mFRR.

Det fremgår af Energinets klage af 21. januar 2021 (FE-B1, s. 335), at gennemsnitsprisen på tilrådighedsstillese af mFRR har ligget på ca. 5 kr./MW (FE-B1, s. 338). Videre fremgår af klagen, s. 9, at "kartelaftalen" har medført et tab på ca. 24 mio. kr. alene i 2020 svarende til en pris på 68 kr./MW (FE-B1, s. 343). Energinets klage er optrykt som bilag til Konkurrencerådets afgørelser, jf. afgørelsernes s. 136 (FE-B1, s. 152).

Styrelsen har gentaget disse oplysninger i sin pressemeddelelse af 20. november 2024 (SE-B3, s. 1419) i forbindelse med, at Konkurrenceankenævnet traf afgørelserne i sagerne mod Effekthandel og de værker, der ikke er en del af dette sagskompleks.

Styrelsen har oplyst, at styrelsen heller ikke har kontrolleret disse oplysninger, jf. besvarelsen af opfordring (3), jf. processkrift B om syn og skøn, s. 12 øverst og s. 15 nederst (SE-B1, s. 438 og 441).

Varmeværkerne har analyseret oplysningerne fra pressemeddelelsen (SE-B4, s. 1627) med udgangspunkt i de tal, der fremgår af Energinets indkøbsdata (SEB4, s. 1485) om Energinets indkøb af tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2) for de enkelte timer i perioden fra og med den 1. januar 2018 til og med den 17. maj 2024 samt timepriserne for disse indkøb. Det fremgår af tabel 1 på SE-B4, s. 1627, at Energinet i

2020 havde omkostninger på ca. 23,5 mio. kr. til indkøb af tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1). Det er på linje med Energinets omkostninger i 2018 og 2019 – endda en anelse lavere end 2019. Omkostningerne udgjorde ca. 22,5 mio. kr. i 2018 og ca. 24 mio. kr. i 2019.

Det er derfor ikke korrekt, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har medført, at Energinets omkostninger er *steget* med 22 mio. kr. alene i 2020. Tværtimod har omkostningerne været på det samme niveau som tidligere år.

Det kan derfor heller ikke være korrekt, at Energinets sædvanlige pris for tilrådighedsstillese af mFRR udgjorde 5 kr./MW. Det ville betyde, at Energinet sædvanligvis skulle have afholdt årlige omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) på ca. 12,5 mio. kr. Energinets omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) udgjorde imidlertid som nævnt mellem 22,5-24 mio. kr., hvilket svarer til en gennemsnitlig indkøbspris på ca. 9-10 kr./MW (SE-B4, s. 1627).

Hvis man derimod lægger oplysningen til grund om, at samarbejdet mellem Effekthandel og de 49 værker har medført, at Energinet har afholdt 22 mio. kr. ekstra i omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) i 2020, medfører det, at Energinet sædvanligvis skulle have afholdt omkostninger på blot ca. 1,5 mio. kr. Det svarer til en gennemsnitspris på ca. 0,5 kr./MW, jf. Energinets indkøbsdata (SE-B4, s. 1485), som sammenstillet i Varmeværkernes beregninger på SE-B4, s. 1628). Skønsmanden har i sin besvarelse af spørgsmål 24, delspørgsmål 2 (SE-B4, s. 1710), anført, at Energinets laveste marginalpris i perioden fra den 1. januar 2018 til den 31. december 2020 udgjorde 1 kr. Det er således ikke muligt at nå ned på en gennemsnitlig pris på 0,5 kr./MW, når den laveste pris for hele perioden udgjorde 1 kr./MW.

Hvis prisen - som Energinet oplyser, og som styrelsen har gentaget i sin pressemeddelelse - skulle være steget til gennemsnitligt 68 kr./MW i 2020, medfører det, at Energinets omkostninger til køb af tilrådighedsstillelse af mFRR skulle have udgjort 171.801.164 kr. i 2020, jf. beregningerne på SE-B4 s, 1627. Det er et noget andet tal end de ca. 23,5 mio. kr., som Energinets indkøbsdata (SEB4, s. 1485) viser, at Energinet har brugt på at indkøbe mFRR i Vestdanmark (DK1) i 2020.

Varmeværkerne gør gældende, at oplysningerne om effekterne af aftalerne mellem Effekthandel og værkerne naturligvis er centrale oplysninger, som styrelsen kunne og burde have kontrolleret rigtigheden af. Som anført ville relativt simple beregninger have vist, at oplysningerne var faktuelt forkerte. Det er derfor en klar fejl, at styrelsen ikke har kontrolleret oplysningerne, og at styrelsen har gengivet oplysningerne som bilag til afgørelserne samt i sin egen pressemeddelelse.

I forlængelse af det styrelsen har anført i pressemeddelelsen af 20. november 2024, finder Varmeværkerne anledning til at bemærke, at styrelsen har angivet at have truffet en "til formåls"-afgørelse og i alle processkrifterne i retssagerne har angivet, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker havde til formål at begrænse konkurrencen, og at det derfor ikke var nødvendigt at undersøge aftalernes sandsynlige negative virkninger. Samtidig har styrelsen i pressemeddelelsen om disse "til formåls"-afgørelser udelukkende henvist til Energinets oplysninger om effekterne af aftalerne. Det er således påfaldende, at styrelsen har anført i pressemeddelelsen:

> *Et kartel **har påvirket** auktioner over el-reservekapacitet i Vestdanmark med det formål at hæve priserne. Kartellet har eksisteret i mindst to år, og det **kan have haft betydning for auktionerne**, som afholdes digitalt en gang i timen.*
>
> (Vores markering)

Hvis styrelsen ikke har lagt vægt på Energinets oplysninger om effekter, forekommer det besynderligt at fremhæve netop disse oplysninger som stort set de eneste faktiske oplysninger i en pressemeddelelse om sagerne.

Hvis styrelsen – som det fremstår som om – ***har*** lagt vægt på Energinets oplysninger om effekter, har styrelsen reelt baseret sine afgørelser på faktuelt forkerte oplysninger, og samtidig lider styrelsens afgørelser af en begrundelsesfejl, da styrelsen ikke har anført i sine afgørelser, at styrelsen har lagt vægt på Energinets oplysninger om effekter, jf. forvaltningslovens § 24. Konkurrencerådets afgørelser skal som konsekvens ophæves.

11.5. Sammenfattende om Varmeværkernes tredje hovedanbringende

Sammenfattende gør Varmeværkerne gældende, at der kan peges på ganske mange faktuelle oplysninger af væsentlig betydning for den konkurrenceretlige vurdering af, hvorvidt aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker kunne begrænse konkurrencen, som styrelsen ikke har verificeret. Styrelsen har herved begået en grov sagsbehandlingsfejl, der i sig selv er væsentlig og må medføre, at Konkurrencerådets afgørelser er ugyldige og skal ophæves.

Dertil kommer, at en række af de mest væsentlige oplysninger i afgørelserne, herunder oplysningerne om den udbudte kapacitet af mFRR på markedet, de 49 værkers indmeldte kapacitet og effekterne af aftalerne, er åbenlyst og dokumenterbart forkerte.

Som redegjort for i de tre forrige afsnit, er der tale om væsentlige oplysninger, der har afgørende betydning for vurderingen af, hvorvidt aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker *kunne* begrænse konkurrencen. Styrelsen har således lagt vægt på et ikke-verificeret og åbenlyst forkert grundlag, der viste, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker for det før-

ste indebar, at de 49 værker blev en uomgængelig samhandelsparter for Energinet, og at aftalerne endda havde haft effekter, idet Energinet havde afholdt ekstra omkostninger på 22 mio. kr. alene i 2020 til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1). Ingen af disse oplysninger er korrekte. Styrelsen har i afgørelserne ikke baseret sig på andre oplysninger i forbindelse med dets vurdering af, hvorvidt aftalerne *kunne* begrænse konkurrencen. Da styrelsen ikke har sikret sig, at det nødvendige faktuelle grundlag for afgørelserne er til stede – og det anvendte faktum, der er anvendt, tilmed viser noget helt andet end antaget af styrelsen – foreligger der en væsentlig sagsbehandlingsfejl, der medfører, at Konkurrencerådets afgørelser er ugyldige og principalt skal ophæves, subsidiært hjemvises.

12. Fjerde hovedanbringende: Aftalerne kunne ikke begrænse konkurrencen

12.1. Overordnede bemærkninger

Et kartel kan påvirke priser i opadgående retning på to forskellige måder: Kartellet kan for det første tilbageholde kapacitet, hvilket medfører, at priserne på den tilbageværende kapacitet prissættes højere. Kartellet kan for det andet koordinere priser for derved at højne prisniveauet.

På SE-B4, s. 1643-1649 fremgår en af Varmeværkerne udarbejdet oversigt, der viser, hvorvidt Effekthandel har indmeldt den kapacitet på mFRR til Energinet, som de 49 værker hver især har stillet til rådighed.

Som det fremgår af skønsmandens besvarelse af spørgsmål 7, delspørgsmål 1) (SE-B4, s. 1687-1688), er det skønsmandens vurdering, at opgørelsen er korrekt. Det fremgår af opgørelsen, at Effekthandel stort set altid har meldt al den kapacitet ind, som det pågældende værk havde oplyst, at Effekthandel kunne melde ind. Dette bekræftes da også af skønsmanden, der i sin besvarelse af spørgsmål 7, delspørgsmål 2) (SE-B4, s. 1688) oplyser, at Effekthandel meldte 99,3 pct. pct. ind af den kapacitet, som de 49 værker ønskede at stille til rådighed.

Effekthandel og de 49 værker har med andre ord ikke forsøgt at få priserne til at stige ved at tilbageholde kapacitet fra markedet. Styrelsen har da også anført i processkrift B om syn og skøn, s. 17, midtfor (SE-B1, s. 443), at en klassisk karteladfærd i form af reduktion af det kontrollerede udbud med henblik på at drive priserne op ikke ville give mening i den konkrete kontekst, hvor alle accepterede bud modtager clearingprisen, og man ikke kontrollerer det samlede udbud på markedet.
I de konkrete sager synes der derfor at være enighed om, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke kunne begrænse konkurrencen ved at holde kapacitet ude af markedet, hvilket Effekthandel da heller ikke har forsøgt.

Den eneste tilbageværende mulighed for at højne priserne er således at koordinere priserne.

Varmeværkerne gør gældende, at aftalerne med Effekthandel ikke har kunnet begrænse konkurrencen ved at koordinere priserne, dels fordi de 49 værkers samlede kapacitet var for lille til at kunne begrænse konkurrencen (afsnit 12.2), dels på grund af konkurrencepresset fra eksisterende og nye aktører (afsnit 12.3).

12.2. De 49 værkers samlede kapacitet var for lille til at kunne begrænse konkurrencen

12.2.1. Nødvendigt at være uomgængelig samhandelspartner

Energinet har indrettet deres indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) på en sådan særlig måde, at producenterne af mFRR kun kan påvirke prisen, såfremt de har en vis størrelse. Producenternes størrelse skal som minimum være så stor, at producenterne bliver såkaldt residualmonopolist. Det betyder, at producenten bliver en uomgængelig samhandelspartner, da Energinet altid vil være nødt til at indkøbe kapacitet hos den pågældende aktør. Hvis en producent ikke udgør en uomgængelig samhandelspartner, vil Energinet altid have mulighed for at indkøbe kapacitet fra andre aktører på markedet.

Dette støttes af Konkurrencerådets afgørelser (FE-B1, s. 143), hvoraf fremgår, at de fleste mindre aktører ikke kan påvirke prissætningen.

Effekthandel kan altså kun have påvirket konkurrencen, hvis aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker som en nødvendig – men ikke nødvendigvis tilstrækkelig – forudsætning medførte, at Effekthandel og de 49 værker blev residualmonopolist. Varmeværkerne gør gældende, at styrelsen ikke har haft grundlag for at fastslå, at Effekthandel og de 49 værker var residualmonopolist og en uomgængelig samhandelspartner, jf. oplysningerne i de følgende afsnit.

12.2.2. Det totale udbud (indmeldt og ikke-indmeldt kapacitet)

Som redegjort for ovenfor i afsnit 11.3 er det i Konkurrencerådets afgørelse lagt til grund, at Effekthandel og de 49 værker udgjorde en uomgængelig samhandelspartner for Energinet. Det følger af forudsætningerne i afgørelserne om, at det totale udbud af mFRR i den enkelte time udgjorde MW, at Energinet i den enkelte time skulle indkøbe 282 MW, og at Effekthandel kontrollerede en samlet kapacitet på over 200 MW. Som redegjort for i samme afsnit er det faktuelt forkert, dels da den samlede indmeldte mængde langt oversteg MW, ligesom Effekthandel indmeldte en samlet kapacitet på langt mindre end 200 MW.

Det er Varmeværkernes opfattelse, at når man skal vurdere, om Varmeværkerne var store nok til at kunne begrænse priskonkurrencen, skal man se på det totale udbud i markedet, det vil sige både kapacitet, der blev indmeldt i den enkelte time, samt kapacitet, der ikke blev indmeldt i den enkelte time. Det skyldes, at den enkelte aktør i budøjeblikket ikke er bekendt med, hvilke aktører, der vil byde og med hvor stor en kapacitet. Derfor oplever den enkelte aktør et konkurrencepres fra samtlige aktører på markedet, uagtet om de byder eller ej. Dette er da netop også formålet med auktionsmodellen, hvor den enkelte aktør skal føle sig presset af, "hvad de andre aktører mon kan finde på at byde". En sådan metode svarer også til, hvad man ser i praksis. Se eksempelvis Kommissionens afgørelse i fusionssagen M.8660 af 15. juni 2018, *Fortum – Uniper*, hvor Kommissionen i pkt. 285, 310 og 331 (M-B2, s. 681, 685f., og 689f.) opgjorde markedsaktørernes markedsandele for FCR, aFRR og mFRR baseret på aktørernes samlede kapacitet – og altså ikke kun den indmeldte kapacitet.

Parterne synes umiddelbart enige om, at Energinet sædvanligvis indkøbte 282 MW mFRR i Vestdanmark (DK1) i den enkelte time, jf. afgørelsernes side 117 (FE-B1, s. 117), opgørelsen på SE-B4, s. 1495, der er udarbejdet på baggrund af Energinets indkøbsdata (SE-B4, s. 1485 og 1613).

På SE-B4, s. 1497 fremgår en af Varmeværkerne udarbejdet oversigt over den kapacitet, som de 49 værker rådede over på det tidspunkt, hvor det enkelte værk havde en aftale med Effekthandel. I oversigten har Varmeværkerne medtaget det enkelte værks kapacitet, uanset om værket havde indmeldt al sin kapacitet i den pågældende måned eller ej. Varmeværkerne har med andre ord medtaget både indmeldt og ikke-indmeldt kapacitet.

Det fremgår af oversigten over kapacitet, at de 49 værker, på det tidspunkt, hvor de havde aftaler med Effekthandel, rådede over en beskeden total kapacitet på mellem 26 MW og 223 MW. Denne kapacitet udgør ud over hele den periode, hvor Effekthandel havde aftaler med mindst et værk gennemsnitligt set 146 MW. Dette er et godt stykke under de 200 MW, som det fremgår af afgørelserne, at Effekthandel kontrollerede. Det er således kun i oktober 2020 til juli 2021, at Effekthandel indmeldte bud på vegne af værker med en samlet kapacitet på 200 MW (det vil sige både indmeldt og ikke-indmeldt kapacitet).

Som anført i afsnit 11.3 ovenfor, har skønsmanden i sin besvarelse af spørgsmål 2 (SE-B4, s. 1681) oplyst, at den totale mFRR-kapacitet bestående af både indmeldt kapacitet og ikke-indmeldt kapacitet udgjorde 5.566 MW i Vestdanmark (DK1) i perioden september 2019 til og med maj 2023. Kilderne består ifølge skønsmanden af:

Mulig mFRR opreguleringskapacitet i DK1 (Vestdanmark)	
Gennemsnitlig indkøbt mFRR kapacitet pr. måned i DK1	**294 MW-el**
Kapacitet på værkerne, som Effekthandel mFRR handlede i DK1	212 MW-el
Kapacitet på andre værkerne i DK1	4.376 MW-el
Elkedler i DK1	543 MW-el
Vindmøller (10% af max produktionskapacitet)	436 MW-el
Ialt mulig mFRR kapacitet i DK1	**5.566 MW-el**

De af skønsmanden oplistede kilder til mFRR-kapacitet støttes af Energinets præsentation "Balancemarkedet – Introduktion til systemydelser" fra juni 2024, s. 8 (SE-B3, s. 1296), hvor Energinet har illustreret de potentielle kilder til levering af mFRR. Disse svarer til skønsmandens kilder.

Sammenholdes de 49 værkers samlede kapacitet (26-223 MW) med markedets totale kapacitet som opgjort af skønsmanden (5.566 MW), udgjorde de 49 værkers markedsandel altså samlet set mellem 0,5-4,0 pct. i den periode, hvor Effekthandel havde aftaler med et eller flere værker.

Effekthandel og de 49 værker kunne altså ikke begrænse konkurrencen ved at hæve priserne, idet en så beskeden markedsandel ikke er tilstrækkelig til at påvirke priserne i opadgående retning. Dette gælder særligt på det konkrete marked, hvor der kun er én køber, og hvor der indkøbes efter en auktionsmodel, hvor det altid er de billigste bydere, der får tildelt indkøbene.

Varmeværkerne bemærker i øvrigt, at ovenstående beregninger tager udgangspunkt i den snævrest mulige markedsafgrænsning på et marked for salg af mFRR-kapacitet i Vestdanmark (DK1). Det kan således ikke udelukkes, at Effekthandels markedsandel reelt har været endnu lavere, såfremt markedet skal defineres bredere. Der er heller ikke taget højde for, at Energinet havde mulighed for at indkøbe – og rent faktisk også indkøbte – 300 MW fra Østdanmark (DK2) til brug i Vestdanmark (DK1), hvilket skal tillægges det totale udbud i markedet i Vestdanmark (DK1).

Der henvises også til diagrammerne i skønsmandens besvarelse af spørgsmål 10 (SE-B4, s. 1691-1693), hvor skønsmanden måned for måned har opgjort:

- hvor store mængder mFRR Energinet indkøbte i Vestdanmark (DK1),
- hvor store mængder mFRR, der kunne stilles til rådighed for Energinet i Vestdanmark (DK1) samlet set fra alle aktørerne på markedet, dvs. både indmeldt og ikke-indmeldt kapacitet,
- hvor store mængder mFRR de 49 værker tilbød at stille til rådighed for Energinet i Vestdanmark (DK1), og
- hvor store mængder mFRR de 49 værker solgte til Energinet i Vestdanmark (DK1).

Skønsmanden har i skønserklæringen på s. 22 (SE-B4, s. 1692) i første omgang ikke medtaget det totale udbud i markedet. Det skyldes, at såfremt man medtager det totale udbud i diagrammet, er det knapt muligt at se nogle reelle bevægelser i diagrammet, da de 49 værkers kapacitet er forsvindende lille sammenholdt med det totale udbud.

Det bemærkes, at skønsmanden i skønserklæringen ikke har medtaget de ca. 1.000 MW kapacitet fra elkedler og vindmøller. Skønsmanden ses ikke at give nogen forklaring herpå. Der er således ikke nogen grund til at antage, at skønsmandens besvarelse af spørgsmål 2, hvor skønsmanden angiver, at den totale kapacitet bør opgøres til 5.566 MW inklusiv kapacitet fra elkedler og vindmøller, skulle have ændret sig i denne besvarelse. Skønsmandens andet diagram skal derfor reelt vise en endnu større afstand mellem de 49 værkers totale kapacitet og den totale kapacitet i markedet.

Diagrammerne illustrerer med al tydelighed, at såfremt de 49 værker indmeldte for høje priser, var der rigelig anden kapacitet fra andre aktører, som Energinet kunne indkøbe fra.

Herudover fremgår det af skønsmandens besvarelse af spørgsmål IE (SE-B4, s. 1714), at "[e]*t bud, der er højere end clearingprisen, kan IKKE have haft indflydelse på denne*". Selvom Effekthandel i nogle timer har indmeldt bud over timepriserne, siger skønsmanden altså, at dette ikke kan påvirke marginalprisen.

Varmeværkerne gør på den baggrund gældende, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker dermed ikke var i stand til at begrænse konkurrencen i det konkrete marked. Varmeværkerne gør også gældende, at styrelsen burde have undersøgt og lavet en tilsvarende analyse i forbindelse med sin oplysning af sagen, hvilket styrelsen ikke har gjort.

12.2.3. Indmeldt kapacitet

Som anført i afsnit 11.3 er det Varmeværkernes opfattelse, at analyserne af de 49 værkers mulighed for at begrænse konkurrencen, skal basere sig på det totale udbud i markedet, dvs. både indmeldt og ikke-indmeldt kapacitet, da det er den konkurrencesituation, som de 49 værker befandt sig i, når de skulle indmelde kapacitet.

For ethvert tilfældes skyld har Varmeværkerne dog også undersøgt, om Effekthandel var en uomgængelig handelspartner, hvis der kun sammenlignes med den indmeldte kapacitet. Det er heller ikke tilfældet.

Varmeværkerne har udarbejdet en oversigt (SE-B4, s. 1623), der viser, hvor store mængder mFRR, Effekthandel gennemsnitligt indmeldte måned for må- ned til Energinet i Vestdanmark (DK1) i perioden fra og med september 2019 til og med marts 2023. Opgørelsen omfatter mængderne i forhold til det enkelte værk samt samlet set for alle værker, der havde aftaler med

Effekthandel på det pågældende tidspunkt. Skønsmanden har i sin besvarelse af spørgsmål 6 (SEB4, s. 1686) oplyst, at opgørelsen er korrekt.

Opgørelsen viser, at den kapacitet, som Effekthandel meldte ind, svingede fra 12-181 MW, og at Effekthandel indmeldte den største mængde kapacitet i apriljuni 2021, hvor Effekthandel gennemsnitligt set indmeldte ca. 180 MW til Energinet i den enkelte time. Fra og med april 2021, dvs. før styrelsens meddelelse om betænkeligheder (SE-B3, s. 1065) faldt den gennemsnitlige kapacitet, som Effekthandel meldte ind imidlertid stødt, indtil alle værker ifølge styrelsen havde opsagt deres aftale med Effekthandel senest den 5. maj 2023.

Varmeværkerne har udarbejdet en oversigt (SE-B4, s. 1637), der blandt andet viser, hvor store mængder mFRR Energinet gennemsnitligt indkøbte i de enkelte måneder fra og med september 2019 til og med marts 2023, samt hvor store mængder de 49 værker stillede til rådighed i samme periode på et tidspunkt, hvor det enkelte værk havde en aftale med Effekthandel. Det fremgår af figur 3 (SE-B4, s. 1641), at de 49 værker gennemsnitligt set stillede 118 MW til rådighed for Energinet i den enkelte time i Vestdanmark (DK1). Dette afviger betragteligt fra de 200 MW, som styrelsen i afgørelserne har lagt til grund, at Effekthandel kontrollerede.

Skønsmanden har i sin besvarelse af spørgsmål 13 oplyst, at skønsmanden er enig i figur 3 (SE-B4, s. 1697-1698), med undtagelse af de 49 værkers solgte kapacitet, som skønsmanden vurderer skal opgøres til gennemsnitligt set 58 MW fremfor 66 MW. Hvorvidt de 49 værkers solgte mængder skal opgøres som gennemsnitligt set 66 MW eller 58 MW, har dog konkret ikke betydning for, hvorvidt Effekthandel udgjorde en uomgængelig handelspartner, hvis analysen sker i forhold til den indmeldte kapacitet.

Det fremgår således af skønsmandens besvarelse af spørgsmål 13 (SE-B4, s. 1697-1698), at skønsmanden er enig i, at de 49 værker gennemsnitligt set indmeldte en samlet kapacitet på 118 MW til Energinet, og at denne mængde, da den var på sit højeste i april-juni 2021 udgjorde ca. 180 MW, jf. også skønsmandens besvarelse af spørgsmål 6 (SE-B4, s. 1686-1687).

Som anført i afsnit 11.3 har Energinet ifølge styrelsen oplyst, at Energinet sædvanligvis fik indmeldt bud på tilrådighedsstillelse af mFRR for en kapacitet, der udgjorde mellem MW i dagtimerne, og at Energinet sædvanligvis fik indmeldt MW i nattetimerne i 2019-2020 og MW i nattetimerne i 2021 (SE-B3, s. 1421).

Som oplyst er Varmeværkerne ikke i besiddelse af data, der sætter Varmeværkerne i stand til at verificere, om disse oplysninger er korrekte. Varmeværkerne kan dog konstatere, at Energinet ved flere lejligheder har afgivet urigtige oplysninger. Hvis det lægges til grund, at de faktiske gennemsnitlige indmeldte mængder i de pågældende perioder som minimum udgjorde, hvad Energinet har oplyst til styrelsen, betyder det, at Energinet har

kunnet dække sit behov på ca. 282 MW uden at handle med et eneste af de 49 værker: Et samlet gennemsnitligt udbud på MW – Energinets sædvanlige indkøb af ca. 282 MW = ca. 168 MW (det vil sige større end de 49 værkers kapacitet på gennemsnitligt set 118 MW). Dette regneeksempel er endda formentlig for konservativt, idet der ikke tages højde for, at de 49 værker stillede mere kapacitet til rådighed for Energinet i nattetimerne, hvor Energinet gennemsnitligt set også fik indmeldt bud for samlet set en større kapacitet. Værkerne bemærker, at de 49 værkers samlede indmeldte kapacitet fra april til juni 2021 på ca. 180 MW, som det fremgår, alene vedrørte en ganske kort periode, hvor der ligesom i regnestykket her heller ikke er taget højde for, at der vil være forskel på indmeldte mængder henholdsvis nat og dag, ligesom styrelsen ikke har fremlagt data for, hvor stor en samlet kapacitet, der blev indmeldt på vegne af alle aktører i markedet.

Effekthandel og de 49 værker var med andre ord heller ikke residualmonopolist eller en uomgængelig samhandelsparter, når analysen foretages i forhold til indmeldt kapacitet. Varmeværkerne gør også på den baggrund gældende, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke kunne begrænse konkurrencen.

12.2.4. Utilstrækkeligt datamateriale

Varmeværkerne anerkender, at analyser som i de to afsnit ovenfor vil kunne være udført for den enkelte time, så det for den enkelte time blev undersøgt, om de 49 værker samlet set udgjorde en residualmonopolist i en time, hvor værkerne havde aftaler med Effekthandel. Varmeværkerne har under retssagernes forberedelse forsøgt at indhente den data, som er nødvendig for at kunne foretage sådanne analyser. Det er data, som Energinet er i besiddelse af, da Energinet modtager alle bud fra alle aktører, hvilket Energinet da også har bekræftet.

Varmeværkerne har forsøgt at indhente disse data ved aktindsigtsanmodninger fremsendt til Energinet ved mail af 6. juni 2024 og 27. juni 2024, hvilke Energinet begge afslog ved afgørelser af 14. juni 2024 (SE-B3, s. 1303), 27. juni 2024 og 20. august 2024. Varmeværkerne indbragte Energinets afgørelser til Miljø- og Fødevareklagenævnet, der den 21. november 2024 stadfæstede afgørelserne.

Derudover indleverede Varmeværkerne i de verserende retssager editionsbegæring den 9. juli 2024 (SE-B1, s. 317) overfor Energinet med henblik på, at retten skulle pålægge Energinet at udlevere de pågældende oplysninger, hvilket retten imidlertid traf beslutning om ikke at imødekomme ved kendelse af 16. oktober 2024 (SE-B1, s. 37).

Ved processkrift af 21. oktober 2024 (SE-B1, s. 393) opfordrede Varmeværkerne processuelt styrelsen til at indhente de pågældende data i medfør af konkurrencelovens § 17 (M-B1, s. 48), hvilket styrelsen imidlertid afviste ved processkrift af 15. november 2024 (SE-B1, s. 413).

Varmeværkerne har således ved alle midler forsøgt at indhente de pågældende data, så de verserende sager kunne blive så godt belyst som muligt. Energinet og styrelsen har imidlertid ikke ønsket at bidrage hertil. Det kan derfor ikke komme Varmeværkerne til skade i nærværende sag. Tværtimod er det Varmeværkernes opfattelse, at det skal tillægges processuel skadevirkning for styrelsen, idet styrelsen ikke har indhentet de pågældende data i forbindelse med deres sagsbehandling, og idet styrelsen har afvist at indhente oplysningerne i forbindelse med retssagerne, uagtet at styrelsen er blevet opfordret hertil. Styrelsen har utvivlsomt hjemmel til at indhente den pågældende data i forbindelse med deres sagsbehandling, jf. konkurrencelovens § 17 (M-B1, s. 48).

Det skal derfor lægges til grund, at Varmeværkerne ikke på noget tidspunkt har udgjort en residualmonopolist eller uomgængelig samhandelspartner for Energinet, da der ikke er fremlagt data i sagen, der dokumenterer dette.

12.2.5. Ikke kendskab til eventuel position som residualmonopolist/uomgængelig handelspartner i en time, herunder priserne den 2. december 2020

Selvom en analyse for den enkelte time, jf. forrige afsnit, måtte have vist, at de 49 værker udgjorde en residualmonopolist til Energinet i en eller flere timer, er dette ikke i sig selv tilstrækkeligt til at konkludere, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker kunne begrænse konkurrencen, idet Effekthandel ikke havde mulighed for at opnå kendskab til en sådan position.

I sin besvarelse af spørgsmål 16 (SE-B4, s. 1700) har skønsmanden således oplyst, at der til skønsmandens kendskab ikke findes offentligt tilgængelige oplysninger om de priser og mængder, som den enkelte aktør tilbød eller ville tilbyde at stille til rådighed for Energinet i Vestdanmark (DK1) i perioden fra den 1. september 2019 til den 5. maj 2023. Effekthandel havde dermed ingen mulighed for at få indblik i, hvor mange andre aktører, der havde til hensigt at byde i de enkelte timer og med hvilken kapacitet, jf. også Konkurrencerådets afgørelsers pkt. 264 (FE-B1, s. 64). Effekthandel havde heller ikke mulighed for efterfølgende at få indblik i, hvorvidt Effekthandel i en tidligere time havde været residualmonopolist uden at vide det. Det gælder både på kort og langt bagudskuende sigt.

Selv hvis de 49 værker måttet have udgjort en residualmonopolist i en eller flere timer, har de 49 værker og Effekthandel altså ikke haft mulighed for at opnå kendskab hertil og agere herefter. Dette forhold støtter i øvrigt også, at det netop ikke er indmeldte mængder men totale mængder bestående af både indmeldt og ikke-indmeldte mængder, man skal vurdere på baggrund af, når man skal vurdere, om en aktør er i stand til at begrænse konkurrencen.

Dette synspunkt støttes også af de af styrelsen fremlagte mails fra Effekthandel, hvor der ikke er eneste mail, der indikerer, at Effekthandel har været klar over, om de 49 værker i en eller flere timer har været en uomgængelig samhandelspartner. Tværtimod synes Effekthandel hele tiden at hæve barren for, hvor stor en kapacitet, der skal til, før Effekthandel indmelder priser for en stor nok kapacitet for at kunne påvirke prisen.

Selv hvis de 49 værker måtte have udgjort en residualmonopolist i en eller flere timer, herunder eksempelvis i ugen op til den 2. december 2020, hvor Energinet ifølge eget udsagn oplevede, at der i dagtimerne kun blev indmeldt bud for gennemsnitligt set en kapacitet på MW, medfører det ikke, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker kunne påvirke prisen, for det havde Effekthandel og de 49 værker ingen mulighed for at vide på forhånd, og de kunne derfor ikke agere herefter.

I forhold til ugen op til den 2. december 2020 bemærker Varmeværkerne særligt, at Energinet har oplyst, at det var i dagtimerne op til den 2. december 2020, at udbuddet alene udgjorde MW. Varmeværkerne melder imidlertid mindre ind i dagtimerne, da deres kapacitet i disse timer som udgangspunkt anvendes til varmeproduktion – navnlig i fyringsperioden. Varmeværkerne kan derfor kun have indmeldt en beskeden kapacitet i disse timer. Det er derfor meget usandsynligt, at Varmeværkerne på denne tid af året skulle have været residualmonopolist i nogen time i løbet af dagen. Energinet oplyser i sin klage (FE-B1, s. 339), at Energinet ikke kan finde nogen anden forklaring på, hvorfor priserne den 2. december 2020 skulle være steget, udover at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker må være forklaringen. Hertil bemærker Varmeværkerne, at en oplagt forklaring på de øgede priser er, at der var et (usædvanligt) lavt udbud af indmeldt kapacitet. Der er således intet odiøst i, at Energinet må betale højere priser i nogle timer, hvor der indmeldes lavere kapacitet. Det er udtryk for et almindeligt samspil mellem udbud og efterspørgsel og har intet med Effekthandel og de 49 værker at gøre.

12.2.6. Sammenfattende om de 49 værkers samlede kapacitet var for lille til at kunne begrænse konkurrencen

Varmeværkerne gør på den baggrund sammenfattende gældende, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke kunne begrænse konkurrencen. Det er som det første dokumenteret, at Effekthandel og de 49 værker ikke forsøgte eller kunne begrænse konkurrencen ved at stille mindre kapacitet til rådighed for Energinet og dermed holde kapacitet ude af markedet. Det er som det andet dokumenteret, at de 49 værkers samlede markedsandel udgjorde omtrent 0,5- 4,0 pct., og at Effekthandel og de 49 værker dermed var for små til at kunne hæve prisniveauet. Det samme er i øvrigt dokumenteret ved, at Effekthandel og de 49 værker samlet set rådede over en begrænset kapacitet, og at det i sagen ikke er dokumenteret, at de 49 værker udgjorde en uomgængelig samhandelspartner for Energinet. Tværtimod medfører styrelsens manglende villighed til at bistå med at op-

lyse sagen samt de manglende undersøgelser i forbindelse med styrelsens sagsbehandling, at det skal lægges til grund, at de 49 værker på intet tidspunkt har udgjort en uomgængelig samhandelspartner til Energinet, og at det i afgørelsen dermed ikke er dokumenteret, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker kunne begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42), og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158). Af disse årsager skal Konkurrencerådets afgørelser (FE-B1, s. 17) ophæves.

12.3. Konkurrencepres fra andre aktører medførte, at de 49 værker ikke kunne påvirke priserne

Varmeværkerne gør gældende, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker heller ikke var i stand til at begrænse konkurrencen i form at højere priser, idet den særlige budform og konkurrencepresset medførte, at Effekthandel ikke kunne få priserne til at stige.

Som angivet i forrige afsnit rådede de 49 værker kun over en beskeden andel på 0,5-4 pct. af den samlede kapacitet, der kunne stilles til rådighed for Energinet i Energinets auktioner på mFRR i Vestdanmark (DK1). Som også redegjort for i forrige afsnit var Effekthandel og de 49 værker ikke klar over, hvor stor en kapacitet, der ville blive budt ind i den enkelte time fra øvrige aktører. De vidste kun, at der var en stor kapacitet til rådighed. Effekthandel var derfor aldrig sikker på at få accepteret sine bud, hvilket medførte, at Effekthandel altid indleverede underbud for at være sikker på at få accepteret en eller anden mængde.

Dertil kommer, at Energinet hver dag kl. 10.00 offentliggør priserne for de accepterede bud jf. Energinets klage, s. 3 (FE-B1, s. 337). Aktørerne fik og får altså øjeblikkeligt kendskab til, hvis priserne stiger, hvilket medfører, at øvrige aktører straks vil kunne reagere herpå ved at indmelde yderligere kapacitet og/eller rykke kapaciteten fra andre områder, herunder eksempelvis aFRR, FCR, elspot eller varmeproduktion.

For blot at sætte dette i kontekst har Energistyrelsen på deres dataportal offentliggjort, at der i Danmark fra år 2019 til år 2023 var en samlet elkapacitet på ca. 15.000-18.200 MW, hvilken er støt stigende (SE-B3, s. 937). Det er dele af denne produktion, der potentielt set ville kunne indmeldes i Energinets auktioner på mFRR, såfremt aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker skulle have fået priserne til at stige.

Dette støttes også af skønsmandens besvarelse af spørgsmål 3-5 (SE-B4, s. 1684-1685). Heri angiver skønsmanden, at det for både eksisterende og nye aktører på markedet alene vil medføre begrænsede omkostninger, såfremt de skulle øge eller påbegynde salg af mFRR.

Af skønsmandens besvarelse af spørgsmål 4 (SE-B4, s. 1684) fremgår, at det for skønsmanden er helt klart, at hvis priserne på mFRR i Vestdanmark

(DK1) stiger, vil mange aktører øge deres udbud af mFRR rådighedsbud. Tilsvarende har skønsmanden i sin besvarelse af spørgsmål 5 anført, at såfremt priserne på mFRR i Vestdanmark (DK1) stiger, vil nye aktører finde det attraktivt at indtræde på markedet for tilrådighedsstillelse af mFRR.

Der var således på det tidspunkt, hvor Effekthandel havde aftaler med de 49 værker:

- et stort overudbud af kapacitet, jf. Energinets klage, s. 4 (FE-B1, s. 338) og skønsmandens besvarelse af spørgsmål 2 (SE-B4, s. 1681-1683) og spørgsmål 10 (SE-B4, s. 1691-1693),
- en stor kapacitet hos andre aktører kunne rykke fra andre tilstødende områder uden betydelige omkostninger forbundet med at rykke kapaciteten, jf. skønsmandens besvarelse af spørgsmål 3-5 (SE-B4, s. 1684-1685 samt skønsmandens besvarelse af spørgsmål 1, Ad 7 (SE-B4, s. 1727- 1728), og
- vid adgang til at øge kapaciteten yderligere ved eksempelvis at omlægge sit salg fra nogle af de tilstødende elektricitetsmarkeder/systemydelsesmarkeder uden betydelige omkostninger, jf. skønsmandens besvarelse af spørgsmål 3-5 (SE-B4, s. 1684-1685).

I et sådant marked med det betydelige konkurrencepres fra de allerede eksisterende aktører på markedet, der samlet set har en kapacitet på 5.566 MW, jf. skønsmandens besvarelse af spørgsmål 2 (SE-B4, s. 1681-1683), og konkurrencepresset fra potentielle eksisterende eller nye aktører, der vil kunne henholdsvis øge deres produktion eller indtræde på markedet, ville det ikke være muligt for Effekthandel og de 49 værker at påvirke Energinets priser i opadgående retning.

Disse anbringender støttes også af Kommissionen afgørelse i sagen M.8660 af 15. juni 2018, *Fortum – Uniper* (M-B2, s. 667), hvor Kommissionen i pkt. 321 og pkt. 339-344 (M-B2, s. 687f. og 691f.) udtalte, at priserne ikke ville stige som følge af fusionen, da øvrige aktører på markedet herved ville få et øget incitament til at indmelde yderligere kapacitet.

Kommissionen lagde som ***det første*** vægt på, at der er tale om et auktionsmarked, hvor der indkøbes efter marginalprisprincippet, hvilket også er tilfældet i dette sagskompleks.

For det andet lagde Kommissionen vægt på, at der er tale om et marked med mange små aktører, hvilket også er kendetegnede for det danske marked for mFRR i Vestdanmark (DK1), jf. Energinets klage, s. 4 (FE-1, s. 338), hvor Energinet har anført, at aktørerne på markedet består af alt fra større regulerkraftanlæg med en samlet kapacitet på 15-25 MW til mindre naturgasfyrede gasmotoranlæg med en kapacitet på mellem 1-5 MW. I modsætning til Østdanmark (DK2) er der altså mange aktører på markedet i Vestdanmark (DK1), ligesom tilfældet var i *Fortum - Uniper.*

For det tredje lagde Kommissionen vægt på, at der er tale om et marked med lave adgangsbarrierer, hvor mange aktører kan ændre anvendelsen af deres kapacitet fra tilstødende områder, ligesom der var ny kapacitet på vej. Kommissionen tillagde altså såkaldt potentiel konkurrence afgørende betydning i sin vurdering. På den baggrund nåede Kommissionen frem til, at den pågældende transaktion ikke medførte risiko for prisstigninger; dette endda selvom fusionsparterne ville opnå en samlet markedsandel på 40-50 pct. efter transaktionen. Det giver således ikke mening, hvis Effekthandel og de 49 værker på et tilsvarende marked, hvor de 49 værker besad en markedsandel på under 5 pct., hvor der også var mange (små) aktører, hvor der var masser af kapacitet, der kunne flyttes fra tilstødende områder, og hvor det var forbundet med beskedne omkostninger at øge kapaciteten enten ved "omlægning" eller etablering af yderligere kapacitet, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker skulle kunne have begrænset konkurrencen i form af øgede priser. Enhver prisforøgelse vil som også angivet af Kommissionen blot medføre, at der kommer yderligere kapacitet til markedet, hvormed en eventuel koordinering hele tiden holdes i skak, og prisniveauet holdes nede.

For at kunne påvirke priserne ville det derfor være nødvendigt, at Effekthandel og de 49 værker fik mere eller mindre alle aktører på markedet til at øge priserne på deres bud, så der opstod ikke-koordinerede effekter. Som Kommissionen da også har angivet i *Fortum – Uniper,* pkt. 348-357 (M-B2, s. 692), er det imidlertid usandsynligt, at det vil ske på et marked med de pågældende karakteristika. Det skyldes, at uagtet at elektricitet er et homogent produkt, medfører Energinets indkøbsmodel, at priserne svinger betragteligt i den enkelte time, ligesom aktørerne ikke har nogen indsigt i, i hvilke timer andre aktører byder kapacitet ind, hvor stor en kapacitet de byder ind eller til hvilke priser. Dette vil medføre, at der ikke vil opstå ikke-koordinerede effekter.

Varmeværkerne anerkender, at *Fortum – Uniper* udgør en fusionssag og ikke en overtrædelsessag. Dette ændrer imidlertid ikke på, at de momenter, der skal indgå i vurderingen af, hvorvidt en given adfærd kan begrænse konkurrencen, er de samme.

Varmeværkerne gør gældende, at på det konkrete marked i den konkrete retlige og økonomiske kontekst kunne aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke begrænse konkurrencen. Varmeværkerne bemærker, at en række af Varmeværkerne opsagde samarbejdet med Effekthandel allerede i år 2020 og 2021. Det er derfor Varmeværkernes opfattelse, at den totale kapacitet, som Effekthandel indmeldte priser for, "toppede" i 2021, og at Effekthandel herefter ikke ville have kunnet få yderligere aktører til at deltage og i hvert fald slet ikke nok til, at man ville kunne opnå en størrelse, der medførte, at Effekthandel ville kunne begrænse konkurrencen. Dette støttes også af Effekthandels mail til en række af de 49 værker af 24. juni 2020 (FE-B2, s. 522), hvor Finn Grønkjær allerede i denne mail gav udtryk for, at han havde svært ved at få flere til at indgå aftale med Effekthandel.

12.4. Ad Effekthandel og de 49 værkers mulighed for at agere som prispressere

Styrelsen har blandt andet i processkrift B om syn og skøn, s. 21 nederst (SEB1, s. 447) og duplikken afsnit 3.2.4 (SE-B2, s. 730), afsnit 3.2.5.5 (SE-B2, s. 737) og afsnit 3.3.6.1 (SE-B2, s. 749) gjort gældende, at Effekthandel har indmeldt høje priser for nogle af værkerne med henblik på at disse skulle fungere som "prispressere" og dermed få prisen til at stige, selvom deres kapacitet ikke blev accepteret. Dette er ikke korrekt.

Når øvrige aktører på markedet ikke kan se de bud, som – ifølge styrelsen – skulle have fungeret som "prispressere", er der heller ikke givet noget signal til markedet om, at marginalprisen burde ligge på et højere niveau. Et bud over marginalprisen ville derimod blot medføre, at værkerne ikke fik accepteret deres bud. Dette støttes af Kommissionens afgørelse i *Fortum – Uniper,* pkt. 348-357 (M-B2, s. 692f.), hvor Kommissionen fandt, at den manglende gennemsigtighed ved auktionerne på mFRR medfører, at der ikke vil ske nogen stiltiende koordinering af bud på tværs af aktørerne.

Styrelsen har herudover forsøgt at få skønsmanden til at bekræfte, at Effekthandel og de 49 værker kunne agere som prispresser ved spørgsmål SS IA, herunder særligt spørgsmål 4 (SE-B4, s. 1729). Varmeværkerne bemærker, at styrelsens forudsætninger i det pågældende regneeksempel (der er de samme som i eksemplet i afgørelsernes boks 3.3 (FE-B1, s. 91-93) ikke svarer til de reelle markedsforhold, og at eksemplet oversimplificerer tingene. En reel vurdering vil nødvendiggøre en langt mere nuanceret beregning, hvor man inkluderer oplysninger om øvrige aktører på markedet og deres bud, idet det ellers ikke kan konkluderes, hvad prisen ville have været, såfremt Effekthandel indmeldte en pris på 120 kr. i stedet for 20 kr. I det pågældende regneeksempel er det således lagt til grund, at Effekthandel og de 49 værker med deres 200 MW var en uomgængelig samhandelspartner, og at en ændring af et bud fra 20 kr. til 120 kr. derfor også ville medføre en øget clearingpris. Som anført er Effekthandel og de 49 værker imidlertid ikke uomgængelige samhandelspartnere.

Varmeværkerne henviser til skønsmandens besvarelse af spørgsmål IE, s. 44 (SE-B4, s. 1713), hvor skønsmanden har anført, at "[e]*t bud, der er højere end clearingprisen, kan IKKE have haft indflydelse på denne.*" Dette støttes endvidere af styrelsen selv i processkrift B om syn og skøn, s. 17 midtfor (SE-B1, s. 443). At styrelsen nu gør gældende, at Effekthandel kan have påvirket prisen i opadgående retning ved at kræve for høje priser – og dermed holde kapacitet ude af markedet – udgør derfor en efterrationalisering, der ikke har hold i sagens faktiske omstændigheder, og som i øvrigt heller ikke svarer til, hvad styrelsen tidligere har gjort gældende.

Varmeværkerne bemærker i øvrigt, at med de forudsætninger, som styrelsen har anvendt i boks 3.3 (FE-B1, s. 91-93) og spørgsmål SS IA (SE-B4, s.

1729) viser eksemplet blot, hvordan man beregner clearingprisen i et pay-as-clearauktionsformat, når man har modtaget fire bud med hver en størrelse på 100 MW, og hvor der skal indkøbes 282 MW samlet set. Eksemplet siger derimod intet om, hvorvidt Effekthandel ville være i stand til at påvirke clearingprisen i opadgående retning. Styrelsens eksempel indeholder således eksempelvis ikke henvisninger til teorien bag, der dokumenterer og viser, hvordan Effekthandel skulle kunne vide, hvordan Effekthandel skulle agerede. Eksemplet tager i øvrigt udgangspunkt i en "alvidende byder", der har kendskab til alle de oplysninger, der fremgår af eksemplet, herunder hvem der byder med hvilke priser og mængder, hvor meget der samlet bliver budt ind, og hvor meget der skal indkø- bes. Når Effekthandel skulle indmelde priser, havde Effekthandel imidlertid kun kendskab til Energinets samlede indkøbsbehov og mængderne i de bud, som Effekthandel kunne indmelde.

Derudover bemærker Varmeværkerne, at ud fra eksemplet i spørgsmål SS IA (SE-B4, s. 1729) og boks 3.3 (FE-B1, s. 91-93) ville Effekthandel og de 49 værker samlet set få udbetalt 14.560 kr. i scenarie 1 (et bud på 100 MW til 80 kr. pr. MW = 8.000 kr. + et bud på 82 MW til 80 kr. pr. MW = 6.560 kr.), hvorimod Effekthandel og de 49 værker ville få udbetalt 10.000 kr. i scenarie 2 (et bud på 100 MW til 100 kr. pr. MW). Effekthandel ville således slet ikke have incitament til at foretage en indmelding som fremstillet i eksemplets scenarie 2, da det reelt ville føre til en lavere samlet indtjening for Effekthandel og de 49 værker. For god ordens skyld bemærker Varmeværkerne, at såfremt Effekthandel som beskrevet i eksemplet indmeldte to bud på hver 100 MW, ville Energinet ikke, ligesom styrelsen har lagt til grund, kunne vælge at acceptere et bud delvist. Energinet ville dermed i scenarie 1 ikke kunne vælge kun at acceptere en samlet kapacitet på 82 MW for Effekthandel 2-buddet. Effekthandel og de 49 værkers omsætning i scenarie 1 ville derfor reelt være på 16.000 kr. (to bud af 100 MW til 80 kr. pr. MW), hvilket endnu engang understreger, at Effekthandel ikke ville have incitament til at indmelde bud som skitseret i eksemplets scenarie 2.

Varmeværkerne fastholder derfor, at udover at eksemplet i boks 3.3 (FE-B1, s. 91-93) hviler på forkerte faktuelle oplysninger og forudsætninger, var og er eksemplet også utilstrækkeligt til at dokumentere, at Effekthandels indmelding af priser på vegne af de 49 værker ville kunne påvirke priserne i opadgående retning.

12.5. Sammenfattende om Varmeværkernes fjerde hovedanbringende

Sammenfattende gør Varmeværkerne gældende, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke kunne begrænse konkurrencen, da de 49 værker reelt var for små til at kunne påvirke priserne, og da konkurrencepresset fra andre aktører ville medføre, at enhver koordinering ikke ville kunne slå igennem i priserne. Som konsekvens heraf var aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-

B1, s. 42), og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158), hvorfor Konkurrencerådets afgørelser principalt skal ophæves, subsidiært hjemvises.

13. Femte hovedanbringende: Aftalerne begrænsede faktisk ikke konkurrencen

13.1. Overordnede bemærkninger

Varmeværkerne gør gældende, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker faktisk ikke begrænsede konkurrencen. Varmeværkerne er opmærksomme på, at Konkurrencerådets afgørelser er "til formål"-afgørelser, og at det derfor som udgangspunkt ikke er nødvendigt at undersøge, om der rent faktisk har været følger af den pågældende adfærd. Når Varmeværkerne alligevel har valgt at fokusere på dette, skyldes det, at styrelsen – som redegjort for i de forrige afsnit – ikke har løftet bevisbyrden for, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker *kunne* begrænse konkurrencen. Det har derfor været relevant at undersøge, hvorvidt aftalerne havde effekter, da det forhold, at man ved disse undersøgelser måtte konstatere, at aftalerne havde effekter, samtidig dokumenterer, at aftalerne *kunne* begrænse konkurrencen. Omvendt, hvis man ved disse undersøgelser konstaterer, at aftalerne ikke havde effekter, støtter det, at aftalerne ikke *kunne* begrænse konkurrencen, og at der i hvert fald ikke har fundet en "til følge"-overtrædelse sted. Dertil kommer, at både EU-Domstolen og danske myndigheder har fundet, at konkurrencemyndighederne burde have undersøgt eventuelle konkurrenceretlige følger i sager, hvor konkurrencemyndighederne ikke har foretaget tilstrækkelige undersøgelser af, om konkurrencen kunne begrænses, jf. eksempelvis *Cartes Bancaires,* præmis 52-53 (M-B1, s. 375) og *Botex*, s. 46 (M-B2, s. 765).

Som allerede angivet i afsnit 12.1 er der umiddelbart enighed om, at Effekthandel og de 49 værker ikke har begrænset konkurrencen ved at tilbageholde kapacitet. Varmeværkerne har dermed ikke af denne årsag overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42) og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158).

De analyser af aftalernes eventuelle effekter, som Varmeværkerne har foretaget, og som omtales i det følgende, omfatter:

- Analyser om priser før, under og efter aftalerne, afsnit [13.2], hvor det undersøges om aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker generelt set påvirkede priserne på mFRR.
- Analyser om Effekthandel og de 49 værkers andel af Energinets omkostninger, afsnit 13.3, hvor det undersøges, om Effekthandel og de 49 værkers andel af omkostningerne var særligt høje i perioder med høje priser på mFRR
- Marginalprisanalyser, afsnit 13.4, hvor det undersøges om Effekthandel og de 49 værker i de enkelte timer påvirkede priserne på mFRR, herunder med særligt fokus på månederne december 2021,

afsnit 13.5.1, og marts 2022, afsnit 13.5.2, hvor Energinet afholdt ekstra høje omkostninger. Derudover kunne styrelsen, som der vil blive redegjort nærmere for i afsnit 13.7 have foretaget en kontrafaktisk analyse af, hvordan priserne på mFRR ville have set ud, såfremt Effekthandel ikke havde haft aftaler med de 49 værker. En sådan analyse har Varmeværkerne ikke været i besiddelse af de nødvendige data til at foretage.

Derudover kunne styrelsen, som der vil blive redegjort nærmere for i afsnit 13.7 have foretaget en kontrafaktisk analyse af, hvordan priserne på mFRR ville have set ud, såfremt Effekthandel ikke havde haft aftaler med de 49 værker. En sådan analyse har Varmeværkerne ikke været i besiddelse af de nødvendige data til at foretage.

13.2. Analyser af priser før, under og efter aftalerne

Varmeværkerne har undersøgt, om Effekthandels indmelding af priser på vegne af de 49 værker har medført, at Energinets indkøbspriser for indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) generelt set er blevet påvirket i form af højere priser.

Når man skal vurdere, hvorvidt et priskartel har medført overpriser, vil man ofte foretage en sammenligning af priserne under kartelperioden med en upåvirket periode før og/eller efter kartelperioden. Ved en sådan analyse vil man, såfremt priskartellet har medført overpriser, se, at priserne under kartelperioden er hø- jere end priserne før og efter kartelperioden.

Varmeværkerne har udarbejdet en oversigt (SE-B4, s. 1481), der indeholder Energinets gennemsnitlige indkøbspris pr. MW i den enkelte måned fra og med januar 2018 til og med den 27. oktober 2024. Gennemsnitspriserne er udregnet på baggrund af Energinets indkøbspriser (SE-B4, s. 1485 og 1613), hvor Energinets afholdte omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) for den enkelte måned er delt med den indkøbte kapacitet. I oversigten er det markeret med "Ja" eller "Nej", om mindst et af de 49 værker havde en aftale med Effekthandel i den pågældende måned. De samme oplysninger er opstillet grafisk på s. 3 i oversigten (SE-B4, s. 1483). I den grafiske opstilling er det markeret med orange, såfremt Effekthandel indmeldte priser på vegne af mindst et af de 49 værker i den pågældende måned.

Disse omkostningsdata viser ikke, at der skulle være en sådan klar sammenhæng, at de gennemsnitlige priser var højere i de måneder, hvor Effekthandel indmeldte priser på vegne af mindst et værk sammenholdt med de måneder, hvor Effekthandel ikke indmeldte priser på vegne af mindst et værk. Tværtimod viser oversigten, at der forholdsmæssigt er flere måneder, efter at alle aftalerne med Effekthandel var bragt til ophør, hvor priserne generelt set har været højere. Samtidig synes "bundpriserne" også at være en smule højere, idet de sædvanligvis lå i prislejet mellem ca. 4,00-6,00 kr. efter aftalernes ophør, mens de under den periode, hvor Effekthandel

indmeldte priser på vegne af mindst et værk, sædvanligvis lå i prislejet ca. 1,90-6,00 kr. Før den periode, hvor Effekthandel indmeldte priser på vegne af mindst et værk, lå "bundpriserne" generelt i prislejet ca. 2,60-6,00 kr. Det kan derfor ikke konkluderes, at priserne generelt set var højere i den periode, hvor Effekthandel indmeldte priser på vegne af mindst et værk sammenholdt med perioden både før og efter. Der kan dog umiddelbart tegnes et billede af, at der var tale om et marked under udvikling, der var ved at finde sit prisleje.

Dette harmonerer også meget godt med den faktiske kontekst, jf. afsnit 10.2 ovenfor, hvor der er redegjort for, at der dels var tale om et marked med en stor overkapacitet, dels at varmeværkerne havde fået fjernet grundbeløbet, hvorfor nogle værker i en periode havde indmeldt deres kapacitet til kunstigt lave priser for at få en eller anden form for betaling for deres anlæg og med håbet om, at andre aktører på markedet ville trække marginalpriserne op.

Dette støttes også af Konkurrencerådets afgørelser, pkt. 289-291 (FE-B1, s. 69), hvor det fremgår, at udløbet af grundbeløbet til varmeværkerne i 2019 medførte, at indtægterne for varmeværkerne faldt, men at det ikke havde nogen direkte effekt i form af højere priser på mFRR. Når formålet med grundbeløbet var at sikre varmeværkerne betaling for salg af el, er det bemærkelsesværdigt, at priserne på mFRR i Vestdanmark (DK1) ikke steg. Det burde de have gjort.

Også dette forhold støtter altså, at markedet efter afskaffelsen af grundbeløbet endnu ikke havde fundet sit leje.

Man kan også tage et særligt kig på de måneder, hvor Effekthandel indmeldte den største mængde reservekapacitet til Energinet. Det fremgår af oversigten over de 49 værkers indmeldte kapacitet (SE-B4, s. 1523), at Effekthandel indmeldte den største mængde reservekapacitet på vegne af de 49 værker i apriljuni 2021. Heller ikke disse måneder giver dog et entydigt billede af, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker medførte højere priser, da Energinets gennemsnitlige indkøbspris i disse måneder ikke ses at være usædvanligt høj.

Der er en enkelt måned, hvor Effekthandel indmeldte priser på vegne af mindst et værk, december 2021, hvor Energinets omkostninger var usædvanligt høje. Som der vil blive redegjort for i afsnit 13.5.1 nedenfor, var dette imidlertid ikke forårsaget af Effekthandel og de 49 værker.

13.3. Effekthandel og de 49 værkers andel af Energinets omkostninger

Idet det ikke kan dokumenteres, at Effekthandels indmelding af priser på vegne af de 49 værker generelt set fik prisniveauet for Energinets indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) til at stige, kan man undersøge, hvorvidt Effekthandel og de 49 værkers andel af Energinets omkostninger var særlig

høj i perioder med høje priser på mFRR. Såfremt Effekthandel havde haft succes med at påvirke priserne, herunder fordi de 49 værker eksempelvis udgjorde en uomgængelig samhandelspartner, ville man forvente, at de måneder, hvor Energinet afholdt ekstra høje omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1), også ville være kendetegnet ved, at Effekthandel og de 49 værker modtog en højere andel end normalt af de omkostninger, som Energinet afholdte. Dette er ikke tilfældet.

For det første solgte de 49 værker generelt set ikke al den kapacitet til Energinet, som de havde indmeldt.

Som angivet har Varmeværkerne udarbejdet en sammenstilling af Energinets indkøbsdata (SE-B4, s. 1495), dvs. indkøbte mængder og afholdte omkostninger for perioden fra og med 1. januar 2018 til og med 27. oktober 2024, som er udarbejdet på baggrund af Energinets egne indkøbsdata (SE-B4, s. 1485 og 1613). Energinets indkøbsdata (SE-B4, s. 1485 og 1613) er verificeret skønsmanden i besvarelsen af spørgsmål 1 (SE-B4, s. 1680). Parterne er derfor enige om oplysningerne og beregningerne i Varmeværkernes sammenstilling af Energinets indkøbsdata (SE-B4, s. 1495).

Effekthandel har udarbejdet månedsopgørelser (FE-B1, s. 231, SE-B3, s. 1071- 1074 og s. 1093-1094 og SE-B4, s. 1615-1618), der indeholder oplysninger om, hvor stor en omsætning, der blev generet ved salg af den reservekapacitet, som Effekthandel havde indmeldt på vegne af de 49 værker. Af månedsopgørelserne fremgår også for september 2020 til marts 2023, hvor store mængder af reservekapacitet, der blev solgt til Energinet. Disse mængder har Varmeværkerne indarbejdet i en oversigt, hvor Varmeværkerne har opgjort, hvad det enkelte værk gennemsnitligt set hver især solgte, og hvad de 49 værker gennemsnitligt solgte til sammen i den periode, hvor Effekthandel indmeldte priser på vegne af det enkelte værk fra september 2020 til marts 2023 (SE-B4, s. 1623). For en oversigt over, hvornår Effekthandel indmeldte priser på vegne af det enkelte værk henvises til oversigten på SE-B4, s. 1629, kolonnen "Måneder med udbetaling fra puljeordningen".

Månedsopgørelserne indeholdt før september 2020 ikke oplysninger om, hvor store mængder reservekapacitet, der blev solgt. Varmeværkerne har derfor estimeret, hvor stor en mængde reservekapacitet, det enkelte værk har solgt til Energinet. Dette er gjort ved at dele omsætningen for hvert af værkerne (SEB4, s. 1623) pr. måned med den gennemsnitlige pris pr. MW for mFRR-reservekapacitet (SE-B4, s. 1495). Skønsmanden har i sin besvarelse af spørgsmål 9, hvor skønsmanden i delspørgsmål 2) skulle verificere den af Varmeværkerne anvendte opgørelsesmetode, opgjort estimater på samme vis, som Varmeværkerne har gjort i oversigten over de 49 værkers solgte mængder (SE-B4, s. 1621), hvilket skønsmanden altså også finder mest retvisende.

På baggrund af ovenstående indkøbsdata og månedsopgørelser har skønsmanden i sin besvarelse af spørgsmål 10 (SE-B4, s. 1691-1693) udarbejdet en oversigt, der i perioden fra september 2019 til marts 2023 måned viser:

- Hvor store mængder mFRR Energinet indkøbte i Vestdanmark (DK1),
- hvor store mængder mFRR, der kunne stilles til rådighed for Energinet i DK1 samlet set fra alle aktører på markedet,
- hvor store mængder mFRR de 49 værker tilbød at stille til rådighed for Energinet i DK1, og
- hvor store mængder mFRR de 49 værker solgte til Energinet i DK1.

Derudover har Varmeværkerne på baggrund af ovenstående data udarbejdet en illustration, figur 3 (SE-B4, s. 1641), der viser:

- Energinets indkøbte mængder mFRR i perioden fra og med september 2019 til og med marts 2023,
- den samlede kapacitet af mFRR de 49 værker tilbød at stille til rådighed for Energinet i samme periode, såfremt det enkelte værk modtog udbetaling fra Effekthandels puljeordning,
- de 49 værkers gennemsnitlige solgte mængder mFRR til Energinet, og
- de 49 værkers gennemsnitlige indmeldte mængder mFRR til Energinet.

Skønsmanden har i sin besvarelse af spørgsmål 13 bekræftet, at skønsmanden mener, at figur 3 er opgjort korrekt med undtagelse af den del af figuren, der vedrører de 49 værkers solgte mængder, idet skønsmanden vurderer, at de 49 værkers solgte mængder er opgjort for højt, idet skønsmanden opgør den gennemsnitlige solgte mængde til 58 MW i timen, mens Varmeværkerne har opgjort den gennemsnitlige solgte mængde til 66 MW i timen. Varmeværkerne finder ikke anledning til at kommentere nærmere på, hvorvidt skønsmandens eller Varmeværkernes opgørelsesmetode er den rette, idet det er uden betydning i denne sag, da de 49 værkers gennemsnitlige solgte mængder udgør en beskeden andel af det totale udbud i markedet og Energinets indkøb, uanset om værkernes gennemsnitligt solgte mængder opgøres til 58 MW eller 66 MW.

Af figur 3 (SE-B4, s. 1641) fremgår, at de 49 værker gennemsnitligt set indmeldte 118 MW hver time til Energinet, men at de kun gennemsnitligt set solgte 66 MW hver time. Det kan altså konstateres, at de 49 værker kun solgte ca. 55 pct. af den kapacitet, som de indmeldte til Energinet.

For det andet udgjorde den andel af de 49 værkers kapacitet, der blev solgt til Energinet, kun en begrænset andel af Energinets samlede behov, idet de 49 værker gennemsnitligt set indmeldte 118 MW, mens Energinet som minimum skulle indkøbe 280 MW, men ofte også mere, jf. afsnit 11.3 ovenfor.

Varmeværkerne har i figur 1 (SE-B4, s. 1637), udarbejdet en oversigt, der viser, hvor stor en afsætning af mFRR de 49 værker havde til Energinet i Vestdanmark (DK1) i en periode, hvor Effekthandel indmeldte priser på vegne af det enkelte værk, samt hvor store Energinets omkostninger til indkøb af mFRR var. Begge dele er gjort for perioden fra og med september 2019 til og med marts 2023. Skønsmanden har i sin besvarelse af spørgsmål 11 (SE-B4, s. 1693-1694) bekræftet, at figur 1 er korrekt. Figuren viser, at Effekthandel og de 49 værker generelt set ikke fik udbetalt en stor andel af de omkostninger, som Energinet havde afholdt til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1).

I figur 2 (SE-B4, s. 1638) har Varmeværkerne udarbejdet en oversigt over, hvor stor en andel af Energinets omkostninger til mFRR i den enkelte måned, som blev udbetalt til Effekthandel og de 49 værker i en periode, hvor Effekthandel indmeldte priser på vegne af det enkelte værk. Skønsmanden har i sin besvarelse af spørgsmål 12 (SE-B4, s. 1695-1696) bekræftet, at figur 2 er korrekt.

Det fremgår af figur 2, at Effekthandel og de 49 værker gennemsnitligt set alene fik udbetalt 18 pct. af Energinets afholdte omkostninger til indkøb af mFRR i den enkelte måned.

For det tredje udgjorde Effekthandel og de 49 værkers andel ikke nogen unormalt høj andel af Energinets omkostninger i de måneder, hvor Energinet afholdt ekstra høje omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1). Det fremgår eksempelvis af figur 3 (SE-B4, s. 1641), at i december 2021, hvor Energinets omkostninger til indkøb af mFRR var usædvanligt høje, solgte de 49 værker ikke en usædvanligt stor mængde mFRR til Energinet, og den beskedne ekstra mængde, der blev solgt, skyldtes sandsynligvis, at Energinet i den pågældende måned også købte en del mere reservekapacitet, end hvad Energinet sædvanligvis indkøbte.

Derudover fremgår det af figur 2 (SE-B4, s. 1638), at i december 2021 udgjorde Effekthandel og de 49 værkers andel af Energinets omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) kun 14 pct. Dette er mindre end de gennemsnitlige 18 pct. Effekthandel og de 49 værker modtog altså ikke en ekstra høj andel af Energinets omkostninger, når Energinet afholdte ekstra høje omkostninger, hvilket man ellers ville forvente, såfremt de skulle have medført, at priserne steg. Tilsvarende billede tegner sig for marts 2022, hvor Energinet også havde ekstra høje omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1). I denne må- ned udgjorde Effekthandel og de 49 værkers andel af Energinets omkostninger kun 18 pct. Månederne december 2021 og marts 2022 omtales nærmere i afsnit 13.5.1-13.5.2 nedenfor.

Ovenstående beregninger og figurer synes omvendt at vise, at der har været en tendens til, at Effekthandel og de 49 værker har været med til at holde priserne nede. Effekthandel og de 49 værker modtog en forholds-

mæssig stor andel (ca. 30-40 pct.) af Energinets afholdte omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) i eksempelvis juli 2020, august 2020, november 2020, august 2021 og oktober 2022. Sammenholdes disse oplysninger med figur 1 (SEB4, s. 1637), kan man konstatere, at de pågældende måneder også er kendetegnet ved, at Energinet havde meget lave omkostninger til indkøb af mFRR i de pågældende måneder.

På baggrund af figur 1 (SE-B4, s. 1637) sammenholdt med figur 2 (SE-B4, s. 1638) kan man altså konstatere, at de måneder, hvor Effekthandel og de 49 værker udgjorde en stor andel af Energinets omkostninger, var Energinets omkostninger lave, mens man ikke omvendt kan konstatere, at de måneder, hvor Energinets omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) var høje, bar Effekthandel og de 49 værkers andel af Energinets omkostninger lav.

Det kan derfor ikke konkluderes, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har medført, at Energinets omkostninger til indkøb af mFRR steg. Dette støttes også af skønsmandens besvarelse af spørgsmål 14 (SE-B4, s. 1698- 1699), hvor skønsmanden angiver, at skønsmanden ikke har kunnet finde tegn på positiv korrelation mellem Energinets omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) og Effekthandel og de 49 værkers andel heraf. Hvis der var tegn på positiv korrelation, havde det betydet, at Effekthandel og de 49 værkers andel af Energinets omkostninger blev større, jo større Energinets omkostninger var. Dette var altså ikke tilfældet.

Omvendt peger analyserne på, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har holdt priserne nede, og at prisniveauet formentlig ville have været højere, såfremt Effekthandel ikke meldte priser ind på vegne af de 49 værker.

13.4. Marginalprisanalyser

Da det heller ikke kan konstateres, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker generelt set eller i de enkelte måneder var årsag til, at Energinet afholdte højere omkostninger til indkøb af mFRR i DK1, kan man undersøge, hvorvidt Effekthandel i de enkelte timer påvirkede Energinets indkøbspriser i opadgå- ende retning.
Varmeværkerne har fremlagt buddata for det enkelte af de 49 værker i det omfang, som Varmeværkerne har kunnet komme i besiddelse af disse data (SEB4, s. 1505-1611). Buddataene er indhentet hos de 49 værkers produktionsbalanceansvarlige, men på grund af slettepolitikker hos de produktionsbalanceansvarlige har de produktionsbalanceansvarlige for de fleste værkers vedkommende kun kunnet fremsende buddata tilbage fra den 20. november 2021. I oversigten på SE-B4 s. 1629 udarbejdet af Varmeværkerne fremgår i kolonnen "Overtrædelsesperiode med buddata" for det enkelte værk, den periode, hvor der er fremlagt buddata for det enkelte værk, og som samtidig ligger inden for den periode, hvor værket havde en aftale med Effekthandel. Buddataene indeholder værkernes bud for både accepte-

rede og ikke-accepterede bud med undtagelse af buddataene fra Karup Varmeværk og Aars Fjernvarme, der alene indeholder buddata for accepterede bud. Alle buddataene har Varmeværkerne sammenstillet (SE-B4, s. 1625) med en lang række data relateret til de 49 værkers buddata, herunder buddata fra det enkelte værk for den enkelte time; hvornår værket ifølge styrelsen påbegyndte den konkurrenceretlige overtrædelse; hvornår værket ifølge styrelsen ophørte med den konkurrenceretlige overtrædelse; marginalprisen i den enkelte time m.v. Sammenstillingen har primært været udarbejdet som et samlende dataark af hensyn til skønsmanden.

På baggrund af buddataene (SE-B4, s. 1505-1611) sammenholdt med Energinets indkøbspriser (SE-B4, s. 1485-1494), har Varmeværkerne undersøgt, i hvor mange timer Effekthandel indmeldte en pris for mindst et værk svarende til den pris, der endte med at være marginalprisen. Varmeværkerne har også undersøgt, i hvor mange timer Effekthandel indmeldte en pris for mindst et værk, hvor prisen var henholdsvis over eller under den pris, der senere viste sig at udgøre marginalprisen. Disse undersøgelser er foretaget for perioden 1. september 2019 til og med 5. maj 2023 i det omfang, Varmeværkerne har været i besiddelse af buddata fra mindst et værk.

Undersøgelserne fremgår af SE-B4, s. 1633-1636, idet det bemærkes, at undersøgelserne er baseret på data, der er afrundet til seks decimaler. Skønsmanden har imidlertid foretaget samme undersøgelse dog baseret på data, der kun er afrundet til to decimaler (SE-B4, s. 1700-1706).

Skønsmanden opgør i sin skønserklæring, s. 31 (SE-B4, s. 1701) antallet af timer i den periode, hvor Effekthandel havde aftaler med et eller flere værker, og hvor der er fremlagt buddata, til 21.127 timer. Skønsmanden finder (SE-B4, s. 1701), at Effekthandel for mindst et af de 49 værker indmeldte en pris, der var lig med Energinets marginalpris for den pågældende time i 6.901 timer (svarende til 33 pct. af timerne). Endvidere finder skønsmanden, at Effekthandel for mindst et af de 49 værker indmeldte en pris, der var *højere* end Energinets marginalpris i 9.951 timer (svarende til 47 pct. af timerne), og at Effekthandel for mindst et af de 49 værker indmeldte en pris, der var *lavere* end Energinets marginalpris i 17.758 timer (svarende til 84 pct. af timerne).

For god ordens skyld bemærker Varmeværkerne, at såfremt Effekthandel indmeldte priser for mere end et værk i den pågældende time, der svarerede til marginalprisen, er sådanne timer kun talt med i opgørelsen én gang. Tilsvarende er en time også kun talt med én gang, såfremt Effekthandel indmeldte en pris, der var over eller under marginalprisen i den pågældende time, selvom Effekthandel måtte have indmeldt flere forskellige bud, der var henholdsvis over eller under marginalprisen.

På baggrund af skønserklæringen må man konstatere, at Effekthandel indmeldte priser som spredehagl, da der blev meldt priser ind i alle mulige prisniveauer. Det må også konstateres, at Effekthandel ikke var særlig "god

til" at byde. Dette skal naturligvis ses i lyset af det særlige marked, hvor der var en stor overkapacitet, og hvor Effekthandel aldrig vidste, hvem der ville byde, hvor stor en kapacitet de ville byde ind med og til hvilke priser.

De pågældende data støtter dermed, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke kunne og rent faktisk heller ikke begrænsede priskonkurrencen. Det støtter også, at Effekthandel og de 49 værker ikke udgjorde en residualmonopolist – og i hvert fald slet ikke på et tidspunkt, hvor Effekthandel havde kendskab til, at man udgjorde en residualmonopolist. Såfremt Effekthandel og de 49 værker var residualmonopolist havde Effekthandel ikke budt med spredehagl, men i stedet indmeldt alle bud til den samme høje pris, da Effekthandel i så fald ville have været sikker på, at Energinet skulle acceptere Effekthandels indmeldte bud.

Varmeværkerne bemærker også, at der var en relativt lille andel af timerne, hvor Effekthandel indmeldte en pris, der svarede til marginalprisen for mindst et af Varmeværkerne. Såfremt Effekthandel og de 49 værker var residualmonopolist, burde andelen af de timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris svarende til marginalprisen, være langt højere – formentlig tæt på 100 pct., da Effekthandel kunne have indmeldt en hvilken som helst pris, som Energinet i så fald var tvunget til at acceptere i en hvilken som helst time. At dette ikke er tilfældet, dokumenterer netop, at Effekthandel og de 49 værker ikke var residualmonopolist. Tværtimod bar Effekthandels prisindmelding præg af, at Effekthandel foretog en helgardering, hvor Effekthandel forsøgte altid at indmelde lave priser, så man altid var sikret en eller anden omsætning.

Som anført ovenfor viser undersøgelserne, at Effekthandel indmeldte priser under marginalprisen i 84 pct. af timerne. Effekten af aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har derfor formentlig været, at Effekthandel har holdt priserne nede. Effekthandel fastsatte som anført bud kunstigt lav for at sikre en vis andel af tildelingen fra Energinet. Det har betydet, at de 49 værker "optog" en del af de bud, som ellers formentlig ville være gået til andre aktører med højere bud, hvilket ville have medført en højere marginalpris. Dette blev styrket af, at Effekthandel fik flere værker til at indtræde på markedet, jf. eksempelvis skønsmandens besvarelse af spørgsmål 21 (SE-B4, s. 1708).

Endvidere fremgår det af skønsmandens besvarelse af spørgsmål ID (SE-B4, s. 1713), at i de timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris på vegne af mindst et af de 49 værker, der svarede til marginalprisen, er det muligt, at der har været afgivet flere bud til marginalprisen, og at begge identiske bud dermed har været udslagsgivende for marginalprisen. Det følger af besvarelsen, at skønsmanden er skeptisk overfor, at det i praksis skulle forekomme, at der afgives identiske bud på marginalprisen. Skønsmanden udtaler dog også i sin besvarelse af samme spørgsmål, at da Energinet har fundet det nødvendigt at kunne håndtere, at flere separate bud er identiske

med marginalprisen, tyder det på, at der afgives identiske bud på marginalprisen.

Varmeværkerne bemærker i øvrigt, at skønsmanden synes at have misforstået Varmeværkernes spørgsmål 19 (SE-B4, s. 1706). Varmeværkernes hensigt med spørgsmålet var at få oplyst, hvorvidt det kan konkluderes, at Effekthandel kan anses for at have været udslagsgivende for marginalprisen, når der ikke foreligger et komplet buddatasæt, og man derfor ikke kan se, hvad andre aktø- rer har indmeldt af priser. Skønsmanden synes at have læst spørgsmålet så- dan, om man kan konkludere, at Effekthandel har været udslagsgivende for marginalprisen, når det fremgår, at der ikke er afgivet andre identiske bud. Denne misforståelse afspejler sig i både skønsmandens besvarelse af spørgsmål 19 og spørgsmål 20 (SE-B4, s. 1706-1707), hvorfor de ikke vil blive anvendt yderligere i det følgende.

Da Effekthandel kun har indmeldt priser svarende til marginalpriserne i et relativt lavt antal timer, da Effekthandel til gengæld har indmeldt priser under marginalprisen i næsten alle timerne, og da der ikke foreligger dokumentation for andre aktørers bud, som altså kan være identiske med Effekthandels bud, kan det således ikke konstateres, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har medført, at Energinet har afholdt ekstra høje omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1).

Selv hvis buddata måtte vise, at Effekthandel som den eneste aktør på markedet har budt marginalprisen og dermed har været udslagsgivende for marginalprisen, er dette *ikke* ensbetydende med, at Energinet har afholdt for høje omkostninger. Skønsmanden har i sin besvarelse af spørgsmål 21 (SE-B4, s. 1708) anført, at det ikke på baggrund af de foreliggende data kan konkluderes, hvordan marginalprisen ville have set ud, hvis Effekthandel ikke havde indmeldt priser på vegne af de 49 værker. Skønsmanden har anført, at det, "***kunne […] være dyrere enheder, der ville blive prisdanner og dermed ville Energinet have haft øgede omkostninger***".

13.5. December 2021 og marts 2022

Varmeværkerne har også undersøgt de måneder, hvor Energinets omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) har været ekstra høje, jf. oversigterne på SE-B4 s. 1495 og SE-B4 s. 1637, figur 1. Det fremgår heraf, at inden for den periode, hvor Varmeværkerne har været i stand til at fremlægge buddata, var Energinets omkostninger til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) ekstra høje i december 2021 og marts 2022.

Varmeværkerne har udarbejdet en oversigt (SE-B4, s. 1655) over, hvor meget buddata, Varmeværkerne har fremlagt i sagen med henblik på at kunne konstatere, om analyser for disse måneder vil kunne give et retvisende billede, selvom den underliggende buddata ikke er komplet. Af oversigten fremgår således, hvorvidt der i sagskomplekset er fremlagt buddata for det enkelte værk i december 2021 og marts 2022.

Det kan på baggrund af denne oversigt (SE-B4, s. 1655) konstateres, at Varmeværkerne har fremlagt et næsten komplet buddatasæt for de 49 værker, idet der i december 2021 kun mangler buddata for ni værker, mens der i marts 2022 kun mangler buddata for syv værker.

13.5.1. December 2021

På baggrund af buddataene (SE-B4, s. 1505-1611) sammenholdt med Energinets indkøbspriser (SE-B4, s. 1485-1494) har skønsmanden undersøgt, om der i december 2021 var mindst et af de 49 værker, der havde en aftale med Effekthandel, der indmeldte et bud med en pris, der svarede til marginalprisen i den enkelte time. Dette er gjort på samme måde som beskrevet ovenfor. Herefter har skønsmanden beregnet en gennemsnitsindkøbspris for 1) timerne i alt i december 2021, 2) timerne i december 2021, hvor mindst et værk bød marginalprisen og 3) timerne i december 2021, hvor ingen af de 49 værker bød marginalprisen. Disse beregninger fremgår af skønserklæringen på s. 34 (SE-B4, s. 1704):

Genberegning af tabel 2 i Bilag 68. Nøgletal for december 2021. Ja til "Budt marginalpris", hvis afvigelse mindre en 0,01 DKK/MW

Budt marginalpris	Gennemsnit	Median	Minimum	Maksimum
Nej	467,46	150,00	10,00	2.905,29
Ja	129,62	49,00	5,00	2.905,29
Ialt	204,54	83,90	5,00	2.905,29

Det fremgår heraf, at Energinets gennemsnitlige indkøbspris på tværs af alle timerne i december 2021 udgjorde 204,54 kr./MW. Det fremgår også, at i de timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen, for mindst et af de 49 værker, var Energinets gennemsnitlige indkøbspris 129,62 kr./MW. Derudover fremgår det, at i de timer, hvor Effekthandel *ikke* indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen for mindst et af de 49 værker, var Energinets gennemsnitlige indkøbspris 467,46 kr./MW.

Det fremgår således, at Energinets gennemsnitlige indkøbspris var markant lavere i de timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen for mindst et værk, end når Effekthandel ikke havde indmeldt en pris, der var lig med marginalprisen.

Et tilsvarende billede ser man også, hvis man sammenligner medianindkøbsprisen, minimumsindkøbsprisen og maksimumindkøbsprisen. Interessant er at bemærke forskellen i maksimalprisen. Maksimalprisen udgjorde 2.905,29 kr. pr. MW i de timer, hvor Effekthandel ikke indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen for mindst et værk. Skønsmanden ses at have lavet en tastefejl i opgørelsen af maksimalprisen i de timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen for mindst et værk, idet skønsmanden har opgjort denne til 2.905,29, hvilket udgør den højeste pris for hele måneden. Af skønsmandens besvarelse af spørgsmål

18, delspørgsmål 2 (SE-B4, s. 1705) fremgår imidlertid, at Effekthandel ikke har indmeldt marginalprisen i de 5 pct. dyreste af timerne. Derfor kan Effekthandel heller ikke have indmeldt en pris på 2.905,29 som den højeste pris i de timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris, der svarede til marginalprisen. I styrelsens beregninger i tabel C (SE-B4, s. 1659), finder styrelsen da også, at den maksimale pris udgjorde 635,80 kr. i de timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris svarende til marginalprisen. Dette svarer også meget godt til Varmeværkernes egne beregninger i tabel 2 i afsnit 2.1 (SE-B4, s. 1634), hvor Varmeværkerne finder, at den maksimale pris udgjorde 612,00. Dog bemærkes, at Varmeværkernes beregninger er foretaget ved brug af seks decimaler, hvorfor de afviger fra styrelsens opgjorte maksimalpris tabel A (SE-Ba, s. 1659), hvor styrelsen alene anvender to decimaler.

Maksimalprisen var altså næsten fem gange så høj i de timer, hvor Effekthandel ikke indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen for mindst et af værkerne, som når Effekthandel indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen.

Skønsmanden har ligeledes i sin besvarelse af spørgsmål 18, delspørgsmål 2 (SE-B4, s. 1705), nærmere undersøgt de 5 pct. af timerne i december 2021, hvor indkøbspriserne var højest. På samme vis som ovenfor har skønsmanden undersøgt, i hvor mange af disse timer, Effekthandel indmeldte en pris svarende til marginalprisen for mindst et af de 49 værker. Resultatet af disse beregninger viser, at Effekthandel slet ikke indmeldte en pris svarende til marginalprisen i nogen af disse timer. Effekthandel og de 49 værker har med andre ord ikke været årsag til eller drevet de ekstra høje omkostninger, som Energinet måtte afholde i disse timer.

Det kan med andre ord konstateres, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke har drevet de ekstra høje omkostninger, som Energinet har afholdt til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) i december 2021. Tværtimod viser buddataene, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har holdt priserne nede.

13.5.2. Marts 2022

På tilsvarende vis har skønsmanden også ved besvarelsen af spørgsmål 18 foretaget tilsvarende beregninger for marts 2022 (SE-B4, s. 1705):

Genberegning af tabel 4 i Bilag 68. Nøgletal for Marts 2022. Ja til "Budt marginalpris", hvis afvigelse mindre en 0,01 DKK/MW

Budt marginalpris	Gennemsnit	Median	Minimum	Maksimum
Nej	51,14	5,00	2,00	5.195,00
Ja	12,31	4,12	1,98	94,00
Ialt	37,47	5,00	1,98	5.195,00

Det fremgår heraf, at Energinets gennemsnitlige indkøbspris på tværs af alle timerne i marts 2022 udgjorde 37,47 kr./MW. Det fremgår også, at i de

timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen, for mindst et af de 49 værker, var Energinets gennemsnitlige indkøbspris 12,31 kr./MW. Derudover fremgår det, at i de timer, hvor Effekthandel *ikke* indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen for mindst et af de 49 værker, var Energinets gennemsnitlige indkøbspris 51,14 kr./MW. Energinets gennemsnitlige indkøbspris var altså markant lavere i de timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen for mindst et værk, end når Effekthandel ikke havde indmeldt en pris, der var lig med marginalprisen.

Et tilsvarende billede ser man også, hvis man sammenligner medianindkøbsprisen, minimumsindkøbsprisen og maksimumindkøbsprisen. Interessant er igen at bemærke forskellen i maksimalprisen. Maksimalprisen udgjorde 5.195,00 kr./MW i de timer, hvor Effekthandel ikke indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen for mindst et værk, mens maksimalprisen kun udgjorde 94,00 kr./MW i de timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen for mindst et værk. Maksimalprisen var altså mere end 55 gange så høj i de timer, hvor Effekthandel ikke indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen for mindst et af værkerne, som når Effekthandel indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen. Disse priser svarer da også nogenlunde til de priser, som styrelsen har opgjort i tabel E (SE-B4, s. 1660), hvor styrelsen også har opgjort de samme nøgletal som skønsmanden med afrunding til to decimaler.

Det kan med andre ord konstateres, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke har drevet de ekstra høje omkostninger, som Energinet har afholdt til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) i marts 2022. Tværtimod viser buddataene, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har holdt priserne nede.

På samme vis som ovenfor har skønsmanden i skønserklæringen på s. 36 (SEB4, s. 1706) også beregnet, om Effekthandels indmeldte bud svarede til marginalprisen i de 5 pct. af timerne, hvor indkøbspriserne var højest. Det fremgår heraf, at Effekthandel indmeldte et bud svarende til marginalprisen i 56,4 pct. af disse timer. Som angivet udgjorde den gennemsnitlige pris, når Effekthandel indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen på vegne af mindst et af Varmeværkerne imidlertid kun 12,31 kr./MW, mens maksimalprisen udgjorde 94,00 kr./MW. Disse værdier er imidlertid så lave, at det kunne tyde på, at det er en lavere andel end 5 pct. af alle timerne, der har medført, at Energinets omkostninger er blevet væsentligt højere end sædvanligt i marts 2022.

Varmeværkerne har udarbejdet en oversigt over Energinets indkøb den 8. marts 2022, der fremgår af SE-B4, s. 1635-1636. Heraf fremgår, hvad marginalprisen udgjorde den enkelte time for alle timer hele dagen den 8. marts 2022; hvor mange MW Energinet indkøbte den pågældende time; hvad Energinets samlede omkostninger udgjorde den pågældende time; samt om Effekthandel indmeldte et bud, der var lig med marginalprisen i disse

timer. Det fremgår heraf, at marginalpriserne var ekstra høje mellem kl. 8.00-14:00. Det fremgår også af skønsmandens besvarelse af spørgsmål 18, delspørgsmål 5 (SE-B4, s. 1706), at Energinet afholdt 86 pct. af månedens totale omkostninger i disse timer. Derudover oplyser skønsmanden i sin besvarelse af delspørgsmål 6 (SE-B4, s. 1706), at Effekthandel ikke indmeldte marginalprisen i en eneste af de seks timer den 8. marts 2022 fra kl. 8.00 til 14.00.

Det kan derfor konstateres, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke har drevet de ekstra høje omkostninger, som Energinet har afholdt til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) i marts 2022, der tværtimod har været drevet af Energinets ekstra store behov for kapacitet, der helt naturligt har medført større omkostninger. Dette ses parterne da også være enige om, da styrelsen har anført, at Energinet i de pågældende timer indkøbte over den dobbelte mængde mFRR af den normale efterspørgsel, da Storebæltskablet var ude af drift, og at prisen som konsekvens heraf steg (SE-B4, s. 1660).

Herudover fremgår det af Varmeværkernes buddata (SE-B4, s. 1505-1611), at det højeste bud indmeldt af Effekthandel i de pågældende timer den 8. marts 2022 udgjorde 298,80 kr./MW. Dette bud er væsentligt lavere end marginalpriserne i de pågældende timer. Det følger også af måneds- og dagsopgørelserne for marts 2022, at de 49 værker solgte al den indmeldte kapacitet i de pågældende timer. På trods af et ufuldstændigt datagrundlag kan det altså lægges til grund, at Effekthandel ikke har indmeldt bud over marginalprisen i de pågældende timer, da de 49 værker i så fald ikke ville have solgt al deres kapacitet. Aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har således holdt priserne nede i de pågældende timer.

Styrelsen har i tabel F (SE-B4, s. 1661) også foretaget nogle andre beregninger vedrørende marts 2022, idet styrelsen i stedet for at sætte fokus på de timer, hvor Energinet havde høje omkostninger, har valgt at fokusere på alle andre timer end de seks timer den 8. marts 2022, hvor Energinets omkostninger var ekstra høje. Så vidt Varmeværkerne forstår styrelsens beregninger, har styrelsen valgt at afrunde Energinets indkøbspriser/marginalpriser (SE-B4, s. 1485- 1494) og værkernes buddata (SE-B4, s. 1505-1611) til to decimaler.

Det fremgår af tabel F (SE-B4, s. 1661), at den gennemsnitlige indkøbspris ifølge disse beregninger udgjorde 8,10 kr./MW i de timer, hvor Effekthandel ikke indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen, mens den gennemsnitlige indkøbspris udgjorde 12,25 kr./MW i de timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen.

Varmeværkerne undrer sig over, at styrelsen har valgt at fremhæve dette som det eneste datapunkt. Når man ser på samtlige andre datapunkter i den pågældende tabel, viser de, at den gennemsnitlige indkøbspris var lavere i de timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris, der var lig med mar-

ginalprisen på vegne af mindst et af værkerne, end den gennemsnitlige indkøbspris set på tværs af alle buddene, ligesom både medianprisen, minimumsprisen og maksimalprisen var lavere, når Effekthandel havde indmeldt et bud svarende til marginalprisen, end når Effekthandel ikke havde, ligesom de også var lavere end gennemsnittet. Samtlige andre datapunkter end det fremhævede af styrelsen viser altså, at Effekthandel og de 49 værker ikke har påvirket prisen i opadgående retning.

13.5.3. Skønsmandens konklusion på marginalprisanalyserne

I sin besvarelse af spørgsmål 21 (SE-B4, s. 1708) har skønsmanden sat lighedstegn mellem bud til marginalprisen og påvirkning af priserne og konkluderet følgende:

> *I december 2021 bød 579 timer og i marts 2022 i 262 timer mindst et af værkerne, der havde et samarbejde med Effekthandel, ind til marginalprisen. Dermed var værkerne i disse timer prisdanner på mFRR. Alt andet lige har de værker, der havde et samarbejde med Effekthandel, dermed været årsag til at Energinet har haft øgede omkostninger i december 2021 og marts 2022.*
>
> *Men jeg mener ikke at alt andet er lige. Som jeg oplevede det, var Effekthandel medvirkende til at flere værker begyndte at deltage i mFRR. Således kan man ikke udelukke at hvis disse flere værker ikke var begyndt at deltage i mFRR, kunne det være dyrere enheder, der ville blive prisdanner og dermed ville Energinet have haft øgede omkostninger i disse timer i december 2021 og marts 2022. Det er kun Energinet der har kendskab til om der var dyrere enheder der i disse gav bud.*

Selvom skønsmanden umiddelbart konkluderer, at Effekthandel og de 49 værker har medført, at Energinet har haft højere omkostninger i december 2021 og marts 2022, fremgår det også, at det ikke kan udelukkes, at priserne ville have været endnu højere, såfremt Effekthandel og de 49 værker ikke havde aftaler med hinanden. Det kan derfor på baggrund af de foretagne analyser af indmeldte bud ikke konkluderes, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har medført, at Energinets omkostninger har været højere, end de ellers ville have været.

Sammenfattende om skønsmandens besvarelse af spørgsmål 17 (SE-B4, s. 1701-1702), spørgsmål 18 (SE-B4, s. 1704-1706), spørgsmål 20 (SE-B4, s. 1707) og spørgsmål 21 (SE-B4, s. 1708) gør Varmeværkerne således gældende, at beregningerne i skønserklæringen ikke dokumenterer, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har medført, at Energinet har afholdt hø- jere omkostninger til indkøb af reservekapacitet i Vestdanmark (DK1). Tværtimod indikerer beregningerne, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har reduceret Energinets indkøbspriser, hvilket da også svarer til skønsmandens opfattelse, jf. besvarelsen af spørgsmål 21 (SE-B4, s. 1708).

13.6. Ad styrelsens stikprøver og marginalprisanalyser foretaget i forbindelse med retssagerne

Styrelsen har udarbejdet en oversigt (SE-B4, s. 1651-1653) over, hvor mange dage og timer, der mangler buddata for det enkelte værk i den periode, hvor det enkelte værk havde en aftale med Effekthandel. Varmeværkerne har ikke verificeret oversigten og kan derfor hverken be- eller afkræfte oversigten. Varmeværkerne er dog enige i, at der kan være en større andel af den periode, hvor det enkelte værk havde en aftale med Effekthandel, hvor der ikke er fremlagt buddata. Varmeværkerne bemærker dog, at for de pågældende analyser for december 2021 og marts 2022 er der næsten fremlagt et komplet buddatasæt, jf. afsnit 13.5.1-13.5.2 ovenfor.

Derudover bemærker Varmeværkerne – som også redegjort for i afsnit 12.2.4 – at Varmeværkerne ved alle midler har forsøgt at indhente de pågældende buddata, og at det skal tillægges processuel skadevirkning for styrelsen, at styrelsen ikke har villet indhente og fremlægge de pågældende data. Dertil kommer, at det er styrelsen, der skal dokumentere, at Varmeværkerne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42), og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158). Det er ikke Varmeværkerne, der skal dokumentere, at de ikke har overtrådt konkurrencereglerne, men derimod myndigheden, der skal tilvejebringe så korrekte og tilstrækkelige oplysninger til at træffe en materielt rigtig afgørelse (M-B2, s. 744). Det kan derfor ikke komme Varmeværkerne til skade, at de på- gældende buddata ikke er fremlagt i sagen.

Varmeværkerne bemærker, at styrelsen i tabel D og tabel G (SE-B4, s. 1659 og 1661) har foretaget beregninger af marginalpriserne sammenholdt med Effekthandels indmeldte bud i januar 2022 og maj 2022, idet styrelsen ifølge eget udsagn har foretaget stikprøver af datasættet. Det er Varmeværkernes forståelse, at styrelsen ved foretagelse af disse stikprøver har afrundet til to decimaler.

Styrelsen har konkluderet på baggrund af sine stikprøver, at gennemsnitsprisen i januar 2022 var en anelse lavere i de timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen; at Effekthandel indmeldte en pris, der svarede til marginalprisen i 77 pct. af timerne; og at Effekthandel indmeldte den højeste accepterede marginalpris i den pågældende måned. Endvidere har styrelsen på baggrund af sine stikprøver konkluderet, at gennemsnitsprisen i maj 2022 var en anelse højere i de timer, hvor Effekthandel indmeldte en pris, der var lig med marginalprisen; at Effekthandel indmeldte en pris, der er lig med marginalprisen i 42 pct. af timerne; og at Effekthandel bød den højeste accepterede marginalpris i den pågældende måned.

Varmeværkerne bemærker, at styrelsen imidlertid ikke har fremhævet i sin konklusion, at både medianindkøbspriserne og minimumsindkøbspriserne var lavere eller i hvert fald på niveau med median- og minimumsind-

købspriserne i de timer, hvor Effekthandel ikke indmeldte en pris, der var lig med marginalpris samt i alle timerne samlet set.

De af styrelsen foretagne beregninger viser således *ikke*, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har medført højere priser, end hvis Effekthandel ikke havde haft aftaler med de 49 værker. Beregningerne viser blot, at man i de pågældende måneder ikke har tilstrækkeligt data til at konkludere, om aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har medført højere eller lavere priser, for styrelsen har ikke dokumenteret, hvordan priserne ville have set ud i det kontrafaktiske scenarie, hvor Effekthandel og de 49 værker ikke havde indgået aftaler. Dette synes også at være styrelsens holdning, jf. processkrift B om syn og skøn, s. 18 sidste afsnit (SE-B1, s. 444), hvor styrelsen har angivet, at Varmeværkernes beregninger og de stillede spørgsmål til skønsmanden kan sige noget overordnet om nogle tendenser – hvilket Varmeværkerne med det gennemførte syn og skøn har forsøgt at gøre – men at det ikke udgør retvisende fakta for den udviste adfærd og slet ikke kan bruges til at lave detaljerede kontrafaktiske analyser af, hvorvidt priserne i mFRR-kapacitetsauktionen i Vestdanmark (DK1) ville have været højere eller lavere, såfremt aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke havde eksisteret. Dette vil ifølge styrelsen – hvilket Varmeværkerne er enige i – kræve et mere fyldestgørende datagrundlag. Samme synspunkt gentages af styrelsen i samme processkrift på s. 25 (SEB1, s. 451), hvor styrelsen har angivet, at marginalprisanalyserne aldrig vil kunne tegne et retvisende billede af puljeordningens effekter på markedet, og at dataene (kun) kan bruges til at gøre sig nogle overordnede betragtninger om aftalernes potentielle effekter.

Endelig bemærker Varmeværkerne, at styrelsen blandt andet i processkrift B om syn og skøn, s. 21 nederst (SE-B4, s. 447), gør gældende, at Effekthandel også kunne påvirke konkurrencen i form af højere marginalpriser uden rent faktisk at byde marginalprisen. Styrelsen angiver, at et værk kunne "*agere som prispresser, selv om det ikke fik accepteret sit bud (det vil sige tilfælde, hvor Effekthandel satte en pris for værkets kapacitet, der var højere end clearingprisen)*". Styrelsen er med andre ord af den opfattelse, at Effekthandel har kunnet påvirke marginalprisen ved at byde over marginalprisen.

Dette er ikke korrekt. Når øvrige aktører på markedet ikke kan se de bud, som Effekthandel har meldt ind som "prispressere", gives der intet signal til markedet om, at marginalprisen bør ligge på et højere niveau. Bud over marginalprisen medfører blot, at de 49 værker ikke fik accepteret deres bud. Dette støttes da også af Kommissionens afgørelse i *Fortum – Uniper*, pkt. 348-357 (M-B2, s. 692f.), hvor Kommissionen finder, at den manglende gennemsigtighed ved auktionerne på mFRR medfører, at der ikke vil ske nogen stiltiende koordinering af bud på tværs af aktørerne. Der henvises i øvrigt til skønsmandens besvarelse af spørgsmål IE (SE-B4, s. 1714), hvor skønsmanden angiver at "[e]*t bud, der er højere end clearingprisen, kan IKKE have haft indflydelse på denne.*" Skønsmanden angiver således også, at Effekt-

handel ikke har kunnet påvirke konkurrencen i form af højere priser ved at indmelde bud, der var højere end marginalprisen.

13.7. Kontrafaktisk analyse

Endelig kunne styrelsen for at undersøge, om aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker havde påvirket priserne på mFRR, have analyseret det kontrafaktiske scenarie, hvor Effekthandel ikke havde indgået aftaler med de 49 værker. Sådanne analyser er helt sædvanlige i sager om eventuel overtrædelse af konkurrencereglerne, hvor man på baggrund af – i dette tilfælde – buddata ville kunne have udregnet, hvordan Energinets indkøbspriser ville have set ud, så- fremt Effekthandel og de 49 værker ikke havde indgået aftaler. Man vil således på baggrund af øvrige aktørers bud og en forventning om det enkelte værks bud, såfremt det ikke havde indgået en aftale med Effekthandel (og såfremt værket overhovedet ville have indmeldt bud), have kunnet beregne, hvad marginalpriserne ville blive i den enkelte time i det kontrafaktiske scenarie. Man ville på den baggrund kunne konkludere, om Energinets priser var højere eller lavere i det kontrafaktiske scenarie end i det scenarie, hvor Effekthandel indmeldte priser på vegne af de 49 værker.

Uden de pågældende analyser er det imidlertid ikke muligt at konkludere, hvad prisniveauet ville have været, såfremt Effekthandel ikke havde indmeldt priser på vegne af de 49 værker, hvilket styrelsen som nævnt i forrige afsnit er enige i, jf. processkrift B om syn og skøn, s. 18 nederst og s. 25 øverst (SE-B1, s. 444 og 451). Selvom Effekthandel måtte have budt den højeste pris i eksempelvis januar 2022 og maj 2022, som styrelsen har anført i tabel D og tabel G (SE-B4, s. 1659 og 1661), siger denne oplysning i sig selv imidlertid intet om, hvorvidt aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har begrænset konkurrencen. Det kan således tænkes, at de maksimale priser havde været endnu højere, såfremt aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke var til stede. Det samme kan være tilfældet for de to datoer den 2. og 8. december 2020, der fremgik af Energinets klage (FE-B1, s. 340). Det er således i sagerne ikke dokumenteret, at Energinets indkøbspriser de pågældende to dage var højere, end de ville have været, såfremt Effekthandel ikke indmeldte priser på vegne af de 49 værker.

Ovenstående synspunkt støttes i øvrigt af skønsmanden, der i sin besvarelse af spørgsmål 21 (SE-B4, s. 1708) angiver, at selvom Effekthandel har indmeldt marginalpriserne, kunne det være dyrere aktører, der havde fået deres bud accepteret, såfremt Effekthandel ikke havde indmeldt bud på vegne af de 49 værker, ligesom skønsmanden angiver, at det kun er Energinet, der er i besiddelse af de nødvendige data for at konkludere, hvordan priserne ville have set ud – og med andre ord om aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker havde negative effekter på konkurrencen.

Varmeværkerne har som nævnt forsøgt at indhente den nødvendige data med ethvert tænkeligt middel for at kunne foretage sådanne analyser, da

det er Varmeværkernes opfattelse, at sådanne analyser burde være foretaget. Det burde de navnlig, når afgørelserne i øvrigt ikke indeholder tilstrækkelige undersøgelser til med sikkerhed at kunne dokumentere, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker *kunne* begrænse konkurrencen. Både Energinet og styrelsen har imidlertid modarbejdet indhentelsen af disse data. Som konsekvens heraf må det processuelt lægges til grund, at de pågældende analyser ikke ville have vist, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker medførte højere priser.

13.8. Sammenfattende om Varmeværkernes femte hovedanbringende

Sammenfattende gør Varmeværkerne gældende, at ingen af de undersøgelser og analyser, som Varmeværkerne og skønsmanden har foretaget understøtter, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker faktisk begrænsede konkurrencen. Der har derfor heller ikke har været et grundlag for en "til formåls"-afgørelse.

Varmeværkerne gør samtidig gældende, at der ikke er fremlagt tilstrækkeligt data til at konkludere, at priserne ville have været lavere, hvis Effekthandel ikke havde indgået aftaler med de 49 værker. Det må tillægges processuel skadevirkning for styrelsen, at styrelsen ikke har ville bistå med at indhente data fra Energinet. Det skal lægges til grund, at det *ikke* er dokumenteret, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har begrænset konkurrencen.

Varmeværkerne bemærker i den forbindelse, at det er styrelsen, der skal dokumentere, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har haft til formål eller til følge af begrænse konkurrencen (M-B2, s. 744). Varmeværkerne skal med andre ord ikke bevise, at de ikke har gjort noget ulovligt, jf. også bevisbyrdebestemmelsen i artikel 2 i forordning 1/2003 (M-B1, s. 164) og uskyldsformodningen i EU's charter om grundlæggende rettigheder artikel 48, stk. 1 (M B1, s. 221), og EU-Domstolens henvisning hertil f.eks. i afgørelsen af 8. juli 1999 i sag C-199/92 P, *Hüls mod Kommissionen*, præmis 149-150 (M-B1, s. 298). Dertil kommer, at uskyldsformodningen tillige fremgår af den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 2 (M-B3, s. 1034f.), der også gælder ved civile bøder, jf. lovforslag som fremsat nr. 116 af 9. december 2020, side 67-69 (M-B3, s. 970ff.).

Som konsekvens heraf har aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke haft "til følge" at overtræde konkurrencen. Dertil kommer, at det forhold, at der ikke har været konkurrencebegrænsende følger indikerer, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke har haft "til formål" at begrænse konkurrencen, da man alt andet lige burde have set konkurrencebegrænsende følger, så- fremt aftalerne *kunne* begrænse konkurrencen.

Som konsekvens heraf har Varmeværkerne ikke handlet i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42), og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158), ved at indgå de pågældende aftaler med Effekthandel. Konkurrence-

rådets afgørelser savner derfor hjemmel, hvorfor der foreligger en væsentlig retlig fejl, der skal medføre, at Konkurrencerådets afgørelser principalt skal ophæves, subsidiært hjemvises.

14. <u>Sjette hovedanbringende</u>: Aftalerne var undtaget efter bagatelreglen

Varmeværkerne gør gældende, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42), da aftalerne er omfattet af konkurrencelovens § 7, stk. 1 (M-B1, s. 42).

Det fremgår af konkurrencelovens § 7, stk. 1 (M-B1, s. 42), at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42), ikke gælder for aftaler, såfremt de deltagende virksomheders samlede markedsandel ikke overstiger 10 pct. på noget berørt marked, der er omfattet af aftalen, når denne er indgået mellem virksomheder, der er aktuelle eller potentielle konkurrenter, det vil sige når der er tale om horisontale aftaler.

Det fremgår af skønsmandens besvarelse af spørgsmål 2 (SE-B4, s. 1681), at kapaciteten på det totale udbud af mFRR-kapacitet i Vestdanmark (DK1) efter skønsmandens vurdering udgør 5.566 MW. Et marked for salg af mFRR-kapacitet i Vestdanmark (DK1) udgør både produktmæssigt og markedsmæssigt den snævrest mulige markedsafgrænsning, ligesom det også er det eneste marked, der kan blive berørt af aftalerne.

De 49 værkers samlede kapacitet er af Varmeværkerne opgjort til mellem 26- 223 MW (SE-B4, s. 1497) i det tidsrum, hvor det enkelte værk havde en aftale med Effekthandel. Dette svarer til, at de 49 værkers samlede markedsandel udgjorde mellem 0,5-4,0 pct., såfremt der ikke tages højde for de 300 MW mFRR-kapacitet, som indkøbes fra Østdanmark (DK2).

De 49 værkers samlede markedsandel var dermed betragteligt under grænsen på de 10 pct. på det snævrest mulige marked, der kunne være berørt af aftalerne.

Dette har samtidig også som konsekvens, at aftalerne ikke er omfattet af TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158), da aftalerne ikke mærkbart kan påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne, jf. Kommissionens meddelelse af 27. april 2004 om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82, pkt. 53 og 54 (M-B1, s. 203), hvor det fremgår, at aftaler alene kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater, såfremt parternes samlede markedsandel på det relevante marked overstiger 5 pct., og de deltagende virksomheder har en samlet årlig omsætning på det relevante marked på over 40 mio. EUR. De 49 værker havde ikke en samlet årlig omsætning på det relevante marked, der oversteg 40 mio. EUR (SE-B4, s. 1619).

Det fremgår af konkurrencelovens § 7, stk. 3 (M-B1, s. 42), at bagatelreglen i konkurrencelovens § 7, stk. 1 (M-B1, s. 42), ikke finder anvendelse, såfremt de pågældende aftaler havde til formål at begrænse konkurrencen. Som redegjort for i Varmeværkernes første til sjette hovedanbringende havde aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker *ikke* til formål at begrænse konkurrencen.

Sammenfattende gør Varmeværkerne derfor gældende, at aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker ikke er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42) eller TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158). Som følge heraf skal Konkurrencerådets afgørelser ophæves.

15. Syvende hovedanbringende: Aftalerne medførte betydelige effektivitetsgevinster

Selv hvis retten måtte finde, at der forelå det fornødne grundlag for at træffe en afgørelse om overtrædelse af konkurrenceloven § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42) og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158), gør Varmeværkerne gældende at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler ikke finder anvendelse, fordi aftalerne i øvrigt har medvirket til en effektiv konkurrence, jf. konkurrencelovens § 8 (M-B1, s. 43) og TEUF artikel 101, stk. 3 (M-B1, s. 158f.).

Af konkurrencelovens § 8, stk. 1 (M-B1, s. 43), fremgår, at forbuddet i § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42), ikke finder anvendelse, hvis følgende fire betingelser er opfyldte i forhold til de konkrete aftaler:

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

Tilsvarende fremgår af TEUF artikel 101, stk. 3 (M-B1, s. 158f.).

Efter § 8, stk. 2 (M-B1, s. 43), kan styrelsen fritage aftaler fra forbuddet i § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42), hvis styrelsen skønner, at betingelserne i § 8, stk. 1 er opfyldte. Det er ikke en betingelse for fritagelse, at der er sket en forudgående anmeldelse samt vurdering af, om aftalerne er fritaget for forbuddet.

Energinet har over en længere periode oplyst, at Energinet har behov for mere reservekapacitet. Dette skal ses som led i den grønne omstilling, hvor f.eks. den øgede stigning i elektricitet produceret via vindkraft og solceller har medført, at der er større udsving i elproduktionen afhængig af vejret.

Samtidig er mange centrale kraftvarmeværker baseret på kul lukket ned eller meget gamle. Dette medfører et øget behov for reservekapacitet eksempelvis i tilfælde af en forsinket vindfront eller havari på et varmeværk. I 2010 fremgik det eksempelvis af Energinets Strategiplan 2010, s. 20 (SE-B3, s. 1012), at det er et væsentligt initiativ for Energinet at få mindre enheder til at bidrage med regulerkraft. Energinet har altså et ønske om at flere mindre aktører, såsom eksempelvis varmeværker, skal stille mere kapacitet til rådighed på de decentrale naturgasfyrede kraftvarmeværker for at dække det øgede behov for reservekapacitet. Det samme fremgår af Energinets Strategiplan 2012, s. 21 (SE-B3, s. 1023).

Varmeværkernes decentrale naturgasfyrede kraftvarmeværker er for de fleste anlæg afskrevet, da de mere end 30 år gamle. Efter § 2, stk. 1 i varmeforsyningslovens og afskrivningsbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 1738, 2024) må anlæggene maksimalt afskrives over 30 år. Varmeværkerne har dog valgt at beholde anlæggene som spids- og reservelastanlæg i sammenhæng med Varmeværkernes øvrige varmeproduktionsanlæg samt akkumuleringstanke. Varmeværkerne har en forsyningspligt i forhold til de tilsluttede varmeforbrugere og har brug for fuld redundans, hvis et eller flere af den andre varmeproduktionsanlæg havarerer.

I takt med at Varmeværkerne efter grundbeløbets bortfald fik bygget mange andre varmeproducerende anlæg til erstatning for de naturgasfyrede kraftvarmeværker og dermed også anden spids- og reservelastkapacitet overvejede varmeværkerne at skrotte de gamle kraftvarmeværker. Som eksempel henvises til bestyrelsesmødereferat fra Bredebro Varmeværk A.m.b.a. fra henholdsvis den 2. februar 2019 og 13. juni 2019 (SE-B3, s. 1041 og 1043). Det fremgår heraf, at bestyrelsen i varmeværket overvejede at bortskaffe deres gasmotor med henblik på at spare de løbende basis- og driftsomkostninger. Der kan også henvises til formandsberetning fra generalforsamlingen i Skærbæk Fjernvarme A.m.b.a. for henholdsvis 2017/2018 og beretning for 1. juni 2018 til 31. december 2018 (SE-B3, s. 1037 og 1039), hvoraf fremgår, at værket efter 2020 ville kunne blive nødt til at udfase gasmotorerne på grund af dårlig økonomi, hvis der ikke kom en ny form for rådighedsbetaling som substitut for grundbeløbet.

Som anført af Energinet, var det også Energinets forventning, at flere værkejere ville udtræde af markedet (FE-B1, s. 338). Dette oplyses også af Effekthandel i mail af 20. januar 2020 til nogle af Varmeværkerne (FE-B1, s. 504), hvor Finn Grønkjær skriver, at mange giver udtryk for, at de er i tvivl om, hvorvidt de ønsker at beholde deres motorer. Aftalerne mellem Effekthandel og de 49 værker har dermed – udover at bidrage til ny kapacitet på markedet – også bidraget til, at den allerede eksisterende kapacitet på markedet blev bibeholdt, idet denne ellers ville være blevet "lukket" i takt med, at Varmeværkerne fik etableret anden spids- og reservelastkapacitet til fjernvarmenettet i form af elkedler m.v.

Som beskrevet udgør produktion og indmelding af bud på mFRR en begrænset biydelse for Varmeværkerne. Varmeværkerne tilrettelægger deres varmeproduktion ud fra aftaget af varme og varmeproduktionsprisen på deres forskellige varmeproduktionsanlæg og mulig indtjening ved salg til elmarkedet i tilfælde af kraftvarmeproduktion. Varmeværkerne har hver især dermed kun en ganske begrænset kapacitet til at levere reservekapacitet (SE-B4. s. 1421). Varmeværkerne opnår derfor også kun en ganske beskeden omsætning ved salg af mFRR, jf. eksempelvis SE-B4, s. 1619. De 41 de værker vil eksempelvis aldrig vælge at producere varmen en kold dag på det gasfyrede kraftvarmeværk, når værket også har en varmepumpe eller elkedel stående, der kan producere varmen billigere. På samme måde vil Varmeværkerne aldrig vælge at producere kraftvarmeværket en varm sommerdag, når forbrugerne ikke aftager varme i fjernvarmenettet, medmindre prisen for el og mFRR var meget høj.

Varmeværkerne har kun begrænsede ressourcer til rådighed. Varmeværkerne har typisk kun 1-4 medarbejdere omfattende en driftsleder/direktør, driftsmedarbejder(e) og bogholder, hvilket skal kombineres med det faktum, at der er tale om en omfattende opgave, hvor Varmeværkerne i løbet af en halv time hver eneste dag mellem kl. 09.00-09.30 skal indmelde deres bud på tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1) for hvert enkelt af de 24 timer. Desuden er det en ganske vanskelig opgave at udregne sin rådighedspris. Faktum er derfor, at mange af Varmeværkerne ikke havde de nødvendige ressourcer eller kompetencer til at indmelde bud på reservekapacitet i Vestdanmark (DK1).

Nogle af Varmeværkerne bød ind med samme budmængde før, under og efter aftalen med Effekthandel, men vil ofte før aftalen med Effekthandel have budt ind med en "tilfældig" pris, som ikke nødvendigvis var baseret på beregninger af, hvad reservekapacitet reelt kostede værket. En del af Varmeværkerne har dog før aftalen med Effekthandel helt undladt at byde ind med mFRR, eller budt ind mere eller mindre sporadisk og i små mængder. For en del af Varmeværkernes vedkommende har samarbejdet med Effekthandel altså styrket udbuddet, fordi varmeværkerne rent faktisk har budt ind på markedet samt budt ind med mængder, der har styrket konkurrencen og samtidig bidraget til at sikre forsyningssikkerheden på elmarkedet. Dette fremgår også af skønsmandens besvarelse af spørgsmål 21 (SE-B4, s. 1708), hvor det fremgår, at Effekthandel medvirkede til, at flere værker begyndte at deltage i markedet for salg af mFRR i Vestdanmark (DK1) til Energinet.

Et større udbud vil alt andet lige – selv når det skete via Effekthandel – medføre lavere priser, da den øgede kapacitet medfører, at der kommer en større priskonkurrence. Varmeværkerne bemærker, at Effekthandel ikke puljede Varmeværkernes kapacitet, men at Effekthandel indmeldte bud på vegne af det enkelte værk. Dermed var realiteten også, at Energinet accepterede buddene fra de værker, der havde indmeldt den laveste pris, først, og at Energinet således i praksis kun accepterede "de lave" bud. Dette støt-

tes også af de analyser, som Varmeværkerne har foretaget ovenfor i afsnit 13, hvor analyserne indikerer, at aftalerne reelt har medført lavere priser, ligesom det støttes af skønsmandens besvarelse af spørgsmål 21 (SE-B4, s. 1708), hvor skønsmanden har anført, at hvis Effekthandel ikke havde indmeldt priser på vegne af Varmeværkerne, kunne der være andre aktører, der ville være blevet prisdannere, og at Energinet som konsekvens heraf ville have haft højere omkostninger.

I forlængelse af ovenstående gør Varmeværkerne gældende, at den første betingelse om, at aftalerne mellem Effekthandel og Varmeværkerne skulle bidrage til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling, er opfyldt.

Energinet opererede i medfør af den dagældende elforsyningslovs § 71 efter et hvile-i-sig-selv-princip, hvilket medfører, at Energinet ikke måtte tjene penge. De besparelser i form af det øgede udbud på mFRR, som Energinet opnåede qua aftalerne mellem Effekthandel og Varmeværkerne, skulle altså overvæltes én til én i forhold til elforbrugerne.

Varmeværkerne er også omfattet af et hvile-i-sig-selv-princip, jf. varmeforsyningslovens prisregulering i kapitel 4 (M-B1, s. 64). Det betyder, at den indtjening, som Varmeværkerne måtte have genereret ved at sælge reservekapacitet via ordningen med Effekthandel, én til én er blevet viderebragt til forbrugerne ved, at indtægterne blev indregnet i varmeprisen. Indtjeningen på salg af mFRR er således blevet brugt til at nedbringe varmeprisen til fordel for forbrugerne.

Den anden betingelse om, at forbrugerne skal sikres en rimelig andel af fordelene ved aftalerne mellem Effekthandel og Energinet, er derfor utvivlsomt opfyldt.

Med hensyn til den tredje betingelse ses aftalerne ikke at have pålagt Varmeværkerne begrænsninger, som var unødvendige for at opnå formålet. Aftalerne pålagde således ikke Varmeværkerne at indmelde kapacitet, idet det enkelte værk selv skulle beslutte, hvor stor en kapacitet (om nogen), der skulle indmeldes. Den eneste begrænsning var således, at hvis værket ønskede at indmelde kapacitet, skulle det være Effekthandel, der skulle stå for det. Denne begrænsning er nødvendig, da det i praksis ikke kunne fungere, at både Effekthandel og det enkelte værk indmeldte en pris for den samme kapacitet, da al kapacitet i praksis indmeldes via det samme IT-system.

Dertil kommer, at Effekthandel heller ikke har gennemført unødvendige begrænsninger ved eksempelvis at pulje værkernes bud eller at aftale med værkerne, hvilken "fælles pris", Effekthandel skulle indmelde.

Varmeværkerne gør på den baggrund gældende, at den tredje betingelse om, at aftalerne ikke måtte pålægge værkerne begrænsninger, som var unødvendige for at nå målet om at øge kapaciteten, er opfyldt.

Endelig bemærker Varmeværkerne som også redegjort for i afsnit 11.3 og 12.2.2, at Varmeværkerne kun besidder en meget lille andel af det samlede udbud af reservekapacitet på under 5 pct., hvilket medfører, at Energinet altid kan indkøbe reservekapacitet fra andre end værkerne, ligesom værkerne aldrig bliver en uomgængelig samhandelspartner. Selv uden værkerne, ville Energinet kunne indkøbe den nødvendige reservekapacitet.

På den baggrund gør Varmeværkerne gældende, at den fjerde betingelse om, at aftalerne mellem Effekthandel og Varmeværkerne ikke måtte give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del Energinets indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1), er opfyldt.

Sammenfattende gør Varmeværkerne således gældende, at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42) og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158), ikke finder anvendelse, fordi aftalerne i øvrigt har medvirket til en effektiv konkurrence, jf. konkurrencelovens § 8 (M-B1, s. 43) og TEUF artikel 101, stk. 3 (M-B1, s. 158 f.).

16. Anbringender til støtte for påstandene om frifindelse

16.1. Overordnede bemærkninger

Overfor styrelsens bødepåstande nedlægger Varmeværkerne påstand om frifindelse, subsidiært nedsættelse.

Til støtte for påstanden om frifindelse påberåber Varmeværkerne sig de samme anbringender, der er anført til støtte for, at Konkurrencerådets afgørelser af 5. oktober 2023 (FE-B1, s. 17) skal ophæves eller hjemvises (afsnit 9-15).

Derudover gør Varmeværkerne gældende, at Varmeværkerne ikke har handlet uagtsomt eller forsætligt, og at der derfor heller ikke er hjemmel til at pålægge Varmeværkerne bøder (16.4).

Hvis retten finder, at Varmeværkerne har handlet uagtsomt eller forsætligt, gør Varmeværkerne gældende, at der foreligger vægtige formildende omstændigheder, der må føre til, at bøderne nedsættes til 0 kr., eller til et af retten fastsat lavere beløb i forhold til de nedlagte bødepåstande (afsnit 16.5).

Varmeværkerne gør også gældende, at der ikke er taget højde for, at Varmeværkerne er underlagt prisregulering i varmeforsyningsloven, der gør, at de ikke vil kunne betale bøderne (afsnit 16.7). Herudover er bøderne ikke udregnet i overensstemmelse med retningslinjerne for bødeudmåling (af-

snit 16.8). Disse forhold må ligeledes føre til, at bødernes nedsættes til 0 kr., eller til et af retten fastsat lavere beløb i forhold til de nedlagte bødepåstande.

6.2. Retsgrundlaget – de nye bødeudmålingsregler

Efter konkurrencelovens § 23, stk. 1 (M-B3, s. 928), kan en virksomhed pålægges en civil bøde, hvis den forsætligt eller uagtsomt overtræder konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42).

Efter konkurrencelovens § 23 b, stk. 1 (M-B3, s. 930), skal der ved udmåling af bøder tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed, og der skal tages hensyn til den pågældende virksomheds koncernomsætning på verdensplan i det regnskabsår, der går forud for afgørelsen. Det fremgår også, at bøderne skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning.

Erhvervsministeriet fremsatte i februar 2024 et lovforslag om ændring af konkurrenceloven, jf. lovforslag nr. 121 som fremsat den 28. februar 2024 (M-B3, s. 993). Loven blev vedtaget den 21. maj 2024 og trådte i kraft den 1. juli 2024 (M-B3, s. 922). Loven indeholder ikke en ny formulering af konkurrencelovens bestemmelser om bødeudmåling. Det fremgår dog af lovforslagets bemærkninger til § 1, nr. 19, at principperne for beregning af bøder for overtrædelse af blandt andet konkurrencelovens § 6, stk. 1, ændres, så de fremover skal afspejle Kommissionens retningslinjer for bødeudmåling (M-B3, s. 1002).

Lovforslaget indeholder en redegørelse for de hidtil gældende regler i afsnit 2.3.1 (M-B3, s. 996) og Kommissionens bødeberegning i afsnit 2.3.3 (M-B3, s. 997, jf. herved også Kommissionens retningslinjer for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a) i forordning nr. 1/2003 (2006/C 210/02), (M-B3, s. 1017). Det fremgår, at bøden fremover skal fastsættes ud fra et grundbeløb, der tager udgangspunkt i "afsætningens værdi" (M-B3, s. 998 og M-B3, s. 1018). Det fremgår, at "afsætningens værdi" skal forstås som virksomhedens omsætning af varer eller tjenesteydelser, der er direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen (M-B3, s. 998 og M-B3, s. 1018). Videre fremgår det, at der efter Kommissionens retningslinjer for bødeudmåling skal fastsættes, hvor stor en procentdel af afsætningens værdi, der skal inddrages ved fastsættelsen af grundbeløbet (M-B3, s. 998 og M-B3, s. 1018). Hvilken procentdel afhænger af overtrædelsens grovhed (M-B3, s. 998 og M-B3, s. 1018). Procentdelen kan udgøre op til 30 pct (M-B3, s. 998 og M-B3, s. 1018). Det fremgår af Kommissionens retningslinjers pkt. 22 (M-B3, s. 1018), at der ved fastsættelsen af denne procentsats vil skulle tages hensyn til en række faktorer såsom overtrædelsens art, virksomhedernes samlede markedsandel, overtrædelsens geografiske udstrækning og spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen blev udmøntet i praksis eller ej.

Herefter fremgår det af Kommissionens retningslinjer, at grundbeløbet skal ganges med den periode, som overtrædelsen har fundet sted (M-B3, s. 998 og MB3, s. 1018).

Videre fremgår det, at afsætningens værdi kan forhøjes med mellem 15-25 pct. med henblik på, at bøden skal have en afskrækkende effekt, hvilket eksempelvis kan ske i tilfælde af horisontale aftaler om prisfastsættelse, markedsdeling og begrænsning af produktion (M-B3, s. 998 og M-B3, s. 1018). Denne procentsats vil efter Kommissionens praksis blive fastsat til den samme procentsats som grundbeløbets procentsats, medmindre denne ligger uden for rammen på de 15-25 pct. Det er Varmeværkernes forståelse, at dette svarer til det, styrelsen benævner "entry fee".

Videre fremgår det af retningslinjerne, at bøden vil kunne forhøjes eller nedsættes i tilfælde af skærpende henholdsvis formildende omstændigheder (M-B3, s. 998 og M-B3, s. 1019). Dette er også gældende retstilstand i medfør af konkurrencelovens § 23 b, stk. 2 og 3 (M-B3, s. 930).

Det fremgår også af retningslinjerne, at bøderne i tilfælde af, at virksomheden har en særligt stor omsætning udover den omsætning, der indgår i afsætningens værdi eller med henblik på, at bøden overstiger gevinsten ved overtrædelsen, vil kunne forhøje bøden (M-B3, s. 998 og M-B3, s. 1019). Det er Varmeværkernes forståelse, at dette svarer til det, styrelsen benævner "tillæg for afskrækkende virkning".

Herudover fremgår det af retningslinjerne, at en bøde under ingen omstændigheder må overstige 10 pct. af virksomhedens samlede omsætning i det forudgående regnskabsår (M-B3, s. 998 og M-B3, s. 1019). Dette følger også af hidtil gældende lovgivning, jf. konkurrencelovens § 23 b, stk. 4 (M-B3, s. 931 M-B3, s. 1019). Ved styrelsens oprindelige bødepåstande var der ikke taget højde herfor, men Varmeværkerne har ved en gennemgang styrelsens nye bødepåstande i processkrifterne om bødepåstand af den 11.-25. april 2025 (SE-B2, s. 501, 513, 525, 537 og 549) og 9. juli 2025 (SE-B2, s. 831, 849, 867, 885 og 903) konstateret, at ingen af bøderne overstiger 10 pct. af Varmeværkernes omsætning i 2023 med undtagelse af bøden til Ø Brønderslev Fjernvarmeværk.

Endelig fremgår det af retningslinjerne, at der under særlige omstændigheder kan tages hensyn til en virksomheds manglende betalingsevne (M-B3, s. 998 og M-B3, s. 1019).

Selvom lovændringen først trådte i kraft den 1. juli 2024, er parterne enige om, at Varmeværkernes eventuelle bøder skal udregnes efter de nye bødeudmålingsregler (det vil sige efter Kommissionens retningslinjer), i det omfang reglerne vil føre til lavere bøder for Varmeværkerne, jf. EU's charter om grundlæggende rettigheder, artikel 49 (M-B3, s. 1028), og den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning af EMRK artikel 7 (M-B3, s.

1035), jf. afgørelse af 17. september 2009 (nr. 2) i sag 10249/03, *Scoppola mod Italien* (M-B3, s. 1287).

Styrelsen har på baggrund heraf fundet, at de nye bødeudmålingsregler medfører, at samtlige Varmeværkerne skal have udstedt signifikant lavere bøder end påstået i styrelsens svarskrifter, jf. processkrifterne om bødepåstand af den 11.-25. april 2025 (SE-B2, s. 501, 513, 525, 537 og 549) og af 9. juli 2025 (SEB2, s. 831, 849, 867, 885 og 903).

Varmeværkerne bemærker helt overordnet, at der uanset nedsættelserne fortsat er tale om meget høje bøder, der slet ikke står mål med det enkelte varmeværks omsætning hverken inden for tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1) eller generelt set.

Både i forbindelse med de oprindelige bødepåstande, men også i forbindelse med de nye bødepåstande, har styrelsen oplyst, at styrelsen ikke har taget højde for formildende omstændigheder i medfør af konkurrencelovens § 23 b, stk. 3 (M-B3, s. 931).

Varmeværkerne er uforstående overfor denne tilgang. Det er ikke i overensstemmelse med almindelige forvaltningsretlige principper om inddragelse af saglige hensyn og det pligtmæssige skøn samt målet om at nå frem til en materielt rigtige afgørelse, at styrelsen, ikke har fundet anledning til at udregne, hvad bødepåstandene reelt skal udgøre. Det virker tværtimod til, at styrelsen har udregnet de højest mulige bøder, og at styrelsen herefter vil lade det være op til Varmeværkerne at overbevise Sø- og Handelsretten om, hvor meget bøderne skal nedsættes.

Varmeværkerne gør gældende, at styrelsens bødepåstande – også de nyeste som fremsat den 9. juli 2025 – er alt for høje. Varmeværkerne gør principalt gældende, at de skal frifindes for påstandene, subsidiært at bøderne skal nedsættes til 0 kr., eller til et af retten fastsat lavere beløb i forhold til styrelsens nedlagte bødepåstande, jf. nærmere afsnittene nedenfor.

16.3. Særligt om Varmeværkerne i prøvesagerne

16.3.1. Overordnede bemærkninger

Før Varmeværkerne vil fremføre anbringenderne om, at Varmeværkerne ikke har handlet uagtsomt, samt at der foreligger vægtige formildende omstændigheder, vil vi først redegøre for særlige forhold vedrørende hvert af de fem Varmeværker i prøvesagerne, som Varmeværkerne mener bør inddrages i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt Varmeværkerne har ageret uagtsomt eller ved fastsættelsen af en eventuel bøde.
…

16.3.4. Hvide Sande Fjernvarme

Styrelsen har i processkrift A af 9. juli 2025 (SE-B2, s. 868) nedlagt en bødepåstand på 240.000 kr. overfor Hvide Sande Fjernvarme.

Hvide Sande Fjernvarme indgik aftale med Effekthandel den 22. september 2020 (FE-B2, s. 484). Aftalen blev underskrevet af Hvide Sande Fjernvarmes daværende driftsleder, Martin Halkjær Kristensen. Det fremgår af månedsopgørelserne (FE-B1, s. 231, SE-B3, s. 1071-1074 og s. 1093-1094 og SE-B4, s. 1615-1618), at Effekthandel påbegyndte indmeldinger på vegne af Hvide Sande Fjernvarme den 1. oktober 2020. Hvide Sande Fjernvarme opsagde aftalen med Effekthandel den 24. november 2020 (FE-B2, s. 608), det vil sige før styrelsen foretog kontrolundersøgelserne hos tre af de 49 værker og Effekthandel den 5. maj 2021.

Hvide Sande Fjernvarme er det Varmeværk, der har haft en aftale med Effekthandel i kortest tid (under 2 måneder).

I den periode, hvor Hvide Sande Fjernvarme havde en aftale med Effekthandel, omsatte Hvide Sande Fjernvarme for 208.410 kr. ved salg af mFRR til Energinet (SE-B3, s. 1619). Det fremgår af Hvide Sandes årsregnskab for år 2023, at Hvide Sande Fjernvarme i år 2023 havde en samlet nettoomsætning på ca. 31,8 mio. kr. (SE-B3, s. 1203). Af regnskabet fremgår i øvrigt ikke en særlig post for fri indskudskapital, hvorfor Hvide Sande Fjernvarme ikke har den særlige frie egenkapital, der kan anvendes til at betale en eventuel bøde med, jf. nærmere herom i afsnit 16.7 nedenfor.

Hvide Sande Fjernvarme er et af de mellemstore værker ud af de 49 værker, og har en produktionskapacitet, der kan bruges til tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1) på 7,5 MW (SE-B4, s. 1497). Dette forhold skal imidlertid ikke føre til noget særligt tillæg i forbindelse med bødeudmålingen, da der allerede er taget højde herfor i kraft af, at Hvide Sande Fjernvarme qua sin større produktionskapacitet også har haft en større omsætning i den periode, hvor Hvide Sande Fjernvarme har haft en aftale med Effekthandel.

Den 13. marts 2020 fremsendte Finn Grønkjær Effekthandels "sædvanlige informationspakke", herunder notatet fra advokat (FE-B1, s. 229) til Hvide Sande Fjernvarmes daværende driftsleder (FE-B1, s. 331). Som anført indgik Hvide Sande Fjernvarme aftale med Effekthandel den 22. september 2020 (FE-B2, s. 484).

Hvide Sande Fjernvarme havde i september 2020 syv ansatte svarende til tre årsværk. Der var tale om en driftsleder og driftsmedarbejdere, der stod for den daglige drift af værket.

Hvide Sande Fjernvarmes bestyrelse består af fem medlemmer. I september 2020 bestod bestyrelsen af følgende medlemmer:

- Henning Davidsen (formand) – Tidligere konsulent hos turistforeningen Holmsland Klit Turistforening og nu folkepensionist.
- Jytte Jespersen – Revisor.
- Søren Krogsgaard Sørensen – Teknik og Kvalitetsleder hos dyrefodervirksomheden Henne Pet Food A/S.
- Thomas Halkjær Kristensen – Head of Steel hos Hvide Sande Shipyard Steel and Service.
- Palle Thøgersen – Medejer og automekaniker hos Byens Autocenter A/S.

Ingen af Hvide Sande Fjernvarmes medarbejdere eller bestyrelsesmedlemmer havde en juridisk baggrund eller i øvrigt særlige forudsætninger for at vurdere, at notatet fra advokat
(FE-B1, s. 229) ikke skulle være korrekt.

Da Hvide Sande Fjernvarme indgik aftalen med Effekthandel, havde Hvide Sande Fjernvarme derfor en berettiget forventning om, at aftalen var i overensstemmelse med konkurrencereglerne, jf. nærmere nedenfor i afsnit 16.5.1.
…

16.4. Varmeværkerne har ikke handlet uagtsomt

16.4.1. Overordnede bemærkninger

Som angivet ovenfor er det en betingelse for at pålægge en civil bøde efter konkurrencelovens § 23, stk. 1 (M-B3, s. 928), at virksomheden som minimum har ageret uagtsomt.

Varmeværkerne gør gældende, at Varmeværkerne ikke har handlet uagtsomt – end ikke simpelt uagtsomt. Varmeværkerne har gjort alt, hvad man med rimelig kunne kræve, for at sikre, at aftalerne var i overensstemmelse med konkurrencereglerne (afsnit 16.4.2-16.4.3). Varmeværkerne har heller ikke haft en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen (afsnit 16.4.4). Hertil kommer ovenstående særlige karakteristika ved Varmeværkerne, der også understøtter, at Varmeværkerne har været i god tro og ikke har handlet uagtsomt (afsnit 16.3). Endelig gør Varmeværkerne gældende, at informationsmaterialet fra Effekthandel ikke kan føre til et andet resultat (afsnit 16.4.5).

16.4.2. Styrelsens vejledning af Finn Grønkjær og Varmeværkernes vurdering af notat af 30. august 2019

Inden Varmeværkerne indgik aftaler med Effekthandel, blev det nøje undersøgt, hvorvidt aftalerne var i overensstemmelse med konkurrencereglerne.

Som anført i afsnit 4.1 rakte Finn Grønkjær ud til styrelsen telefonisk samt med opfølgende mail den 7. juni 2019 (FE-B1, s. 223). Her beskrev Finn Grønkjær det setup, som Finn Grønkjær havde til hensigt at etablere, og som i det hele svarer til den model, som efterfølgende blev effektueret. Finn Grønkjær havde løbende drøftelser med styrelsen, men fik en endelig tilbagemelding på sin forespørgsel den 29. juli 2019 (FE-B1, s. 227). Det fremgår, at styrelsen vejledte Finn Grønkjær om, at det påtænkte setup var af en sådan kompleksitet, at styrelsen ikke uden omfattende undersøgelser kunne vejlede om spørgsmålet. Styrelsen anbefalede derfor Finn Grønkjær at søge rådgivning hos en ekstern advokat.

Finn Grønkjær kontaktede efter styrelsens vejledning
med henblik på at få en konkurrenceretlig vurdering af aftalerne. Dette skete efter specifik opfordring/krav fra nogle af de varmeværker, som Finn Grønkjær havde kontaktet først (FE-B1, s. 229). Det var afgørende for Varmeværkerne at få sikkerhed for, at aftalerne var lovlige.

er et større og velanset advokatkontor i Danmark, og den advokat, , der var ansvarlig for undersøgelserne, er partner og advokat med speciale i konkurrenceret.

udarbejdede som følge af Finn Grønkjærs henvendelse et notat af 30. august 2019 (FE-B1, s. 229). Konklusionen i notatet er utvetydig – aftalerne mellem Effekthandel og værkerne var lovlige:

> *På baggrund af det oplyste er det vurdering, at Effekthandels påtænkte setup ikke giver anledning til konkurrenceretlige betænkeligheder, særligt fordi aftalen mellem Effekthandel og elproducenterne vurderes at være en vertikal aftale.*

Det skal nævnes, at advokat havde modtaget eksempler på aftalerne med værkerne, hvor det blandt andet fremgår, at indtjeningen på mFRR skulle fordeles mellem de deltagende værker efter en fordelingsnøgle. Det fremgår også af notatet, at advokaten var bekendt med Effekthandels rolle som "mellemmand", at der var tale om flere elproducenter /værker, samt at Effekthandel fik en kommission på 15 %. Advokat var derfor velinformeret om setup'et og udarbejdede vurderingen på et oplyst grundlag.

Når styrelsen ikke havde påpeget betænkeligheder efter Finn Grønkjærs henvendelse, og når en partner og advokat med speciale i konkurrenceret fra et anerkendt advokatkontor ikke påpegede nogen betænkeligheder, men direkte vurderede, at aftalerne var lovlige, havde Varmeværkerne heller ikke grund til at have betænkeligheder i forhold til det tilbudte "produkt", som Effekthandel tilbudte. Det skal her erindres, at Varmeværkerne består af små organisationer uden juridiske kvalifikationer, ligesom markedet for mFRR er særpræget og kun udgør en begrænset biaktivitet i forhold til Varmeværkernes kerneopgave. Hertil kommer at Finn Grønkjær – i

modsætning til Varmeværkerne – havde mange års erfaring og stort kendskab til markedet samt af en af de største og væsentligste aktører på markedet for mFRR, , heller ikke udtrykte nogen former for betænkeligheder ved Effekthandels setup, jf. nærmere i afsnit 16.4.3 straks nedenfor. Varmeværkerne indgik derfor også aftalerne i tillid til, at der ikke kunne rejses spørgsmålstegn ved aftalernes lovlighed i forhold til konkurrencereglerne.

16.4.3. Varmeværkernes vurdering af rolle

Danske Commodities A/S og Energi Danmark A/S er blandt de væsentligste produktionsbalanceansvarlige aktører i Danmark. Det er primært der har været produktionsbalanceansvarlig for Varmeværkerne. er en større virksomhed med specialiseret, uddannet personale med kapacitet og kompetencer inden for blandt andet markedet for mFRR.

Flere af Varmeværkerne blev første gang introduceret til Effekthandel via Det skete blandt andet på kundedage/temadage i Kolding og Aalborg i 2019, hvor præsenterede forskellige faglige og aktuelle emner for deres kunder. På disse dage deltog Effekthandel og Finn Grønkjær som en integreret del af programmet og oplægsholder.
logo fremgår af de slides, som var en del af Effekthandels præsentations fra kundedagene/temadagene (FE-B1, s. 269-270). Det fremgår også af præsentationen (FE-B1, s. 273), at kunne være en mulig aktør i forhold til aftalerne med Effekthandel. Når Finn Grønkjær beskrev Effekthandels set up på disse kundedage/temadage, skete det således ved brug af slides med logo og i regi af kundeforholdet mellem og Varmeværkerne.
Flere af Varmeværkerne opfattede dette som en "blåstempling" af Effekthandels ydelse. Varmeværkerne anså herefter Effekthandels ydelse som et produkt på markedet, der var sammenligneligt med de produkter, som Varmeværkerne købte hos andre aktører – herunder . Det var i hvert fald et produkt, som præsenterede deres egne kunder for, og som som en af markedets væsentligste aktører, og dermed med størst kendskab til markedet, ikke udtalte nogle som helst betænkeligheder i forhold til. Tværtimod fremstod det sådan, at der var eller kunne være et samarbejde mellem og Effekthandel i forhold til kunderne (i dette tilfælde Varmeværkerne).

Effekthandel angav også i de mails, hvor Effekthandel opfordrede værkerne til at indgå aftale med Effekthandel, at værkerne skulle fremsende de underskrevne aftaler til både Effekthandel og (Se eksempelvis FE-B1, s. 235 og FE-B1, s. 237).

Dertil kommer, at Varmeværkerne blev oplyst om, at Effekthandel sammen med udviklede en API ind mod indmeldingssystem, så Effekthandel nemmere kunne indmelde priser på vegne af de 49 værker

uden at skulle logge ind og ud med værkernes forskellige login-oplysninger. Dette fremgår eksempelvis af Bilag A, s. 311 (FE-B2, s. 555) og Konkurrencerådets afgørelse, Bilag 75, pkt. 338 (FE-B1, s. 88).

Den omstændighed, at havde og har en position som stor og betydelig aktør med indgående erfaring og kendskab til markedet, samt at gav Effekthandel lov til at præsentere sin ydelse til kunder på kundedage/temadage og påført logo, ligesom i øvrigt bistod Effekthandel, herunder i forbindelse med aftaleindgåelse med Varmeværkerne og med udvikling af API-integration, betryggede Varmeværkerne i, at aftaler med Effekthandel og det påtænkte set up var lovlig og ikke gav anledning til betænkeligheder.

16.4.4. Varmeværkernes subjektive formål med at indgå aftalerne

Udover de nævnte forhold i afsnit 16.4.2-16.4.3 har Varmeværkerne heller ikke haft nogen subjektiv hensigt om at overtræde konkurrencereglerne. Det understøtter også, at Varmeværkerne ikke har handlet uagtsomt.

Som anført består Varmeværkerne af små organisationer med få ansatte. Varmeværkernes formål med at indgå aftalerne har derfor været at frigive tid til at udføre kerneopgaven for værkerne – nemlig at levere fjernvarme til sine forbrugere og sikre forsyningssikkerheden til de lavest mulige priser.

Varmeværkernes mulighed for at sikre lave varmepriser afhænger ikke af, om Varmeværkerne deltager på markedet for mFRR, da indtjeningen her var og er meget begrænset. Det, der har betydning for, om Varmeværkerne kan præstere lave varmepriser i forhold til forbrugerne, er hovedsageligt varmeproduktionsprisen på de varmeproduktionsanlæg, som Varmeværkerne råder over, samt størrelsen på varmetabet i ledningsnettet. Eksempelvis har et rent biomassebaseret varmeanlæg, elkedler og varmepumper en væsentlig lavere varmeproduktionspris end et gasfyret varmeværk.

Når Varmeværkerne eksempel i en spidslastsituation alligevel skulle producere varme på de naturgasfyrede kraftvarmeværker (og dermed også el), kunne Varmeværkerne ved at deltage med bud på mFRR opnå en merindtjening – omend af meget begrænset størrelse. Den eventuelle indtjening blev indregnet i varmeprisen efter varmeforsyningslovens hvile-i-sig-selv-princip. Varmeværkerne havde hverken den fornødne tid eller de fornødne ressourcer til at byde ind på mFRR-markedet. Hvis der kunne spares tid på denne type af opgaver, kunne Varmeværkerne bruge mere tid på kerneopgaven.

Flere af Varmeværkerne var slet ikke deltagere eller aktive på regulerkraftmarkedet på det tidspunkt, hvor de blev introduceret til Effekthandel eller blev kontaktet af Finn Grønkjær. Andre af Varmeværkerne var aktive, men bød ind med en "tilfældigt" fastsat pris, der som regel var den samme hver

dag for "nemhedens skyld". Herved kunne nogle af Varmeværkerne skabe en indtjening på anlæg, der eksempelvis ikke længere var driftsmæssigt nødvendige. For nogle af Varmeværkerne stod motorerne på standby, og der var derfor ikke "noget at tabe" ved at melde en kunstigt fastsat pris ind som rådighedsbud, så længe marginalomkostningerne for produktionen var højere, end det der blev aktiveringsprisen på den pågældende dag. Basisomkostningerne skulle de afholde under alle omstændigheder, fordi de havde behov for anlægget enten som spids- og reservelastanlæg for varmeproduktionen, hvis andre grundlastanlæg kom ud af drift, eller hvis det blev meget koldt, og grundlastanlæggene ikke kunne dække varmebehovet.

Nogle af Varmeværkerne overvejede på grund af blandt andet grundbeløbets bortfald helt at skrotte deres gasfyrede varmeværker i takt med, at de fik etableret anden og billigere varmeproduktionskapacitet i form af biomasse, elkedel og varmepumpe. Der henvises til bestyrelsesmødereferaterne fra Bredebro Varmeværk A.m.b.a. fra henholdsvis den 2. februar 2019 og 13. juni 2019 (SEB3, s. 1041 og 1043) samt formandsberetningerne fra Skærbæk Fjernvarme A.m.b.a. for henholdsvis 2017/2018 og for 1. juni 2018 til 31. december 2018 (SE-B3, s. 1037 og 1039), som nævnt i afsnit 15 ovenfor. Aftalerne med Effekthandel sikrede således, at varmeværker såsom eksempelvis Bredebro Varmeværk A.m.b.a. og Skærbæk Fjernvarme A.m.b.a. ikke skrottede deres anlæg og dermed helt udtrådte af markedet, da betalingen for deltagelse på markedet for mFRR bidrog til at dække dele af Varmeværkernes faste omkostninger.

Som anført i afsnit 3 var der frem mod Varmeværkernes aftaler med Effekthandel et betydeligt fokus på at udvide kapaciteten på mFRR. Varmeværkerne oplevede, at både Energinet og opfordrede de 49 værker til at byde mere ind på markedet for mFRR, og det blev understreget, at der var behov for, at flere aktører stillede kapacitet til rådighed i markedet. Det var altså blandt andet på ovenstående baggrund, at Varmeværkerne blev introduceret til Effekthandel – enten på kundedage/temadage, jf. afsnit 4.3, eller ved Effekthandels direkte henvendelse til det enkelte varmeværk.

Varmeværkerne har ikke haft til formål at begrænse konkurrencen. De ønskede naturligvis at opnå en indtjening på en marginal forretning, så de kunne retfærdiggøre at bibeholde kraftvarmeværket. Dette er der intet odiøst i og svarer i øvrigt til, hvad alle andre virksomheder ønsker. Varmeværkerne har dog ikke haft noget som helst ønske om, at det skulle ske ved en ulovlig priskoordinering. Tværtimod var det væsentligt for Varmeværkerne, at det skete i overensstemmelse med lovgivningen, jf. blandt andet afsnit 16.4.2.

At Varmeværkerne ikke havde nogen subjektiv hensigt om at overtræde konkurrencereglerne støttes også af, at aftalerne med Effekthandel – i modsætning til hvad man sædvanligvis ser i sager om karteller – ikke var hem-

melig. Hverken Effekthandel eller Varmeværkerne forsøgte at skjule aftalen. De blev lagt åbent frem for styrelsen og på temadage. Hertil kommer, at da Energinet henvendte sig til Varmeværkerne, svarede Varmeværkerne også åbent og ærligt, at de havde udliciteret prissætningen af rådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1) til Effekthandel, jf. Bilag 3 til Energinets klage (FE-B1, s. 350).

16.4.5. Varmeværkernes reaktion på Effekthandels informationsmateriale og mails til Varmeværkerne

Effekthandels direktør Finn Grønkjær har både før og efter aftalernes indgåelse sendt (mange og lange) mails med et indhold, der efter styrelsens opfattelse viser, at aftalernes *objektive* formål var at begrænse konkurrencen.

Som anført i afsnit 16.4.4 har det aldrig været Varmeværkernes hensigt eller subjektive formål med aftalerne at begrænse konkurrencen. Som anført i afsnit 16.4.2-16.4.3 var Varmeværkerne også via Finn Grønkjærs kendskab til markedet, hans dialog med styrelsen, tilsyneladende blåstempling og notatet fra betrygget i, at det ligeledes ikke var aftalernes objektive formål.

Varmeværkerne har derfor heller ikke tillagt ordlyden af de pågældende mails med videre fra Finn Grønkjær nogen særlig betydning. Tværtimod har Varmeværkerne betragtet Finn Grønkjærs mails som "sælger-snak" og ofte som "latterlig" og "plat". Varmeværkerne har beskrevet Finn Grønkjær som en person, der "praler, når det går godt, og undskylder når det går dårligt". De har læst hans mails i det lys (i det omfang Varmeværkerne overhovedet har læst dem).

Bud på mFRR er – som anført gentagne gange – en meget begrænset del af Varmeværkernes forretning, og driftsledernes dagligdag foregår ikke primært på kontoret bag computerskærmen. De fleste af deres opgaver foregår ved anlæggene. Når der nu engang var givet grønt lys til aftalerne, gik Varmeværkerne ikke og overvejede, om der desuagtet kunne være konkurrenceretlige problemer forbundet med aftalerne.

16.4.6. Sammenfattende om at Varmeværkerne ikke har handlet uagtsomhed

Sammenfattende gør Varmeværkerne gældende, at de ikke har handlet uagtsomt, og at der derfor ikke er grundlag for at pålægge dem eventuelle bøder, jf. konkurrencelovens § 23, stk. 1 (M-B3, s. 928). Varmeværkerne har ageret i tillid til, at Finn Grønkjær havde forelagt det påtænkte setup for styrelsen, til vurdering af aftalerne samt til involvering og tilsyneladende "blåstempling" af Effekthandels setup. Varmeværkerne har ageret i god tro, og de har ikke haft en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen. Finn Grønkjærs mails kan ikke føre til et andet resultat, idet aftalerne blev indgået i overensstemmelse med det setup,

der var blevet forelagt for både styrelsen, , og som også var fuldt ud bekendt med.

16.5. Formildende omstændigheder

16.5.1. Varmeværkernes berettigede vildfarelse

Såfremt Sø- og Handelsretten finder, at Varmeværkerne har handlet uagtsomt, gør Varmeværkerne gældende, at forholdene anført i forrige afsnit udgør så omfattende formildende omstændigheder, jf. konkurrencelovens § 23 b, stk. 3 (M-B3, s. 931), at det må medføre, at bøderne skal nedsættes til 0 kr., eller som minimum til et beløb, der er signifikant lavere end styrelsens bødepåstande.

Nedsættelse af bøde til 0 kr. ved vildfarelse har støtte i dansk retspraksis. Som eksempel kan nævnes Østre Landsrets dom af 2. februar 2023 (M-B3, s. 1043) i den såkaldte *Vejstribe-sag*. Her fandt landsretten, at bøden helt skulle bortfalde som konsekvens af, at virksomheden havde modtaget rådgivning fra en ekstern advokat, der havde oplyst, at den pågældende adfærd var lovlig, jf. straffelovens § 82, stk. 1, nr. 4 (M-B3, s. 925). I *Vejstribe-sagen* forelå der end ikke de yderligere omstændigheder, der kendetegner denne sag, jf. 16.3-16.4. Graden af uskyld hos varmeværkerne er således ikke set i andre sager i dansk retspraksis, og det endda selvom domstolen i de pågældende sager har fundet, at bøden helt skulle bortfalde.

Varmeværkerne bemærker, at *Vejstribe-sagen* blev truffet efter de gamle regler i konkurrenceloven, hvor bøder blev udstedt i medfør af straffelovens regler. Dette er imidlertid uden betydning for disse sager, jf. straks nedenfor.

Den nuværende konkurrencelovs § 23 (M-B3, s. 928) blev indført ved implementeringen af ECN+-direktivet i dansk ret i 2021 ved lov nr. 207 af 15. februar 2021, der trådte i kraft 4. marts 2021 (M-B3, s. 919). Lovændringen medførte, at juridiske personer fremover skulle pålægges civile bøder i stedet for strafferetlige bøder. Det fremgår af forarbejderne til loven, jf. lovforslag som fremsat nr. 116 af 9. december 2020, s. 120 (M-B3, s. 979), at straffelovens 10. kapitel, herunder straffelovens § 82 om formidlende omstændigheder, ikke finder direkte anvendelse. Det fremgår dog også, at der vil kunne tages hensyn til andre forhold end de i konkurrencelovens § 23 b, stk. 3 (M-B3, s. 931), oplistede forhold, herunder også forhold, der svarer til dem, der er nævnt i straffelovens § 82 (M-B3, s. 925).

Af straffelovens § 82, stk. 1, nr. 4 (M-B3, s. 925), fremgår, at det udgør en formildende omstændighed, hvis gerningsmanden har handlet i undskyldelig uvidenhed om eller undskyldelig misforståelse af retsregler, der forbyder eller på- byder handlingens foretagelse. Uagtet at vildfarelse altså ikke nævnes direkte som en formildende omstændighed i konkurrencelovens § 23 b, stk. 3 (M-B3, s. 931), indeholder bestemmelsen en ikke-

udtømmende liste, og der kan derfor tages højde for Varmeværkernes subjektive forhold i forbindelse med en eventuel bødefastsættelse, jf. principperne i straffelovens § 82, stk. 1, nr. 4 (M-B3, s. 925).

Dette synspunkt støttes også af Konkurrencerådets afgørelse af 26. oktober 2022 (M-B3, s. 1317) om en kundedelingsaftale mellem Codeex og Barcode. Konkurrencerådet udtalte i afgørelsens pkt. 213 (M-B3, s. 1321), at det forhold, at parterne havde fået rådgivning fra en ekstern advokat, kunne få betydning i forbindelse med bødefastsættelsen. Det bemærkes, at denne afgørelse blev truffet efter de nye regler, der trådte i kraft efter ECN+-direktivet (M-B1, s. 175), idet overgangsbestemmelsen i lov nr. 207 af 15. februar 2021 (M-B3 s. 919) fastslår, at det afgørende skæringstidspunkt er tidspunktet for udsendelsen af klagepunktsmeddelelsen. I den konkrete sag blev klagepunktsmeddelelsen udsendt den 22. juni 2022, jf. pkt. 188. Konkurrencerådets udtalelse i sagen gælder altså også i dag, hvor der bliver pålagt civilretlige bøder.

Konkurrencerådet anerkender da også i afgørelserne, at særligt notatet fra kan tillægges vægt i forbindelse med en eventuel bødeudmåling, jf. afgørelsernes pkt. 439 (FE-B1, s. 108). Styrelsen har imidlertid under retssagerne og med henvisning til *Schenker-dommen* (M-B1, s. 368-369) gjort gældende, at det forhold, at en virksomhed har fået juridiske rådgivning fra en advokat om sin adfærd, ikke fritager virksomheden for bødeansvar for overtrædelsen. Varmeværkerne er som sådan ikke uenige i, at rådgivning fra en ekstern advokat ikke automatisk fritager aktører for et bødeansvar. Som også gjort gældende har rådgivningen fra imidlertid væsentlig betydning for vurderingen af for det første, hvorvidt Varmeværkerne overhovedet har ageret uagtsomt og for det andet, hvorvidt der foreligger formildende omstændighed. I modsætning til *Schenker*-dommen, har advokat speciale i konkurrenceret, og hans vurdering var netop en konkurrenceretlig vurdering af de aftaler, som Konkurrencerådet i dets afgørelser har vurderet, udgjorde en overtrædelse af konkurrencereglerne. Hertil kommer korrespondancen med styrelsen, rolle samt de konkrete organisatoriske og regulatoriske ramme, jf. afsnit 16.4 ovenfor.

Varmeværkerne bemærker i øvrigt, at *Schenker-dommen* ikke kan strækkes så langt, at aktører aldrig kan fritages fra en bøde med henvisning til, at de har fået ekstern juridisk rådgivning. Dette svarer da heller ikke til dansk praksis, hvor rådgivning fra ekstern advokat har betydning i forbindelse med bødeudmåling. Se eksempelvis *Vejstribe-sagen* (M-B3, s 1043).

På baggrund af ovenstående gør Varmeværkerne gældende, at Varmeværkerne berettiget har troet, at Effekthandels indmelding af bud på vegne af Varmeværkerne var i overensstemmelse med konkurrencereglerne, og at Varmeværkerne altså, såfremt aftalerne ikke var lovlige, har været i vildfarelse om aftalernes lovlighed. Varmeværkerne gør gældende, at bøderne

derfor skal nedsættes til 0 kr., eller til et af retten fastsat lavere beløb i forhold til styrelsens nedlagte bødepåstande.

16.5.2. Øvrige formildende omstændigheder

Udover hvad der allerede er nævnt om Varmeværkernes subjektive forhold i afsnit 16.5.1, gør Varmeværkerne gældende, at der foreligger en øvrige formildende omstændigheder, der bør tages hensyn til i forbindelse med en eventuel bødeudmåling:

For det første gør Varmeværkerne gældende, at det skal indgå som en formidlende omstændighed, at en eventuel overtrædelse ikke har haft en negativ effekt på markedet, jf. nærmere ovenfor i afsnit 13. Tværtimod medførte aftalerne betydelige effektivitetsgevinster, jf. afsnit 15.

Det fremgår af konkurrencelovens § 23 b, stk. 1 (M-B3, s. 930), at bøderne skal "*stå i rimeligt forhold til overtrædelsen*". Det følger således direkte af en naturlig sproglig forståelse af bestemmelsen, at der ved bødeudmålingen skal tages hensyn til effekterne af et samarbejde, da bøden ellers ikke står i rimeligt forhold til overtrædelsen.

Derudover er en "manglende" effekt også et hensyn, der ligger bag ved de formidlende omstændigheder nævnt i konkurrencelovens § 23 b, stk. 3, nr. 1 og 2 (M-B3, s. 931), hvorefter det er formildende omstændigheder, at overtræderen alene har spillet en passiv rolle henholdsvis, ikke har efterlevet den ulovlige aftale m.v. Som det fremgår ovenfor i afsnit 16.5, er oplistningen i § 23 b, stk. 3 (M-B3, s. 931), ikke udtømmende.

Det fremgår endvidere af dansk retspraksis, at det vil kunne tillægges vægt som formildende omstændighed, at en konkurrencebegrænsende adfærd ikke har haft nogen konkurrencebegrænsende effekt, jf. eksempelvis U.2010.2980H (MB3, s 1037).

For det andet gør Varmeværkerne gældende, at Varmeværkerne spillede en passiv rolle i forbindelse med overtrædelsen, jf. konkurrencelovens § 23 b, stk. 3, nr. 1 (M-B3, s. 930). Varmeværkerne deltog ikke i priskoordineringen. Varmeværkerne foreslog ikke priser til Effekthandel eller de øvrige værker, og de kommenterede generelt ikke på Effekthandels mails. Varmeværkernes eneste rolle bestod i, at de indmeldte i system, hvor stor en kapacitet (MW), som de ville indmelde til Energinets auktioner, og så foretog Varmeværkerne sig ikke yderligere.

Dette udgør efter Varmeværkernes opfattelse en formildende omstændighed, der bør tages i betragtning i forbindelse med en eventuel bødeudmåling.

For det tredje har Varmeværkerne efter Konkurrencerådets afgørelser gennemført compliance-træning den 23. september 2024 for dels at sikre mod

mulige fremtidige overtrædelse samt for at øge Varmeværkernes generelle kendskab til konkurrencereglerne. Præsentationen fra compliance-træningen fremgår af SE-B3, s. 1391. Deltagerbeviser for de relevante medarbejdere og bestyrelsesmedlemmer, der har deltaget i compliance-træningen for Varmeværkerne i de seks prøvesager fremgår af SE-B3, s. 1347, 1355, 1361, 1369 og 1377. Compliance-træningen blev fulgt op af spørgsmål, som Varmeværkerne skulle besvare for at få udstedt deres deltagerbevis.

Varmeværkerne gør gældende, at også dette forhold udgør en formildende omstændighed, der bør tages i betragtning i forbindelse med en eventuel bødeudmåling, jf. konkurrencelovens § 23 b, stk. 3, nr. 3 (M-B3, s. 931).

16.5.3. Ad styrelsens bemærkninger om formildende omstændigheder

Styrelsen har under skriftvekslingen gjort gældende, at hverken Varmeværkernes berettigede vildfarelse eller de i forrige afsnit omtalte forhold udgør formildende omstændigheder (se eksempelvis SE-B2, s. 844).

Styrelsen har ellers tidligere vurderet, at de formildende omstændigheder, som Varmeværkerne gør gældende foreligger, berettiger til en bødenedsættelse på mellem 9,8-10,3 mio. kr. svarende til nedsættelser på over 80 pct., jf. styrelsens bødeforlæg og fremsendelsesmails af 24. november 2022 til Skjern Fjernvarme, Løgumkloster Fjernvarme og Oksbøl Varmeværk (SE-B3, s. 1075-1080, SEB3, s. 1081-1084 og SE-B3, s. 1085-1088).

Der er ingen omstændigheder, der er fremkommet efter bødeforelæggenes fremsendelse til Varmeværkerne, der berettiger, at styrelsen nu gør gældende, at der ikke foreligger formildende omstændigheder.

Styrelsens ændrede synspunkt skyldes formentlig alene det forhold, at de nye bøderegler har medført væsentlig lavere bøder sammenlignet med bøderne svarskrifterne. At bødeniveauet nu skal være et andet efter nyere bøderegler ændrer imidlertid ikke på, at de samme faktiske forhold, der tidligere er blevet anset for formildende omstændigheder, fortsat udgør formildende omstændigheder. Der er således ikke sket en ændring i bødeudmålingsreglerne på dette punkt. Når styrelsen derfor tidligere har vurderet, at bøderne som følge af omfanget af aftalen, det pågældende værks rolle og forhold i forbindelse med aftaleindgåelsen berettigede bødenedsættelser på over 80 pct., er det fortsat tilfældet. Dertil kommer de yderligere formildende omstændigheder, der ikke er taget højde for i styrelsens bødeforlæg.

Varmeværkerne gør derfor gældende, at sagerne er karakteriseret ved væsentlige formildende omstændigheder, og at det må medføre, at Varmeværkernes eventuelle bøder skal nedsættes til 0 kr., eller til et af retten fastsat beløb, der er væsentligt lavere end styrelsens bødepåstande.

16.6. Ingen skærpende omstændigheder

Det følger af konkurrencelovens § 23 b, stk. 2 (M-B3, s. 930), at der ved udmåling af en civil bøde kan tages hensyn til eventuelle skærpende omstændigheder. Som eksempler herpå nævnes, at den pågældende fortsætter med den samme overtrædelse eller begår en tilsvarende overtrædelse, efter at der er truffet afgørelse, at den pågældende har spillet en ledende rolle eller har tilskyndet til overtrædelsen, eller at den pågældende har udført en gengældelsesforanstaltning for at få den til at respektere en konkurrencebegrænsende aftale.

Ingen af ovenstående eller øvrige forhold gør sig gældende i nærværende sag, ligesom der for Varmeværkernes vedkommende ikke i øvrigt foreligger omstændigheder, der udgør en skærpende omstændighed i forbindelse med bødeudmålingen. Dette ses parterne da også at være enige om, jf. styrelsens svarskrift, s. 32, afsnit 5.2.2.5 (SE-B1, s. 308).

Varmeværkerne gør derfor gældende, at der ikke foreligger nogen skærpende omstændigheder, der vil skulle tages hensyn til i forbindelse med bødeudmålingen.

16.7. Varmeværkerne mangler betalingsevne

Såfremt Sø- og Handelsretten finder, at Varmeværkerne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1 (M-B1, s. 42), og TEUF artikel 101, stk. 1 (M-B1, s. 158), gør Varmeværkerne gældende, at der i forbindelse med udmåling af bøden skal tages højde for Varmeværkernes manglende betalingsevne, og at Varmeværkerne risikerer at gå konkurs, såfremt de bliver pålagt en bøde.

Det følger af forarbejderne til de nye bødeudmålingsregler, der trådte i kraft den 1. juli 2024, s. 15 (M-B3, s. 998), at der i forbindelse med bødeudmålingen og i overensstemmelse med hidtidig praksis og inspiration fra straffelovens § 51, stk. 3 (M-B3, s. 924), kan tages højde for en virksomheds manglende betalingsevne. Efter straffelovens § 51, stk. 3 (M-B3, s. 924), vil der inden for de grænser, som hensynet til lovovertrædelsens beskaffenhed og de i straffelovens § 80 omstændigheder tilsteder, skulle tages særligt hensyn til den skyldiges betalingsevne og til den opnåede eller tilsigtede fortjeneste eller besparelse.

Fra dansk praksis findes flere eksempler på sager, hvor bøder er blevet nedsat med henvisning til virksomhedens manglende betalingsevne. Se eksempelvis bødeforlæg af 15. juli 2014, *N.H. Hansen & Søn* (M-B3, s. 1323), bødeforlæg af 5. august 2019, *Team DS a.m.b.a.* (M-B3, s. 1331) og bødeforlæg af 4. december 2019, *DK-CAMP* (M-B3, s. 1335), hvor det i alle sager blev tillagt vægt, at den pågældende virksomhed havde manglende betalingsevne, hvorfor bøderne blev nedsat.

Tilsvarende følger af Kommissionens retningslinjer for bødeberegning, pkt. 35 (M-B3, s. 1019), samt Rettens dom af 14. maj 2014 i sag T-406/09, *Donau*

Chemie mod Kommissionen, præmis 292 (M-B3, s. 1095). Derudover er det ifølge Retten i strid med proportionalitetsprincippet, såfremt en virksomhed pålægges en bøde, der gør, at virksomheden ophører med at eksistere, jf. Rettens dom af den 12. december 2012 i sag T-352/09, *Novácke chemické závody a.s.*, præmis 198 (M-B3, s. 1081).

Efter varmeforsyningslovens § 20, stk. 1 (M-B1, s. 64), er Varmeværkerne underlagt hvile-i-sig-selv-princippet. Som allerede redegjort for medfører det, at Varmeværkerne kun må indregne *nødvendige* omkostninger forbundet med leveringen af fjernvarme i de varmepriser, som opkræves deres forbrugere. Forsyningstilsynet har i en udtalelse af 19. januar 2023 (SE-B3, s. 1089-1091) oplyst, at varmeværkerne ikke kan indregne en eventuel bøde for overtrædelse af konkurrencereglerne i varmeprisen. Varmeværkerne har altså ikke mulighed for at opkræve "ekstra" betaling fra forbrugere med henblik på at dække en eventuel pålagt bøde.

Hvile-i-sig-selv-princippet medfører også, at Varmeværkerne ikke må generere et overskud, og at et eventuelt "overskud" i varmeforsyningslovens terminologi er en overdækning, som indregnes i varmeprisen og tilbageføres til forbrugerne det følgende år. Varmeværkerne har således ikke en kapital "stående", som de vil kunne bruge til at dække en eventuel bøde for overtrædelse af konkurrencereglerne. På tilsvarende vis har Varmeværkerne heller ikke mulighed for at optage et lån med henblik på at dække eventuelle bøder. Det skyldes, at heller ikke afdrag, renter m.v. på lån til betaling af bøder kan anses for nødvendige omkostninger, jf. varmeforsyningslovens § 20, stk. 1 (M-B1, s. 64). Varmeværkerne henviser til Forsyningstilsynets udtalelse af 25. april 2023, s. 3 (SE-B3, s. 1137-1140), hvor tilsynet anfører, at eventuelle omkostninger forbundet med dækning af en bøde heller ikke kan indregnes i varmeprisen.

I sidstnævnte udtalelse fra Forsyningstilsynet har tilsynet anført, at såfremt varmeværkerne er i besiddelse af en særlig indskudskapital, som varmeværkerne måtte have indskudt i forbindelse med etableringen af værket før 1981, vil varmeværket kunne anvende denne kapital til at dække en eventuel bøde for overtrædelse af konkurrencereglerne, hvis indskudskapitalen stadig findes i form af likvide midler. Der skal dog være tale om frie, likvide midler indskudt i værket før 1981. Hverken Bramming Fjernvarme (SE-B3, s. 1184), Brøns Kraftvarmeværk (SE-B3, s. 1329), Hvide Sande Fjernvarme (SE-B3, s. 1205), Jetsmark Energiværk (SE-B3, s. 1223) eller Ø Brønderslev Fjernvarmeværk (SE-B3, s. 1154) har dog en sådan fri indskudskapital. Dette medfører, at Varmeværkerne i de fem prøvesager ikke er i stand til at betale en eventuel bøde. Konsekvensen vil derfor med al sandsynlighed være, at de vil skulle erklæres konkurs. Tilsvarende gælder for alle Varmeværkerne samt Brønderslev Varme, der heller ikke har fri likvid egenkapital.

Hvis Varmeværkerne går konkurs, er det desuden Kammeradvokatens opfattelse, at projektgodkendelsen til Varmeværkerne kræver, at kommunal-

bestyrelsen godkender overdragelsen til en potentiel erhverver, jf. Kammeradvokatens notat om rækkevidden af varmeforsyningspligten til Energistyrelsen af 31. maj 2024 (SE-B3, s. 1268 og 1278). Der er derfor en væsentlig barriere for, at varmeforsyningen kan fortsætte gennem et andet selskab/af andre ejere.

Det er desuden Kammeradvokatens vurdering, at der ikke er en pligt for kommunalbestyrelsen til at sikre varmeforsyningen i hele kommunen eller i øvrigt forhindre, at varmeforsyningsselskaber går konkurs, jf. notatets afsnit 3.2 (SEB3, s. 1278-1279). Såfremt kommunalbestyrelsen ønsker at fortsætte varmeforsyningen, er det Kammeradvokatens vurdering, at kommunen ikke må overtage nogen gæld eller andre økonomiske forpligtelser, der ikke kan indregnes i varmepriserne, jf. afsnit 3.3 (SE-B3, s. 1279-1280).

Det er derfor usandsynligt, at kommunerne vil påtage sig at videreføre aktiviteterne, såfremt Varmeværkerne bliver pålagt en bøde. Der er derfor en betydelig risiko for, at bøden vil medføre, at Varmeværkernes aktiver, der hovedsageligt består af rør i jorden, reelt er værdiløse. Dertil kommer, at hvile-i-sig-selv-princippet og markedsforholdene gør det uattraktivt for investorer at købe Varmeværkerne eller Varmeværkernes aktiver.

Hvis Varmeværkerne pålægges de bøder, som styrelsen har lagt op til, vil det altså umiddelbart betyde, at Varmeværkerne må lukke, ligesom der er en overhængende risiko for at store dele af Jylland vil stå uden kollektiv varmeforsyning. Lukning af Varmeværkerne vil også være kontraproduktivt i forhold til konkurrencelovens formål, da konkurrence på markedet for mFRR også reduceres ved færre aktører.

På baggrund af ovenstående gøres det derfor gældende, at eventuelle bøder principalt skal nedsættes til 0 kr., eller til et af retten fastsat beløb, der er væsentligt lavere end styrelsens bødepåstande.

16.8. Styrelsens nye bødepåstande er for høje

Såfremt retten finder, at Varmeværkerne har overtrådt konkurrencereglerne, og at Varmeværkerne ikke skal frikendes for en bøde som følge af manglende uagtsomhed, eller at bøden ikke skal nedsættes til 0 på grund af formildende omstændigheder eller manglende betalingsevne, gør Varmeværkerne gældende, at styrelsens bødepåstande udregnet efter de nye bøderegler er for høje.

Henset til at der i de nye bødeberegninger nu er markant lavere grundbeløb, har Varmeværkerne valgt ikke at fremkomme med bemærkninger til de mindre detaljer i styrelsens nye bødeberegninger, der ikke har økonomisk større betydning for de endelige bøder, herunder eksempelvis varighed. Varmeværkerne har dog bemærkningerne til det såkaldte "entry fee", tillægget for afskrækkende virkning samt det års koncernomsætning som et eventuelt tillæg skal baseres på.

16.8.1. Procentsats anvendt i grundbeløb og "entry fee"

Styrelsen har i sin beregning af grundbeløbet anvendt en procentsats på 20 pct. Varmeværkerne gør gældende, at denne procentsats er for høj og skal reduceres til 15 pct.

Til Varmeværkernes kendskab er det første gang, styrelsen har nedlagt bødepåstande efter de nye bødeudmålingsregler. Som det fremgår af forarbejderne (M-B3, s. 997-999), er det hensigten, at de danske bødeudmålinger skal afspejle Kommissionens bødeudmåling. Kommissionen har anvendt bødeudmålingsreglerne mange gange, hvorfor der i forbindelse med en eventuel bødeudmåling disse sager bør tages udgangspunkt heri.

Procentsatsen for grundbeløbet fastsættes på baggrund af en række faktorer, herunder overtrædelsens art, virksomhedernes samlede markedsandel, overtrædelsens geografiske udstrækning og spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen blev udmøntet i praksis eller ej.

Varmeværkerne har ved en gennemgang af Kommissionens praksis angående horisontale aftaler i strid med TEUF artikel 101, stk. 1, kunnet konstatere, at Kommissionen konsekvent ikke har anvendt en procentsats helt oppe på 20 pct. Kommissionen synes derimod – med enkelte undtagelser – at ligge på mellem 15-17 pct.

Praksis fra Kommissionen viser, at Kommissionen lægger særlig vægt på, om parterne har overtrådt konkurrenceloven på flere forskellige måder. Har parterne eksempelvis både aftalt priser og aftalt en markedsdeling. Dette er ikke tilfældet i dette sagskompleks. Effekthandel og de 49 værker har, såfremt de har overtrådt reglerne, alene koordineret afgivelse af bud. Dette er endda kun sket for så vidt angår et delelement, nemlig prisen på tilrådighedsstillelse af mFRR. Der er ikke sket en koordinering i forhold til mængder, og der er heller ikke sket en koordinering i forhold til aktiveringsprisen. Det taler for en lav procentsats.

Derudover lægger Kommissionen særlig vægt på, om en overtrædelse har vedrørt hele EØS eller måske endda hele verden. I Varmeværkernes tilfælde er der, såfremt der er sket en koordinering, alene sket en koordinering i Vestdanmark (DK1). Geografisk er der altså tale om et meget afgrænset område. Dette taler også for en lav procentsats.

Endelig bemærker Varmeværkerne, at de 49 værker alene besad en beskeden markedsdel på under 5 pct., hvilket også bør afspejle sig i bødeudmålingen i form af en lav procentsats.

Varmeværkerne gør derfor gældende, at procentsatsen, der eventuelt skal anvendes i grundbeløbet og "entry fee" skal udgøre maksimalt 15 pct., såfremt der overhovedet skal pålægges en bøde.

Til sammenligning henvises der til Kommissionens afgørelse AT.40346 af 28. april 2021, *SSA Bonds* (M-B3, s. 1225), AT.39563 af 24. juni 2015, *Retail Food Packaging* (M-B3, s. 1117) og AT.40410 af 14. juli 2020, *Ethylene* (M-B3, s. 1167).

Varmeværkerne bemærker i øvrigt, at det ikke bør skade Varmeværkerne, at det er nyt for styrelsen at anvende de nye bøderegler. Varmeværkerne forstår, at nye regler kan indebære en frygt hos styrelsen til at komme til at sætte procentsatsen "for lavt", da denne sag vil danne præcedens for efterfølgende sagerne. Hvis der er sket en overtrædelse, har den kun en beskeden udstrækning, hvilket procentsatsen også skal afspejle. Derfor skal procentsatsen ikke fastsættes til mere end 15 pct.

16.8.2. Tillæg for afskrækkende virkning

Varmeværkerne gør gældende, at Varmeværkernes eventuelle bøde ikke skal tillægges et beløb for afskrækkende virkning. Hvis et sådant beløb skal tillægges, skal det ikke opgøres på basis af Varmeværkernes totale koncernomsætning, men som en procentdel af den allerede udregnede bøde.

Det fremgår af styrelsens bødeberegninger og processkrifterne om bødepåstand af 11.-25. april 2025 afsnit 3.4.4 (SE-B2, s. 512, s. 523, s. 535, s. 547 og s. 559), samt processkrift A af 9. juli 2025, afsnit 6.2 (SE-B2, s. 844, 862, 880, 898 og s. 916), at samtlige Varmeværkernes bøder tillægges et beløb på 0,75 pct. af det enkelte værks totale nettokoncernomsætning i det regnskabsår, der går forud for afgørelsen, som et tillæg for afskrækkende virkning.

For langt de fleste af Varmeværkerne medfører det, at Varmeværkets bøde bliver mere end fordoblet sammenholdt med grundbeløbet, og for nogle af Varmeværkerne en væsentligt højere faktor, såsom eksempelvis Ø Brønderslev Fjernvarmeværk, hvor bøden forøges med en faktor 50. For flere af Varmeværkerne medfører bødeforhøjelsen også, at bøden overstiger den genererede omsætning fra salg af mFRR i Vestdanmark (DK1) med adskillige gange. Som eksempel kan nævnes Bramming Fjernvarme, der genererede en omsætning på ca. 190.000 kr. på salg af mFRR i Vestdanmark (DK1) i den periode, hvor Bramming Fjernvarme havde aftaler med Effekthandel (SE-B4, s. 1619). Styrelsens bødepåstand udgør 510.000 kr. og er dermed ca. to gange så høj som den genererede omsætning. Som et andet eksempel kan nævnes Ø Brønderslev Fjernvarmeværk, der genererede en omsætning på ca. 70.000 kr. på salg af mFRR i Vestdanmark (DK1) i den periode, hvor Ø Brønderslev Fjernvarmeværk havde en aftale med Effekthandel (SE-B4, s. 1619). Styrelsens bødepåstand udgør 1.405.000 kr. og er dermed mere end 20 gange så høj som den genererede omsætning.

Varmeværkerne gør gældende, at der ikke "bare" kan tillægges den udregnede bøde et ekstra tillæg for afskrækkende virkning. Den afskrækkende virkning ligger allerede i "entry fee", jf. Kommissionens retningslinjer, pkt.

25 (M-B3, s. 1018), hvor det fremgår, at grundbeløbet kan forhøjes med 15-25 pct. for at afskrække virksomhederne fra at indgå aftaler af horisontal karakter. Dette beløb har styrelsen allerede tillagt i form af et ekstra tillæg på 20 pct. Der skal altså noget særligt til for at tillægge et yderligere beløb for afskrækkende virkning.

Styrelsen har i processkrifterne om bødepåstand af 11.-25. april 2025, afsnit 3.4.4 (eksempelvis SE-B2, s. 510) citeret forarbejderne som hjemmel for deres bødeudregninger, hvoraf det fremgår, at man ved tillægget for afskrækkende virkning tager hensyn til virksomhedens samlede globale koncernomsætning, jf. lovforslag som fremsat nr. 121 af 28. februar 2024, side 37 (M-B3, s. 1003). Varmeværkerne kan tiltræde, at den globale koncernomsætning spiller ind ved vurderingen af, om der *skal* pålægges et tillæg. Forarbejderne siger dog intet konkret om, hvordan tillægget i praksis *udregnes*, men henviser alene til Kommissionens retningslinjer, pkt. 30 og 37 heri (M-B3, s. 1019 og 1020). Dette må forstås som, at det har været lovgivers hensigt, at styrelsens bødeudmålingsprincipper skal være på linje med Kommissionens bødeudmålinger.

Det er fast praksis i Kommissionens kartelafgørelser, at Kommissionen inddrager overtræderens globale koncernomsætning ved vurderingen af, *om* der skal pålægges et tillæg, og *hvilken procentsats* dette tillæg skal være. Denne procentsats tillægges derefter som en procentdel af den udregnede bøde. Tillægget er altså udregnet på baggrund af "afsætningens værdi" (det vil sige omsætningen på det relevante marked) og ikke virksomhedens totale "nettokoncernomsætning". Det vil med andre ord sige, at styrelsen har begået en fejl ved at udregne tillægget på baggrund af Varmeværkernes totale nettokoncernomsætning. Hvis der skal tilføjes et ekstra tillæg, skal det derimod udregnes som en procentdel af bøden i øvrigt, det vil sige grundbeløbet ganget med varighed plus "entry fee". Det er således ikke korrekt, når styrelsen har beregnet tillægget for "særlig stor omsætning"/afskrækkende effekt på baggrund af Varmeværkernes totale nettoomsætning.

Som nævnt er det langtfra alle sager, hvor Kommissionen tillægger et sådant beløb. Tværtimod synes det at være undtagelsen. Ved en gennemgang af Kommissionens praksis har Varmeværkerne kunnet konstatere, at dette tillæg sædvanligvis, såfremt det overhovedet pålægges, kun udgør 10 pct. af den øvrige bøde, men der findes særlige eksempler på, at procentsatsen har udgjort 20 pct., ligesom der er enkelte helt ekstraordinære sager, hvor procentsatsen har været højere. Varmeværkerne har desuden ikke været i stand til at identificere en eneste kartelsag hos Kommissionen de sidste 10 år, hvor tillægget har udgjort andet end en procentsats af grundbøden.

Som et eksempel på en sag, hvor Kommissionen rent faktisk har tillagt et ekstra bødebeløb på grund af afsætningens lave værdi sammenholdt med aktørens totale nettoomsætning, kan nævnes Kommissionens afgørelse AT.40299 af 29. september 2020, *Closure systems* (M-B3, s. 1189). I den på-

gældende sag fandt Kommissionen, at der skulle tillægges en ekstra bøde herfor, der udgjorde 10 pct. af den allerede udregnede bøde, idet afsætningens værdi udgjorde mellem 0,01-0,06 pct. af den totale nettokoncernomsætning.

Derudover henviser Varmeværkerne til Kommissionens afgørelser AT.40547 af 29. november 2022, *Styrene Monomer*, pkt. 155-156 (M-B3, s. 1278), AT.40330 af 20. april 2021, *Rail Cargo,* pkt. 129-130 (M-B3, s. 1220), og AT.40410 af 14. juli 2020, *Ethylene*, pkt. 141-146 (M-B3, s. 1181f.). I alle disse sager blev bøderne med henvisning til pkt. 30 eller 37 (M-B3, s. 1019 og 1020) forhøjet med 10 pct. af den allerede udregnede bøde, og altså uafhængigt af overtræderens nettokoncernomsætning.

Kommissionen ses – som nævnt – ikke at anvende muligheden for at øge bø- den som følge af, at overtræderen har en særligt høj total omsætning særlig ofte i sin praksis. Varmeværker gør gældende, at der ikke burde være grundlag for at anvende muligheden i de aktuelle sager.

Varmeværkerne bemærker ***for det første***, at samtlige Varmeværkerne har en beskeden omsætning. Uagtet at Varmeværkernes omsætning til mFRR udgør en begrænset andel af Varmeværkernes omsætning, har Varmeværkerne ikke en "særlig stor omsætning" udover deres omsætning fra salg af tilrådighedsstillelse af mFRR, at dette bør føre til, at Varmeværkerne skal pålægges en ekstra bøde. I eksempelvis Kommissionens afgørelse AT.39563 af 24. juni 2015, *Retail Food Packaging* (M-B3, s. 1117), udgjorde den relevante omsætning under 1 pct. af koncernomsætningen. Alligevel fandt Kommissionen ikke noget belæg for, at bøden skulle hæves med henvisning til Kommissionens retningslinjer, pkt. 30 eller 37, jf. pkt. 1053 i afgørelsen (M-B3, s. 1146).

For det andet er Varmeværkerne omfattet af hvile-i-sig-selv-princippet. Det medfører, at selv hvis Varmeværkerne har en markant større omsætning, end hvad der er omfattet af bødeberegningsgrundlaget for grundbeløbet, har Varmeværkerne intet overskud. Der skal således ikke tages hensyn til en markant større omsætning, da denne omsætning – til forskel for "almindelige virksomheder" – ikke giver sig udslag i en større potentiel fortjeneste. Varmeværkernes eventuelle høje omsætning falder uden for formålet med at tillægge en ekstra bøde for en særligt stor omsætning, jf. Kommissionens retningslinjer, pkt. 30 (M-B3, s. 1019).

For det tredje gør Varmeværkerne gældende, at Varmeværkerne i ca. et år er blevet stillet i udsigt at skulle betale bøder på samlet set ca. 500 mio. kr. og individuelt mellem 10-14 mio. kr. For adskillige af Varmeværkerne udgjorde disse bøder langt mere, end hvad det pågældende værk omsatte for i 2024, og for alle værkerne udgjorde det en signifikant andel af deres nettoomsætning i 2024, der langt oversteg 10 pct. af værkets nettokoncernomsætning. Dette har haft betydelige konsekvenser for Varmeværkerne, der har haft sværere ved at optage lån, og som har oplevet usædvanlige ren-

testigninger, da pengeinstitutterne grundet Varmeværkernes potentielle konkurser har vurderet, at Varmeværkerne ligger i "høj risiko" i forbindelse med udlån. Varmeværkerne har derfor ikke kunnet foretage investeringer som sædvanligt og har endda måttet udskyde nødvendige investeringer, ligesom nogle af Varmeværkerne også har afholdt sig fra at gennemføre nødvendige konsolideringer. Dertil kommer, at det har haft signifikant negativ påvirkning af Varmeværkernes ledelse og bestyrelsesmedlemmer, som udover frygten for at det enkelte værk går konkurs og betydningen heraf, også har oplevet, at truslen om betydelige personlige bøder har lagt et kæmpe pres. Varmeværkerne er derfor så rigeligt blevet afskrækket. Der er absolut ingen grund til eller belæg for at tillægge et ekstra tillæg for afskrækkende effekt under de pågældende forhold.

Varmeværkerne bemærker, at af de fem prøvesager, udgjorde afsætningens værdi mellem ca. 0,42-6,13 pct. af nettoomsætningen. Det bemærkes, at denne beregning for så vidt angår Ø Brønderslev Fjernvarmeværk tager udgangspunkt i Ø Brønderslev Fjernvarmeværks nettoomsætning og altså ikke Brønderslev Varmes omsætning. Der henvises til afsnit 16.3.6 ovenfor herom samt Brønderslev Varmes sammenfattende processkrift i sag BS-28637/2024-SHR, afsnit 4.2.1, herunder særligt afsnit 4.2.1.3.

Faktum i sagskomplekset her svarer altså ikke til faktum i de sager, hvor Kommissionen har tillagt et særligt tillæg for afskrækkende virkning henset til aktørernes totale omsætning.

Endelig bemærker Varmeværkerne, at såfremt Varmeværkerne skal pålægges en ekstra bøde som følge af deres totale koncernomsætning, skal dette vurderes individuelt for det enkelte Varmeværk baseret på Varmeværkets relevante omsætning sammenholdt med Varmeværkets totale omsætning.

16.8.3. Koncernomsætningstal

Det fremgår konkurrencelovens § 23, b, stk. 1, 2. pkt. (M-B3 s. 930), at der ved udmåling af civile bøder skal tages hensyn til den pågældendes samlede koncernomsætning på verdensplan i det regnskabsår, der går forud for afgørelsen. *"Det regnskab år, der går forud for afgørelsen"*, har styrelsen fortolket som den første afgørelse, hvorved en bøde pålægges, jf. processkrift A, afsnit 3 (eksempelvis SE-B2, s. 904), jf. nærmere i afsnit 16.8.3 nedenfor.

Hvis Varmeværkerne skal pålægges en bøde, og hvis en sådan bøde skal tillægges et beløb for afskrækkende effekt, og hvis dette tillæg skal udregnes på baggrund af Varmeværkernes koncernomsætning, gør Varmeværkerne gældende, at den koncernomsætning, der skal tages udgangspunkt i, er Varmeværkernes koncernomsætning for år 2022, idet det er det regnskabsår, der går forud for Konkurrencerådets afgørelser af 25. oktober 2023. Dette støttes af Sø- og Handelsrettens dom af 27. januar 2025, ECIT Account A/S mod Konkurrencerådet (M-B1 s. 281).

Styrelsens forståelse medfører, at det for prøvesagerne er koncernomsætningen for regnskabsåret 2024, der skal anvendes (forudsat Sø- og Handelsretten pålægger en bøde i 2025). Hvis Sø- og Handelsretten ikke pålægger en bøde, men en eventuel anden instans måtte pålægge en bøde, vil det ifølge styrelsens forståelse betyde regnskabsåret forud for denne anden instans' afgørelse. Det er for Varmeværkerne uklart, hvad der ifølge styrelsen måtte gælde for de varmeværker, der er udsat på prøvesagerne, herunder hvis bøderne ikke fastsættes ved en afgørelse men ved bødeforlæg. Styrelsens forståelse medfører altså en løbende justering af bøderne og en ulige behandling af Varmeværkerne. Et sådant vilkårligt resultat er efter Varmeværkernes opfattelse både i strid med en naturlig sproglig forståelse af bestemmelsens ordlyd og forarbejder samt praksis fra Sø- og Handelsretten.

16.9. Sammenfatning om Varmeværkernes anbringender til støtte for påstandene om frifindelse

Varmeværkerne gør sammenfattende gældende, at Varmeværkerne skal frifindes for styrelsens bødepåstande, da Varmeværkerne ikke har ageret uagtsomt, da de berettiget befandt sig i en retsvildfarelse om, at det var lovligt, at Effekthandel indmeldte bud på mFRR på vegne af Varmeværkerne. Varmeværkerne, der generelt er drevet af meget få medarbejdere uden juridisk baggrund, har således ikke ageret uagtsomt, men derimod handlet ud fra den juridiske konkurrenceretlige vurdering, som blev indhentet fra en ekstern advokat. Derudover har Varmeværkerne handlet ud fra, hvad professionelle aktører i form af Effekthandel og anbefalede for at lette den administrative byrde.

Hvis dette forhold ikke medfører, at Varmeværkerne ikke har ageret uagtsomt, er der imidlertid tale om formildende omstændigheder, der både i sig selv, men også sammen med de øvrige formildende omstændigheder, medfører, at Varmeværkerne skal pålægges bøder på 0 kr., eller et af retten fastsat lavere beløb i forhold til styrelsens nedlagte bødepåstande. Udover at være i en berettiget vildfarelse om, at aftalerne var lovlige, har Varmeværkerne efterfølgende modtaget konkurrenceretlig undervisning for at forebygge eventuelle fremtidige overtrædelser. Varmeværkerne har tillige alene spillet en passiv rolle i setup'et.

Varmeværkerne gør også gældende, at eventuelle bøder skal nedsættes på grund af Varmeværkernes manglende betalingsevne. Varmeværkerne kan ikke lovligt indregne bøderne i varmepriserne, jf. varmeforsyningslovens § 20, stk. 1 (M-B1, s. 64), og eftersom de ikke har en særlig fri indskudskapital, som vil kunne anvendes til betaling af bøder, hvis den var tilgængelig i form af frie, likvide midler, kan Varmeværkerne ikke betale eventuelle bøder. Der er derfor en væsentlig risiko for, at Varmeværkerne vil gå konkurs, såfremt de bliver på- lagt at betale bøder.

Derudover gør Varmeværkerne gældende, at styrelsen har foretaget forkerte beregninger, herunder særligt i forhold til styrelsens tillæg af et beløb for afskrækkende effekt, som dels slet ikke skulle være tillagt, og som alle omstændigheder er udregnet forkert, da det er udregnet på baggrund af Varmeværkernes koncernomsætning.

Som konsekvens heraf gøres det gældende, at bøderne skal nedsættes til 0 kr., eller til et af retten fastsat lavere beløb i forhold til styrelsens nedlagte bødepåstande.
…

SAGSOMKOMSTNINGER

Varmeværkerne begærer sig tillagt sagsomkostninger under hensyn til det betydelige arbejde, der har været forbundet med sagen, herunder indlevering af stævning for 41 varmeværker, udarbejdelse af replik og processkrift 1 og 2 samt processkrifter om syn og skøn og edition, fremlæggelse af Bilag 1-128, udarbejdelse af sammenfattende processkrift, deltagelse i forberedende telefonretsmøder, afholdelse af syn og skøn, samt forberedelse og gennemførelse af hovedforhandlingen over otte retsdage.

Varmeværkerne gør gældende, at det må tillægges omkostningsmæssig betydning, at styrelsen har valgt ikke at ville bidrage til at oplyse sagen ved at indhente den data fra Energinet, som Varmeværkerne har efterspurgt til brug for syn og skøn. Det har betydet, at Varmeværkerne har måtte forsøge at indhente den efterspurgte data via aktindsigt og klagesag ved Miljø- og Fødevareklagenævnet samt ved begæring om editionspålæg og processkrifterne herom.

Varmeværkerne bemærker også, at sambehandlingen med sagen anlagt af Effekthandel har medført et ikke ubetydeligt ekstraarbejde, omfattende især de (af Varmeværkerne forventede) interne uenigheder om hovedforhandlingens forberedelse og tilrettelæggelse, og som altså også har medført et behov for, at Varmeværkerne advokater deltager på to ekstra retsdage udover de retsdage, der oprindeligt var afsat til sagerne mellem Varmeværkerne og styrelsen. Varmeværkerne gør gældende, at det skal tillægges omkostningsmæssig betydning til fordel for Varmeværkerne.

Uanset om Varmeværkerne måtte få medhold i sine påstande gør Varmeværkerne gældende, at styrelsen i relation til opgørelsen af sagsomkostninger samlet må anses som den tabende part, jf. retsplejelovens § 312, stk. 1, og § 313, stk. 2.

Forud for retssagerne havde styrelsen sendt bødeforlæg til tre varmeværker (SE-B3, s. 1075-1080, SE-B3, s. 1081-1084 og SE-B3, s. 1085-1088). Da disse hverken kunne eller ville betale bøderne, oplyste styrelsen, at der ikke ville blive udsendt bødeforlæg til de øvrige værker, men at styrelsen i stedet ønskede at få fastsat bøderne ved civile søgsmål. Det fremgår eksem-

pelvis af styrelsens mail af 30. november 2023 til Brønderslev Varme, at Konkurrencerådet den 29. november 2023 besluttede, at sagerne skulle indbringes for Sø- og Handelsretten med henblik på at parterne i sagerne i skulle idømmes civile bøder (SE-B3, s. 1163).

Hvis Varmeværkerne ikke havde rejst sagerne med påstand om, at Konkurrencerådets afgørelser var ugyldige, ville sagerne altså være blevet anlagt af styrelsen med påstand om betaling af bøder.

Styrelsen nedlagde med svarskrifterne i april 2024 påstand om betaling af bøder på samlet ca. 500 mio. kr. De enkelte bøder var mellem 10 og 13,5 mio. kr. Det fremgår af svarskrifterne (f.eks. SE-B1, s. 169), at styrelsen tog forbehold for *"en evt. justering af bødepåstanden i overensstemmelse med bl.a. formildende omstændigheder og reglerne for bødeloft, […]".*

På dette tidspunkt havde styrelsen selv den 10. november 2023 sendt lovforslag om ændring af konkurrenceloven (M-B3, s. 985) i forhold til blandt andet bødeudmålingsreglerne i høring, og den 28. februar 2024 fremsatte erhvervsministeren lovforslaget (lovforslag nr. 121) (M-B3, s. 993). Lovændringen blev vedtaget den 21. maj 2024 og trådte i kraft 1. juli 2024.

Da styrelsen indleverede svarskrifterne i april 2024 var de altså fuldt ud bekendt med, at der ganske givet ville blive vedtaget nye bødeudmålingsregler, men tog – som anført – ikke forbehold herfor i svarskrifterne.

I forlængelse af styrelsens indlevering af svarskrifter begærede Varmeværkerne afholdelse af et ganske omfattende syn og skøn og igangsatte sideløbende arbejdet med at indhente data til brug for syn og skøn. Styrelsen nævnte heller ikke noget om de nye bødeudmålingsregler i styrelsens processkrift af 26. august 2024 om syn og skøn, som altså blev afgivet, efter reglerne var trådt i kraft.

I Varmeværkernes processkrift om syn og skøn II af 23. september 2024 (SEB1, s. 377) gjorde Varmeværkerne styrelsen opmærksom på, at styrelsens bødepåstande var for høje, idet bøderne skulle udregnes efter de nye bødeudmålingsregler.

Ved mail af 21. oktober 2024 (SE-B3, s. 1417) skrev Kammeradvokaten til Varmeværkernes advokat følgende:

> *Som I anfører i bl.a. jeres processkrift om syn og skøn II af 23. september 2024, er de nye bødeudmålingsregler trådt i kraft pr. 1. juli 2024. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er på den baggrund i gang med at undersøge betydningen heraf for de pt. nedlagte bødepåstande.*

Først den 11.-25 april 2025 fremsendte styrelsen processkrifter med nye bødepåstande, hvor de samlede bøder altså blev nedsat fra ca. 500 mio. kr. til mindre end 15 mio. kr.

De oprindelige, eksorbitant høje bøder har naturligvis haft betydning for, hvordan Varmeværkerne har håndteret og tilrettelagt sagerne og processmåden. Først efter sagens betydelige skriftveksling og afholdelse af syn og skøn, nedsatte styrelsen bøderne, selvom styrelsen allerede havde været bekendt med de nye regler før afgivelsen af svarskrifterne og i hvert fald senest 21. maj 2024.

Hvis styrelsen måtte få medhold i de nu nedlagte bøder, vil det svare til, at de kun har fået medhold i 3 % af de oprindelige påstande. På denne baggrund gør Varmeværkerne gældende, at styrelsen i relation til spørgsmålet om sagsomkostninger skal anses for den tabende part, uanset retssagens udfald i øvrigt.
…"

Hvide Sande har desuden under henvisning til stævning af 20. december 2023 gjort gældende, at Hvide Sande ikke udøver økonomisk aktivitet og dermed ikke erhvervsvirksomhed, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 1.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sammenfattende processkrift af 1. september 2025 samt tillæg til det sammenfattende processkrift ad bødens udmåling af 1. september 2025. Af sammenfattende processkrift af 1. september 2025 fremgår blandt andet:

"…

2. SAGERNES GENSTAND OG TEMA

Sagerne angår en prøvelse af Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023 (**FE I, s. 17ff**), hvorved Konkurrencerådet traf afgørelse om, at en række kraftvarme- og regulérkraftværker (herefter tilsammen "de 49 værker"), herunder sagsøgerne og Effekthandel ApS (herefter "Effekthandel") har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved at have indgået en horisontal aftale om koordinering af priser og bud på el-markedet for den manuelle reserve Manual Frequency Restoration Reserve (herefter "mFRR") i Vestdanmark (DK1).

Den manuelle reserve mFRR dækker over den reservekapacitet, der indkøbes af Energinet på kapacitetsauktioner til at dække eventuelle udfald i elsystemet. Kapaciteten, der reserveres hos de enkelte kraftvarme- og regulérkraftværker, anvendes til at afhjælpe store ubalancer og sikrer ved aktivering opretholdelsen af balancen i el-systemet over længere perioder med ikke-planlagte udsving i produktion eller forbrug. Værkerne kan indmelde bud på kapacitet, der kan reserveres, og en dertilhørende pris til deres produktionsbalanceansvarlige aktører, som videreformidler buddene til Energinet, der afholder auktionen på markedet for mFRR.

De 49 værker deltog alle i en fælles puljeordning, som gik ud på, at værkerne uddelegerede deres prissætning på mFRR i Vestdanmark (DK1) til handelsvirksomheden Effekthandel. De enkelte værkers deltagelse i puljeordningen varierede i både tid og omfang, jf. nærmere afsnit 3 nedenfor.

De 49 værkers deltagelse i puljeordningen foregik på grundlag af særskilte, men grundlæggende ens parallelle aftaler med Effekthandel. Fælles for alle disse aftaler er, at de er baseret på samme aftaleskabelon fra Effekthandel, og at det fremgår af aftalerne, at en række andre virksomheder deltager og skal have andel i puljeordningens fælles indtjening efter en fordelingsnøgle. De 49 værker blev løbende adresseret i fællesskab om puljens koordinerede ageren i markedet, f.eks. via månedlige mails fra Effekthandel.

Den fælles puljeordning udgør én samlet aftale, der blev faciliteret af Effekthandel. Aftalen udgør en horisontal aftale, da de 49 værker var og er aktuelle eller potentielle konkurrenter på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1). Effekthandel, der ikke var eller er aktiv på det relevante marked, faciliterede de 49 værkers koordinering af priser og bud på mFRR.

Puljeordningen mellem de 49 værker havde til formål at begrænse konkurrencen på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1) ved at overlade prissætningen af værkernes kapacitet i mFRR-kapacitetsauktioner til Effekthandel med henblik på at hæve priserne i markedet. Aftalen mellem Effekthandel og værkerne medførte således, at det enkelte værk ikke selv fastsatte den pris, det ville byde ind med til mFRR-kapacitetsauktionen. Denne koordinering af bud satte priskonkurrencen i auktionen – og dermed et af de vigtigste konkurrenceparametre mellem værkerne – ud af kraft. En sådan aftale om koordinering af priser anses efter fast praksis for at være så skadelig for konkurrencen, at den har til formål at begrænse konkurrencen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er fuldt ud opmærksom på, at de enkelte aftaler mellem værkerne og Effekthandel isoleret set kan anses for at udgøre vertikale aftaler, ifølge hvilke Effekthandel skulle levere en serviceydelse til det enkelte værk. De parallelle aftaler danner imidlertid, som nævnt, rammen om én fælles horisontal aftale, der blev faciliteret af Effekthandel. Aftalerne er derfor ikke omfattet af den vertikale gruppefritagelse. Endvidere opfylder aftalen mellem de 49 værker og Effekthandel ikke betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3.

På den baggrund har Konkurrencerådet nedlagt selvstændige påstande om, at sagsøgerne skal betale en civil bøde for at have overtrådt forbuddet mod at indgå konkurrencebegrænsende aftaler m.v. i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved at have indgået en horisontal aftale om koordinering af priser og bud på mFRR-markedet i Vestdanmark (DK1).

Det bemærkes, at nærværende sager er en del af et sagskompleks på 50 sager i alt, som udspringer af Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023. I 41 af sagerne, herunder nærværende prøvesager, blev afgørelsen indbragt direkte af parterne for domstolene. Derimod indbragte de resterende ni parter afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Konkurrenceankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse ved kendelse af 30. oktober 2024 i sagerne KL-8-2023 – KL-12-2023 og i sagerne KL-13-2023 – KL-16-2023 (bilag G (**FE I, s. 155ff**)). Det fremgår af kendelsen, at Konkurrenceankenævnet fandt, at der var tale om én samlet horisontal aftale (bilag G, side 39-41 (**FE I, s. 193-195**)), der efter sit indhold havde til formål at begrænse konkurrencen (bilag G, side 42 (**FE I, s. 196**)):

> *"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 mFRRkapacitetsauktionen. 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)."*

Endvidere fandt Konkurrenceankenævnet, at den retlige og økonomiske kontekst, hvori aftalen indgår, bekræftede, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen (bilag G, side 42 (**FE I, s. 196**)):

> *"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 varmeforsyningsloven er underlagt et forbud mod krydssubsidiering, kan føre til et andet resultat."*

Endelig fandt Konkurrenceankenævnet, at aftalen ikke var omfattet af den vertikale gruppefritagelse og heller ikke opfyldte betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, at det var uden betydning for afgørelsen af, om der er sket overtrædelse af de konkurrenceretlige regler, om Effekthandel og værkerne var i god tro om puljeordningens lovlighed, og at der i øvrigt ikke var forhold i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning og sagsbehandling, der kunne føre til et andet resultat, jf. bilag G, side 43 (**FE I, s. 197**).2

Det bemærkes for en ordens skyld, at Konkurrenceankenævnets kendelse er blevet indbragt af klagesagernes parter til prøvelse ved Sø- og Handelsretten.

3. DE FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

I forhold til sagens faktiske omstændigheder, herunder en beskrivelse af det relevante marked, henviser Konkurrencerådet til sagsfremstillingen i afsnit 3 i Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023 (bilag 1, side 13-95 (**FE I, s. 29-112**)) og til svarskriftet, afsnit 3 (**SE I, s. 146**). De centrale faktiske omstændigheder kan efter styrelsens opfattelse opsummeres som følger:

- De 49 værker underskrev i perioden 1. september 2019 til 18. januar 2021 grundlæggende enslydende aftaler med Effekthandel, hvorved værkerne indtrådte i en puljeordning. De konkrete perioder for aftalerne mellem sagsøgerne og Effekthandel kan oplistes som følgende:
    - Bramming Fjernvarme Amba indgik to aftaler med Effekthandel den 9. oktober 2020 (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 44 (bilag A, side 109-113 (**FE II, s. 485-489**))) og opsagde aftalerne den 26. januar 2021 (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 77 (bilag A, side 410-412 (**FE II, s. 610-612**))).
    - Brøns Kraftvarmeværk A.m.b.a. indgik aftalen med Effekthandel den 22. oktober 2019 (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 12 (bilag A, s. 45 (**FE II, s. 480**))) og opsagde aftalen den 27. februar 2023 (bilag 59 til rådsafgørelsen (bilag A, s. 2435 (**FE II, s. 1024**))).
    - Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.a. indgik aftalen med Effekthandel den 22. september 2020 (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 40 (bilag A, s. 102 (**FE II, s. 484**))) og opsagde aftalen den 24. november 2020 (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 76 (bilag A, s. 409 (**FE II, s. 608**))).
    - Jetsmark Energiværk Amba indgik aftalen med Effekthandel den 20. september 2019 (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 7 (bilag A, s. 35 (**FE II, s. 478**))) og opsagde aftalen den 28. september 2022 (bilag 56 til rådsafgørelsen (bilag A, s. 2428 (**FE II, s. 1022**))).
    - Ø Brønderslev Fjernvarmeværk indgik aftalen med Effekthandel den 2. september 2020 (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 35

(bilag A, s. 92 (**FE, s. 482**))) og opsagde aftalen den 1. juni 2022 (bilag 79 (**SE III, s. 1141**)).

- De 49 værker uddelegerede ved aftalen prissætningen af deres produktionsmængde (kapacitet i MW), som værkerne meldte ind på markedet for mFRR via deres produktionsbalanceansvarlige aktører, til Effekthandel uden herefter selv at have kontrol over prissætningen af deres kapacitet.

- De 49 værkers produktionsbalanceansvarlige aktører videreformidlede 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 de 49 værkers produktionsbalanceansvarlige aktører, som herefter udbetalte beløbet til de værker, hvis bud var blevet accepteret af Energinet.

- Effekthandel fordelte herefter indtjeningen mellem de deltagende værker efter en fordelingsnøgle og modtog en provision af puljens indtjening.

- Effekthandel udsendte løbende e-mails til de deltagende værker, som typisk bestod i en redegørelse for de seneste udviklinger i puljeordningens ageren på markedet, og som var vedhæftet den relevante månedsopgørelse på baggrund af hvilken, omsætningsfordelingen blandt puljedeltagerne skulle foretages (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 51-68 (bilag A, s. 225-372 (**FE II, s. 499-567**)), bilag 6 til rådsafgørelsen, bevis 1-11 (bilag A, s. 429-474 (**FE II, s. 627-668**)), og bilag 9 til rådsafgørelsen, bevis 1-5 (bilag A, s. 487-532 (**FE II, s. 677-684**))).

Som dokumentation, for at sagsøgerne var informeret om aftalens indhold og formål, har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udarbejdet en oversigt over de specifikke e-mails og dokumenter, som sagsøgerne løbende har modtaget fra Effekthandel og/eller udvekslet med Effekthandel (bilag B i hver sag (**FE I, s. 351-445**)).

4. FRIFRINDELSESPÅSTANDEN

4.1 Indledning

Til støtte for den nedlagte frifindelsespåstand gøres det overordnet gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023 om, at de 49 værker og Effekthandel har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved at have indgået en horisontal aftale om koordinering af priser og bud på el-markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1), der har til formål at begrænse konkurrencen. Der henvises herom overordnet til rådsafgørelsen (**FE I, s. 17ff**). Som det allerede fremgår af af-

snit 2 ovenfor, stadfæstede Konkurrenceankenævnet denne vurdering ved kendelse af 30. oktober 2024 i sagerne KL-8-2023 – KL-12- 2023 og i sagerne KL-13-2023 – KL-16-2023 (bilag G (**FE I, s. 155ff**)).

Sagsøgerne har gjort en lang række anbringender gældende, som er udførligt imødegået i svarskriftet, duplikken og processkrift A. I det følgende vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen derfor alene komme ind på de centrale temaer i sagen, idet der i øvrigt henvises til skriftvekslingen.

4.2 Aftalen vedrører udøvelse af økonomisk aktivitet i et marked

Sagsøgerne gør gældende, at konkurrenceloven ikke finder anvendelse på anskaffelse af mFRR, og at rådsafgørelsen som følge heraf lider af en væsentlig retlig mangel, som må føre til afgørelsens ugyldighed i form af ophævelse eller hjemvisning. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er uenig. Konkurrenceloven omfatter *"enhver form for erhvervsvirksomhed"*, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 1. Ifølge de specielle bemærkninger til bestemmelsen omfatter begrebet "erhvervsvirksomhed" *"enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester"*, jf. Folketingstidende 1996-97, tillæg A, L 172 af 20. februar 1997 som fremsat, side 3653, v.sp. (**MS I, s. 84**).

Begrebet skal forstås i overensstemmelse med det tilsvarende virksomhedsbegreb i EU-retten, jf. Folketingstidende 2020-21, tillæg A, L 116 af 9. december 2020 som fremsat, side 104, v.sp. (**MS III, s. 975**), der efter fast praksis omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed ved at udbyde varer eller tjenesteydelser på et marked, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde, jf. f.eks. Domstolens dom af 21. december 2023, Royal Antwerp Football Club, C-680/21, EU:C:2023:1010, præmis 76 (**MS II, s. 560**).

mFRR er en generisk ydelse, som kan købes og sælges på markedsvilkår, jf. nærmere rådsafgørelsens afsnit 3.3 (**FE I, s. 49ff**). Der er efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse ingen tvivl om, at de enkelte værkers salg af mFRR til Energinet udgør økonomisk aktivitet i et marked for varer eller tjenesteydelser i konkurrencelovens og TEUFs forstand.

Det er endvidere uden betydning for vurderingen af, om der er tale om økonomisk aktivitet i et marked, at såvel Energinet som en stor andel af værkerne drives efter et "hvile-i-sig-selv"-princip. Det fremgår af de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 6 og fast retspraksis, at det ikke er afgørende for anvendelsen af bestemmelsen, om en virksomhed drives med økonomisk gevinst for øje, jf. Folketingstidende 1996-97, tillæg A, L 172 af 20. februar 1997 som fremsat, side 3653, v.sp. (**MS I, s. 84**), og Domstolens dom af 12. juli 2012, Compass-Datenbank, C-138/11, EU:C:2012:449, præmis 39 og 42.

Det bemærkes desuden, at kraftvarmeværker, der er underlagt et "hvile-i-sig-selv"-princip, for det første konkurrerer med regulérkraftværker, der

ikke er underlagt et tilsvarende princip, om afsætning af mFRR til Energinet. For det andet giver en øget indtjening på markedet for mFRR kraftvarmeværker mulighed for at sætte varmeprisen ned for sine fjernvarmeforbrugere, og disse værker har derfor uanset "hvile-isig-selv"-princippet et økonomisk incitament til at opnå øgede afregningspriser på markedet for mFRR.

Der henvises i øvrigt til rådsafgørelsen, afsnit 3.5.1 (**FE I, s. 95**) og afsnit 4.3.1 (**FE I, s. 121**).

4.3 De 49 værker og Effekthandel har indgået én samlet horisontal aftale

Forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, omfatter både aftaler og samordnet praksis. Det konkurrenceretlige aftalebegreb skal i overensstemmelse med praksis efter EU-konkurrenceretten fortolkes bredt, jf. de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 6, stk. 1 (Folketingstidende 1996-97, tillæg A, L 172 af 20. februar 1997 som fremsat, side 3657, h.sp. (**MS I, s. 88**), og Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 63 af 27. oktober 2004 som fremsat, side 1637, v.sp. (**MS I, s. 107**)), og må ikke sammenblandes med eller erstattes af det mere snævre traditionelle obligationsretlige aftalebegreb, som forudsætter en overensstemmende accept af et tilbud, førend en bindende aftale kan anses for at være indgået.

Det afgørende i forhold til det konkurrenceretlige aftalebegreb er, om de involverede virksomheder har udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde, jf. de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 6, som anført lige ovenfor, samt Rettens dom af 8. juli 2008, AC-Treuhand (I), T-99/04, EU:T:2008:256, præmis 118 (**MS II, s. 611-612**).

Det er i den forbindelse ikke afgørende, på hvilken måde samstemmigheden kommer til udtryk, jf. f.eks. Domstolens dom af 13. juli 2006, Volkswagen (II), C-74/04 P, EU:C:2006:460, præmis 37 (**MS I, s. 320**).

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, jf. f.eks. oversigten over udvekslede e-mails og dokumenter i bilag B (**FE I, s. 351-445** (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 51-68 (bilag A, s. 225-372 (**FE II, s. 499-567**)), bilag 6 til rådsafgørelsen, bevis 1-11 (bilag A, s. 429-474 (**FE II, s. 627-668**)), og bilag 9 til rådsafgørelsen, bevis 1-5 (bilag A, s. 487-532 (**FE II, s.**

677-684))). Det må i den forbindelse have stået klart for deltagerne, at de andre værker var konkurrenter, som ligeledes skulle stille kapacitet til puljens rådighed, da det er præmissen for aftalen, at Effekthandel prissætter mFRR på vegne af værkerne. Dette gælder også de værker, som er kraftvarmeværker, uanset at kraftvarmeværker er underlagt "hvile-i-sig-selv"-princippet.

De 49 værker tog hver måned aktiv stilling til, om de ville stille deres kapacitet til puljeordningens rå- dighed med henblik på at bidrage til det fælles formål om *"at presse priserne op på et acceptabelt niveau"* (rådsafgørelsens bilag 2, bevis 70 (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 51-68 (bilag A, s. 225-372 (**FE II, s. 499-567**)), bilag 6 til rådsafgørelsen, bevis 1-11 (bilag A, s. 429-474 (**FE II, s. 627-668**)), og bilag 9 til rådsafgørelsen, bevis 1-5 (bilag A, s. 487-532 (**FE II, s. 677-684**))), som Effekthandel udsendte til de deltagende værker, hvor meget kapacitet de forskellige værker havde indmeldt via puljeordningen i mFRRmarkedet, 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 (se f.eks. bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 54 og 58 (bilag A, s. 236 og s. 251 (**FE II, s. 507-509 og 521-523**))). 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.

Effekthandel, som ikke er aktiv på produktionsniveau og ikke selv har kapacitet til at byde ind med reservekapacitet, er efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering medansvarlig for aftalen.

Det forhold, at der kun er én køber (Energinet), og at Energinet fastsætter vilkårene for deltagelse i mFRR-konkurrencen, herunder ved fastsættelse af krav om, at bud skal være på minimum 5 MW, og ved anvendelse af "pay-as-clear"-formatet, ændrer ikke på, at værkerne er konkurrenter på markedet, og at puljeordningen derfor har begrænset priskonkurrencen mellem værkerne. De pågældende forhold gør ikke, at de enkelte værker ikke er i konkurrence med hinanden på et marked, eller at der ikke er en konkurrence at påvirke, når værkerne sælger mFRR-ydelser på dette marked.

Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse er der således ingen tvivl om, at aftalen mellem de 49 værker og Effekthandel udgør én samlet horisontal aftale. Der henvises nærmere til rådsafgørelsen, afsnit 4.3.2.2 og 4.3.2.3 (**FE I, s. 123-127**).

Selv om de enkelte aftaler mellem værkerne og Effekthandel isoleret set kan anses for at udgøre en vertikal aftale, ifølge hvilken Effekthandel leverer en serviceydelse til det enkelte værk, danner de parallelle aftaler helt

åbenbart rammen om én fælles horisontal aftale mellem alle de deltagende værker, der faciliteres af Effekthandel.

Den fælles puljeordning udgør derfor én samlet horisontal aftale, hvilket også er lagt til grund i Konkurrenceankenævnets kendelse (bilag G, side 41-42 (**FE I, s. 195-196**)).

4.4 Aftalen har haft til formål at begrænse konkurrencen

4.4.1 Retsgrundlaget

Konkurrencelovens § 6, stk. 1 (**MS I, s. 42**), og TEUF artikel 101, stk. 1 (**MS I, s. 158**), forbyder virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

En aftale har efter fast retspraksis til formål at begrænse konkurrencen, hvis en undersøgelse af navnlig (i) rækkevidden af aftalens indhold, (ii) de formål, aftalen efter en objektiv vurdering tilsigter at opfylde, samt (iii) den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, jf. f.eks. Højesterets dom trykt i UfR 2020, side 524 (**MS I, s. 258**), og Domstolens dom af 27. juni 2024, Servier, C-176/19 P, EU:C:2024:549, præmis 96 (**MS II, s. 579**).

Videre følger det af fast praksis, at horisontale prisaftaler, herunder koordinering af priser og bud mellem tilbudsgivere, generelt anses for at have til formål at begrænse konkurrencen, jf. herved f.eks. Kommissionens beslutning af 21. oktober 1998 i sag IV/35.691, Rørkartel, som opretholdt ved Rettens dom af 20. marts 2022, Løgstør Rør, T-16/99, EU:T:2002:72, Domstolens dom af 11. september 2014, Groupement des cartes bancaires, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 51 (**MS I, s. 375**), og Domstolens dom af 28. juni 2015, Dansk Rørindustri, C-189/02 P, EU:C:2005:408 (se særligt præmis 142ff) (**MS I, s. 308**).

For denne type af aftaler kan det umiddelbart lægges til grund, at de har til formål at begrænse konkurrencen i den forstand, begrebet anvendes i konkurrencelovens § 6, stk. 1/TEUF artikel 101, stk. 1. Undersøgelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng kan derfor for sådanne aftaler begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, jf. f.eks. Domstolens dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2022:993, præmis 165-166 (**MS II, s. 535-536**), og Domstolens dom af 27. juni 2024, Servier, C- 176/19 P, EU:C:2024:549, præmis 97-98 (**MS II, s. 579-580**).

Domstolen har i denne forbindelse udtrykkeligt fastslået, at det i relation til den økonomiske og retlige kontekst "*på ingen måde er nødvendigt at undersøge endsige påvise den pågældende adfærds virkninger for konkurrencen, uanset om disse er faktiske eller potentielle eller negative eller positive*", jf. bl.a. Domsto-

lens dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2022:993, præmis 159, 162 og 166 (**MS II, s. 535-536**), og Domstolens dom af 27. juni 2024, Servier, C-176/19 P, EU:C:2024:549, præmis 243, 288 og 453 (**MS II, s. 589, 594 og 598**).

Hvis det på baggrund af en undersøgelse af de relevante forhold kan fastslås, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, er det derudover ikke nødvendigt at undersøge aftalens sandsynlige negative virkninger for konkurrencen nærmere (dvs. det er uden betydning, om en skade på konkurrencen faktisk indtræder, herunder omfanget af skaden), jf. bl.a. Domstolens dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2022:993, præmis 159 og 166 (**MS II, s. 534-536**). Denne praksis er begrundet i den omstændighed, at visse former for aftaler mellem virksomheder efter deres art kan betragtes som så skadelige for de normale konkurrencevilkår, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger, jf. førnævnte doms præmis 162 (**MS II, s. 535**).

Domstolen har endvidere fastslået, at aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen, altid anses for at have mærkbare virkninger, jf. Domstolens dom af 13. december 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, præmis 37 (**MS I, s. 353**). Dette blev også fremhævet i Konkurrenceankenævnets kendelse, bilag G, side 43 (**FE I, s. 197**):

> *"[…] 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."*

Ligeledes følger det af fast retspraksis, at det i forhold til aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen, ikke er et krav for konkurrencemyndighederne at gennemføre en kontrafaktisk analyse af markedsforholdene henholdsvis med og uden aftalen, da der netop ikke skal foretages en undersøgelse af sådanne aftalers effekt, jf. f.eks. Domstolens dom af 2. april 2020, Budapest Bank, C-228/18 EU:C:2020:265, præmis 55 og 75 (**MS II, s. 473 og 476**), og Domstolens dom af 25. marts 2021, Lundbeck, C-591/16 P, EU:C:2020:428, præmis 139ff (**MS II, s. 487-488**).

4.4.2 Det skal ikke undersøges, om aftalen kunne have en effekt

Sagsøgerne anfører, at der *"som udgangspunkt ikke* [ligger] et *krav om at undersøge effekter, men et krav om at undersøge, om aftalerne overhovedet kunne have en effekt"*. Det er nærmere bestemt sagsøgernes opfattelse, at det følger af retspraksis, at (1) konkurrencemyndigheden ved undersøgelsen af, om aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, skal påvise, at aftalen *kunne* begrænse konkurrencen, og (2) at Konkurrence-og Forbrugerstyrelsen ikke konkret har foretaget en tilstrækkelig undersøgelse heraf.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er uenig. Ved en til formåls-vurdering gælder der ikke et krav om at undersøge og påvise, at aftalen *kunne* have en

effekt. Et sådant krav vil i realiteten svare til, at konkurrencemyndighederne skal foretage en egentlig effektanalyse om aftalens faktiske eller potentielle virkninger, hvilket ikke følger af konkurrenceretten. EU-Domstolen har udtrykkeligt fastslået, at det på ingen måde er nødvendigt at undersøge, endsige påvise, aftalens faktiske eller potentielle virkninger på konkurrencen, når aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, jf. afsnit 4.4.1 ovenfor.

Det er derfor også direkte i modstrid med EU-Domstolens praksis, når sagsøgerne anfører, at "*Servier støtter altså, at konkurrencemyndighederne skal foretage en konkret analyse af en given aftales mulige effekter*", jf. replikken, side 45 (**SE II, s. 605**). Sagsøgerne begår samme retlige fejl, som Retten gjorde i Servier, når sagsøgerne lægger vægt på aftalens potentielle virkninger, jf. Servier, præmis 241 (**MS II, s. 589**).

Synspunktet om, at der skal lægges vægt på en aftales potentielle virkning ved en til formåls-vurdering, er ikke "bare" uden støtte i EU-Domstolens praksis. Det er i direkte modstrid hermed. Det var således også på denne baggrund, at EU-Domstolen i Servier-sagen utvetydigt fastslog, at Retten havde begået en retlig fejl ved at inddrage en analyse af adfærdens *potentielle* virkninger, jf. Servier, præmis 242-243 (**MS II, s. 589**).

Der gælder heller ikke, som ellers anført af sagsøgerne, noget krav om, at myndighederne skal kunne pege på "præcise" og "enslydende" erfaringer med tilsvarende aftaler for at konstatere, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, men blot at aftalen falder inden for samme type af kategori af konkurrencebegrænsende aftaler, jf. Domstolens dom af 25. marts 2021, Xellia Pharmaceuticals, C-611/16 P, EU:C:2021:245, præmis 119-121 (**MS II, s. 505**). Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker hertil, at puljeordningen er en horisontal aftale om koordinering af priser og bud, hvilket efter styrelsens opfattelse og fast retspraksis utvivlsomt udgør en kategori af aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen.

Sagsøgernes anbringender om, at Konkurrencerådet ikke havde grundlag for at træffe en til formålsafgørelse, beror således på en forkert udlægning af konkurrenceretten, der ikke har støtte i EU-praksis. Der henvises i øvrigt til duplikken, afsnit 3.2 (**SE II, s. 726-730**), og processkrift A, afsnit 5.1 (**SE II, s. 835-836**).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker endvidere, at selv hvis kravene til konkurrencemyndighedernes undersøgelse udvides til, at myndighederne skal påvise, at aftalen *kunne* begrænse konkurrencen – og dermed reelt foretage en "mini" effektanalyse af aftalens virkninger – gør styrelsen gældende, at det på baggrund af de foreliggende oplysninger i sagen, herunder skønsrapporten, kan lægges til grund, at aftalen utvivlsomt kunne begrænse konkurrencen. Dette uddybes i afsnit 4.5 nedenfor.

4.4.3 Aftalens indhold

Det fremgår klart af aftalens indhold, at det enkelte værk overlader prissætningen af den indmeldte kapacitet i mFRR-kapacitetsauktionen til Effekthandel, og at Effekthandel efter fradrag af provision fordeler indtjeningen mellem de deltagende værker (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 1-47 (bilag A, s. 21-121 (**FE II, s. 473-489**))). Ved at deltage i puljeordningen og overlade prissætningen af kapacitet i mFRR-kapacitetsauktioner til Effekthandel koordinerede de 49 værker dermed både priser og bud på mFRR-markedet. Som også lagt til grund af Konkurrenceankenævnet (bilag G, side 42 (**FE I, s. 196**)) har den fælles aftale om koordinering af priser og bud derfor – bedømt ud fra sit indhold – til formål at begrænse konkurrencen.

4.4.4 Aftalens objektive formål

4.4.4.1 Konkurrencerådets vurdering

Aftalens objektive formål var at hæve priserne på mFRR i Vestdanmark (DK1) ved at lade Effekthandel fastsætte priserne på vegne af værkerne i mFRR-kapacitetsauktionen og dermed begrænse konkurrencen mellem de enkelte værker, jf. rådsafgørelsens punkt 641ff (**FE I, s. 139**).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker, at ét bud i en mFRR-kapacitetsauktion indeholder to variabler: (i) mængden (kapaciteten målt i MW) og (ii) prisen på denne mængde. De 49 værker indmeldte selv deres kapacitet i de produktionsbalanceansvarlige aktørers indmeldingsportal, når de deltog i en mFRR-kapacitetsauktion. Herefter loggede Effekthandel sig ind via samme adgang og prissatte den indmeldte kapacitet.

Effekthandel brugte altså værkernes indmeldte kapacitet til – med værkernes accept – at fastsætte priserne på det samlede bud (bestående af en mængde og en pris). Dermed varetog Effekthandel de 49 værkers prisfastsættelse og koordinerede de konkurrerende værkers priser og bud.

Det fremgår tydeligt af sagens materiale, at det objektive formål med aftalen har været at hæve priserne på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1).

Ifølge Effekthandels informationsmateriale af 8. januar 2020 er det 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 (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 69 (bilag A, s. 375 (**FE II, s. 571**))):

> *"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 indmeldingsfælleskab?

- *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.*

[…]
Fordi princippet i fællesskabet er, at dér deler man både risiko og gevinst på en fair og gennemskuelig måde."

I informationsmaterialet, der er vedhæftet til en fælles mail til puljedeltagerne af 25. marts 2020, anfører Effekthandels direktør endvidere følgende (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 70 (bilag A, s. 382 (**FE II, s. 579**))):

"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." (vores understregning)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan ligeledes henvise til Effekthandels e-mail af 22. august 2021 (bilag 6 til rådsafgørelsen, bevis 4, (bilag A, side 444 (**FE II, s. 640**))), hvoraf det fremgår, at formålet med puljeordningen var

at hæve priserne på markedet, og at man konkret forsøgte at gøre netop dette:

> *"Det burde medvirke til at flytte priserne opad i rådighedsmarkedet, - men det er tydeligvis ikke sket, - og det er ikke fordi jeg har udeladt at forsøge."*
> (vores understregning)

Hvorvidt det faktisk lykkedes puljeordningen at hæve priserne, er dog, som nævnt, uden betydning for, om aftalen har haft til formål at begrænse konkurrencen, jf. afsnit 4.4.2 og 4.4.1. ovenfor.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at puljeordningens strategiske prissætning var opbygget omkring "pay-as-clear"-formatet, hvor de laveste bud accepteres, indtil Energinets efterspørgsel på kapacitet er dækket, og hvor alle accepterede bud modtager den samme pris for deres ydelser, som er prisen på det dyreste accepterede bud (clearingprisen).

Effekthandel brugte konkret værkernes indmeldte bud på kapacitet til at fastsætte priserne på de samlede bud (bestående af en mængde og en pris) strategisk med henblik på at kunne påvirke clearingprisen i auktionen i opadgående retning, jf. rådsafgørelsens punkt 628-631 (**FE I, s. 136**). Buddene blev prisfastsat forskelligt, fordi hvert bud spillede en bestemt rolle i puljeordningens forsøg på at hæve clearingprisen mest muligt. "Pay-as-clear"-formatet muliggjorde en sådan strategisk prisfastsættelse, idet lave bud skulle sikre, at puljeordningen ville blive omfattet af den endelige clearingpris for auktionen. Samtidig anvendte Effekthandel visse værkers kapacitet til modsat at "presse" prisniveauet opad ved strategisk at indmelde disse værkers bud til høje priser med henblik på at hæve clearingprisen pris i auktionen. Selv om der var risiko for, at disse såkaldte "prispressende" bud ville ligge over clearingprisen, og dermed ikke ville blive accepteret af Energinet i auktionen, var dette en del af puljeordningens samlede strategi. Værkerne bag disse bud blev dog kompenseret for den manglende indtjening via en fordeling af puljens samlede indtjening.

Strategien er også beskrevet i et af Effekthandels første informationsmaterialer til puljedeltagerne (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 50 (bilag A, s. 224 (**FE II, s. 497**))):

> *"• Ved at melde mange MW ind i markedet i fællesskab, flytter vi mange MW væk fra bunden, hvor der typisk meldes ind til mellem 1 og 3 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."*

Det fremgår også utvetydigt af mails fra Effekthandel til puljedeltagerne, at dette var puljeordningens strategi (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 65 og 70 (bilag A, s. 310-311 og s. 382 (**FE II, s. 554-555 og 579**))):

> *"Som jeg har skrevet tidligere, er det begrundet i måden jeg melder ind i markedet på, - kombineret med de systemer (eller rettere sagt, mangel på systemer) jeg har til min rådighed, når derskal laves indmeldingsstrategier, - og derfor vil nogle anlæg oftest ligge i "bunden" og dermed blive godtaget i rådighed ganske ofte = mange penge fra PBA.*
>
> *De anlæg der ligger i mellemgrupperne vil have en del timer godtaget, - og de anlæg der ligger som prispressere i toppen, vil ofte bliv smidt ud over kanten."* (bevis 65) (vores understregninger)
>
> og
>
> *"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."* (bevis 70) (vores understregning)

Effekthandel fordelte omsætningen fra auktionerne på baggrund af udarbejdede månedsopgørelser, der blev udsendt til samtlige puljedeltagere, jf. afsnit 4.3 ovenfor, og værkerne havde mulighed for at opnå en højere indtjening ved at være med i puljen i overensstemmelse med baggrunden for puljens etablering. Der henvises til rådsafgørelsens boks 3.3 og figur 3.6 (**FE I, s. 91-93**), hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udarbejdet et eksempel på effekten af et forsøg på at hæve priserne på mFRR ved at fastsætte priserne på de samlede bud strategisk, som Effekthandel gjorde.

Værkerne stillede altså de indmeldte mængder (kapacitet i MW) til rådighed for Effekthandel, som derefter foretog en samlet koordinering af priserne på de indmeldte mængder. Den samlede koordinering blev udmøntet i de priser og bud på de respektive værkers mængder, som blev indmeldt til værkernes produktionsbalanceansvarlige aktør. 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 værkerne 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. Der henvises i øvrigt til rådsafgørelsens punkt 626ff (**FE I, s. 135ff**).

Som følge af "pay-as-clear"-formatet pressede puljeordningen prisniveauet for hele markedet i opadgå- ende retning, idet clearingprisen som følge af

auktionsdesignet gælder for alle accepterede bud i auktionen og ikke kun prisen for de af puljeordningens medlemmer, som fik deres bud accepteret. I de auktioner/driftstimer, hvor puljeordningen dikterede clearingprisen eller havde indflydelse på denne i opadgående retning, gjorde de konkurrencebegrænsende virkninger sig dermed gældende for alle accepterede bud i auktionen og ikke kun for de af puljeordningens medlemmer, som fik deres bud accepteret.

Dette forhold afspejles også i Effekthandels mails til puljedeltagerne om, at der er behov for "*at komme på nye ideer til at få puljen boostet, så vi kan sætte priserne uden at sætte så meget til hver dag*" (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 72 (bilag A, s. 398-399 (**FE II, s. 595-597**))) med henblik på at "*udligne forskellen mellem puljens indtjening per MW og dem der står udenfor og nyder godt af vores arbejde*" (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 68 (bilag A, s. 370-371 (**FE II, s. 566-567**))).

Der er på ovenstående baggrund ikke nogen tvivl om, at aftalens objektive formål har været at hæve priserne på mFRR i Vestdanmark (DK1) og dermed begrænse konkurrencen mellem de enkelte værker.

4.4.4.2 Sagsøgernes indsigelser

Sagsøgernes subjektive formål om at spare ressourcer m.v.

Sagsøgerne gør gældende, at formålet med aftalen var at spare ressourcer og muligheden for at kunne fokusere på sin kerneforretning. Dette fremstår helt udokumenteret, og sagens materiale viser tværtimod, at formålet med aftalen har været at hæve prisniveauet i markedet, jf. det anførte herom i afsnit 4.4.4 ovenfor. Desuden ændrer det ikke på, hvad der objektivt må anses for aftalens formål, selv hvis det måtte være rigtigt.

For det første kan sagsøgernes angiveligt forfulgte subjektive formål om at opnå effektivitet og spare ressourcer, uanset at det i princippet kan udgøre et legitimt formål, ikke ændre på det objektive formål med aftalen. Formålet med en aftale skal fastlægges efter objektive kriterier og uafhængigt af, om parterne har haft en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen eller ej, jf. Domstolens dom af 25. februar 2010, BIDS, C-209/07, EU:C:2010:98, præmis 21 (**MS I, s. 331-332**).

Videre udelukker den omstændighed, at de pågældende foranstaltninger angiveligt *også* måtte forfølge andre legitime mål, ikke, at foranstaltningerne kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, jf. Domstolens dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2022:993, præmis 167 (**MS II, s. 536**).

For det andet ændrer sagsøgernes angivelige legitime mål om at spare ressourcer og fokusere på sin kerneopgave konkret ikke på, at aftalen – objektivt set – har til formål at begrænse konkurrencen. En aftale om at styre

prissætningen på markedet angår i den forbindelse ikke et legitimt ressourcespørgsmål.

Sagens materiale viser i den forbindelse for det tredje, at værkerne stillede de indmeldte mængder (kapacitet i MW) til rådighed for Effekthandel, som derefter foretog en samlet strategisk prissætning af de indmeldte mængder med henblik på at påvirke clearingprisen i auktionen i opadgående retning, jf. afsnit 4.4.4 ovenfor.

Værkerne stillede altså de indmeldte mængder (kapacitet i MW) til rådighed for Effekthandel, som derefter foretog en samlet *koordinering* af priserne på de indmeldte mængder. Det forhold, at det var Effekthandel og ikke værkerne selv, der foretog prissætningen af mængderne, ændrer ikke ved, at de bud, der blev indmeldt til mFRR-kapacitetsauktionerne, i sidste ende var koordineret på tværs af puljeordningen, som alle deltagende værker var fuldt ud bekendt med, jf. nærmere lige nedenfor.

For sagens materiale viser for det fjerde, at værkerne aktivt deltog i puljeordningen og indrettede deres adfærd efter Effekthandels månedsmails. Værkerne tog hver måned aktiv stilling til, om de ville stille deres kapacitet til puljeordningens rådighed med henblik på at bidrage til det fælles mål om *"at presse priserne op på et acceptabelt niveau"* (rådsafgørelsens bilag 2, bevis 70 (bilag A, s. 382 (**FE II, s. 579**))). Værkerne skulle derudover løbende modtage penge fra puljen eller betale penge til puljen på baggrund af de fakturaer, Effekthandel udsendte sammen med månedsopgørelserne (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 51-68 (bilag A, s. 225-372 (**FE II, s. 499-567**)), bilag 6 til rådsafgørelsen, bevis 1-11 (bilag A, s. 429- 474 (**FE II, s. 627-668**)), og bilag 9 til rådsafgørelsen, bevis 1-5 (bilag A, s. 487-532 (**FE II, s. 677-684**))). Endelig bidrog værkerne med kommunikation om puljeordningen til konkurrerende værker med henblik på at danne ét stort fællesskab, som var en forudsætning for puljeordningens succes. Det følger således f.eks. af Effekthandels månedsmail af 24. juni 2020, at:

> *"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."* (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 58 (bilag A, s. 251 (**FE II, s. 522**))) (vores understregninger)

Selv hvis det skulle lægges til grund, at værkerne ikke aktivt indrettede deres adfærd efter Effekthandels månedsmails, viser sagens materiale for det femte, at værkerne var fuldt ud bekendt med indholdet af aftalen og formålet med puljeordningen, som Effekthandel faciliterede, jf. f.eks. den ikke-udtømmende oversigt over udvekslede e-mails og dokumenter mellem Effekthandel og sagsøgerne i bilag B (**FE, s. 351- 445**).

Domstolen har allerede 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, jf. Domstolens dom af 21. januar 2016 i sag C-74/14, Eturas, EU:C:2016:42, præmis 28 (**MS I, s. 422**). Dette fordi den stiltiende godkendelse af et ulovligt initiativ virker som en tilskyndelse til at fortsætte overtrædelsen.

Sagsøgerne havde angiveligt ikke til formål at begrænse konkurrencen

Sagsøgerne gør endvidere gældende, at sagsøgernes subjektive formål med at indgå aftalen med Effekthandel ikke var at begrænse konkurrencen, og at de som følge af og Effekthandels adfærd samt notat var i god tro herom.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker, at styrelsen ikke er enig i vurderingen foretaget af Vurderingen er baseret på en grundlæggende forkert tilgang, idet vurderingen ikke forholder sig til, at de enkelte aftaler – sammen med de andre parallelle aftaler med de øvrige værker – udgør rammen om én fælles horisontal aftale, der blev faciliteret af Effekthandel, og hvor parterne var fuldt ud opmærksomme på, at Effekthandel skulle koordinere priserne med henblik på at presse priserne opad.

Dernæst er notat og de øvrige påberåbte forhold uden betydning. For en aftales konkurrencebegrænsende formål er uafhængig af, om parterne har haft en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen eller ej. At aftalen efter det oplyste skulle være indgået under forudsætning af, at aftalen ikke ville være i strid med konkurrencereglerne, ændrer ikke på, at sagsøgerne har deltaget i en aftale, der i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, havde et objektivt formål om at begrænse konkurrencen. Spørgsmålet om god tro kan kun have betydning i forhold til spørgsmålet om eventuel bødeudmåling, jf. herved udtrykkeligt Højesterets dom trykt i UfR 2020, side 524 (**MS I, s. 258**).

Sagsøgerne fremhæver ligeledes, at nogle af de væsentligste aktører på markedet med størst kendskab til markedet ikke udtalte betænkeligheder ved puljeordningen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal hertil bemærke, at Danske Commodities, som også er produktionsbalanceansvarlig aktør på markedet, allerede på et tidligt stadie af puljeordningens eksistens gav udtryk for, at puljeordningen efter deres opfattelse var klart i strid med konkurrencereglerne og REMIT-reglerne på trods af notat, jf. Danske Commodities' mails til Effekthandel af 16. og 20. januar 2020 (bilag L (**FE I, s. 327- 330**)).

Med henvisning til det anførte i notat om Effekthandels rolle som "mellemmand" sammenligner sagsøgerne Effekthandels rolle med andre aktører på markedet for mFRR, der også fungerer som mellemmænd, herunder produktionsbalanceansvarlige aktører og aggrega-

torer. Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse er sammenligningen misvisende.

En produktionsbalanceansvarlig aktør modtager bud i form af en bestemt mængde kapacitet og en tilhø- rende pris fra sine kunder, hvorefter buddene indgives i de relevante auktioner. Som led i denne øvelse varetager den balanceansvarlige aktør rollen som aggregator ved at aggregere mindre bud, der isoleret set er for små til at deltage i auktionen grundet auktionskrav om minimumsstørrelse på indgivne bud. Prisen på det aggregerede bud fastsættes efter et vægtet gennemsnit, og det er ikke en aggregators opgave at bestemme prisen, men blot at samle og videreformidle bud, så de opfylder minimumskravene for deltagelse i auktionen.

Effekthandels rolle som facilitator af aftalen om koordinering af priser og bud på mFRR-markedet, hvor Effekthandel varetog værkernes prisfastsættelse og koordinerede de konkurrerende værkers priser og bud uden at aggregere mindre bud til færre sammenlagte bud, kan dermed ikke sammenlignes med de balanceansvarlige aktørers aggregerende og videreformidlende rolle, jf. nærmere afsnit 4.4.5.1 og 4.4.5.3 nedenfor. Det forhold, at sagsøgerne har været vant til at bruge eksterne aktører, kan derfor ikke begrunde, at sagsøgerne skulle have været i god tro om puljeordningens lovlighed.

Sagsøgerne anfører endvidere, at sagsøgerne betragtede Effekthandels mails som "sælger-snak", og at sagsøgerne ikke har tillagt ordlyden af de pågældende mails nogen særlig betydning, jf. processkrift 1, side 9 (**SE II, s. 799**). Dette ændrer heller ikke på det faktum, at sagsøgerne faktisk deltog aktivt i puljeordningen med fuld viden om ordningens formål og indrettede sin adfærd efter Effekthandels månedsopgørelser.

Det er i den forbindelse faktuelt forkert, når sagsøgerne påstår, at værkerne ikke har svaret på Effekthandels månedsmails, jf. processkrift 1, side 9 (**SE II, s. 799**). Der er flere eksempler på, at de enkelte værker har svaret på Effekthandels månedsmails, idet det bemærkes, at disse svarmails ikke har været medtaget som bilag til rådsafgørelsen, da de efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse ikke er relevante for afgørelsens konklusion. Der henvises til mailkorrespondance mellem Brøns Kraftvarmeværk a.m.b.a. v/formand Kaj Nielsen og Effekthandel af 18. marts 2021 (bilag M (**SE III, s. 1049-1053**)).

I forhold til hvilken betydning notatet fra og påståede "blåstempling" har for bødepåstandene og spørgsmålet om formildende omstændigheder henvises der til afsnit 5.3, samt til duplikken, afsnit 4.2.6 (**SE II, s. 778ff**).

4.4.5 Den retlige og økonomiske kontekst

Ved undersøgelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng skal konkurrencemyndighederne tage hensyn til, hvilke produkter der er tale om, og hvordan de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer. Domstolen har i den forbindelse som tidligere nævnt udtrykkeligt fastslået, at det i relation til den økonomiske og retlige kontekst "*på ingen måde er nødvendigt at undersøge endsige påvise den pågældende adfærds virkninger for konkurrencen, uanset om disse er faktiske eller potentielle eller negative eller positive*", jf. bl.a. Domstolens dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2022:993, præmis 159, 162 og 166 (**MS II, s. 534-536**), og Domstolens dom af 27. juni 2024, Servier, C-176/19 P, EU:C:2024:549, præmis 243, 288 og 453 (**MS II, s. 589, 594 og 598**).

Overvejelser om effektivitetsgevinster og ressourcebesparelser skal dermed udelukkende inddrages i vurderingen af, om aftalen individuelt kan fritages efter TEUF artikel 101, stk. 3, jf. bl.a. Servier, præmis 90-98 og 288 (**MS II, s. 578-580 og 594**).

Aftalens retlige og økonomiske kontekst bekræfter, at dens indhold og objektive formål var 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 indgik i. Der er således ikke karakteristika ved mFRR-markedet i Vestdanmark (DK1), der skaber berettiget tvivl om, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Der henvises til den meget udførlige gennemgang af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anbringender i duplikken, afsnit 3.2.5 (**SE II, s. 732ff**) samt gennemgangen af centrale aspekter ved markedet, herunder markedets aktører og auktionsformatet, i afsnit 4.3.3.3.3 i rådsafgørelsen (**FE I, s. 141ff**).

Nedenfor opsummerer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sine centrale anbringender. Det bestrides i den forbindelse, at styrelsen, som sagsøgerne gør gældende, på afgørende punkter ikke har analyseret den retlige og økonomiske kontekst, hvori samarbejdet mellem sagsøgerne og Effekthandel indgår.

4.4.5.1 Effekthandel var ikke aggregator

Sagsøgerne gør gældende, at det i rådsafgørelsen konkluderes, at Effekthandel ikke udfører rollen som aggregator alene på baggrund af, at Effekthandel ikke er godkendt som produktionsansvarlig aktør. Ifølge sagsøgerne står dette i åbenbar modsætning til det af Konkurrencerådet anførte i afgørelsens punkt 215-218 (**FE I, s. 55**), hvorefter en aggregator, som ikke selv er balanceansvarlig, kan samarbejde med en balanceansvarlig aktør. Ligeledes mener sagsøgerne, at Konkurrencerådet ikke har analyseret, om Effekthandel rent faktisk fungerer som aggregator, selv om Effekthandel ikke har opnået godkendelse som aggregator.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er uenig. Som anført i rådsafgørelsens punkt 663 (**FE I, s. 142**) har aggregatorers (og balanceansvarliges aktørers)

rolle på mFRR-markedet ikke betydning for lovligheden af puljeordningen, idet Effekthandel ikke er godkendt som balanceansvarlig aktør, og således heller ikke udfører rollen som aggregator.

Som det fremgår af afsnit 4.4.4 ovenfor, brugte Effekthandel værkernes indmeldte kapacitet til at fastsætte priserne på værkernes individuelle bud (bestående af en mængde og en pris) strategisk med henblik på at hæve clearingpriserne i mFRR-kapacitetsauktionerne. Dermed varetog Effekthandel de 49 værkers prisfastsættelse og koordinerede de konkurrerende værkers priser og bud.

Derimod kan en balanceansvarlig aktør modtage bud i form af en bestemt mængde kapacitet og pris fra sine kunder og varetage en videreformidlende rolle som aggregator ved at aggregere visse af sine kunders separate bud, hvis disse bud isoleret set er for små til at deltage i auktionen grundet auktionskrav om minimumsstørrelse på indgivne bud. Det er ikke en aggregators opgave at fastsætte prisen på buddene, men blot at pulje bud i samme prisklasser efter et vægtet gennemsnit, så de opfylder minimumskravene for deltagelse i auktionen, og videresende disse puljede bud til Energinet. Der henvises nærmere til afsnit 4.4.5.3 nedenfor om udbuddets tilrettelæggelse.

Effekthandel fungerede derfor ikke – og kunne heller ikke fungere – som aggregator. Effekthandel er som anført hverken godkendt som balanceansvarlig aktør eller har udført samme opgaver som en aggregator. Effekthandel har ikke puljet bud som en aggregator med henblik på at sikre, at kapaciteten var stor nok til at dække Energinets minimumskrav. Det er kun den produktionsbalanceansvarlige aktør, som har adgang til at placere buddene i mFRR-kapacitetsauktioner, herunder ved at pulje dem som aggregator, jf. nærmere rådsafgørelsens punkt 662-663 (**FE I, s. 142**) og svarskriftet, afsnit 3.2 (**SE I, s. 146ff**).

4.4.5.2 Betydningen af den angivelige skævvridning i markedet

Sagsøgerne gør gældende, at aftalen med Effekthandel også kan ses som et udslag af den skævvridning af markedet, som Energinets indkøbsmetode har medført. Nærmere bestemt bemærker sagsøgerne, at Energinet har indkøbt reservekapacitet i Østdanmark (DK2) via Storebæltsforbindelsen og flyttet denne kapacitet til Vestdanmark (DK1). Det har ifølge sagsøgerne medført, at prisen blev presset op i Østdanmark (DK2) og ned i Vestdanmark (DK1), hvilket har haft forringet likviditet og samfundsøkonomiske omkostninger til følge.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forstår sagsøgernes bemærkninger således, at sagsøgerne hermed anfægter, at Konkurrencerådet har analyseret den retlige og økonomiske kontekst, som samarbejdet mellem de 49 værker og Effekthandel indgår i. Hertil skal følgende bemærkes:

For det første har Konkurrencerådet inddraget Energinets indkøbsmetode og markedsforholdene i sin afgørelse, jf. bl.a. rådsafgørelsens punkt 266-270 (**FE I, s. 65-66**), samt i rådets analyse og vurdering af aftalens retlige og økonomiske sammenhæng, jf. rådsafgørelsens punkt 664-671 (**FE I, s. 142-143**), eftersom Effekthandel allerede fremkom med lignende bemærkninger i sit høringssvar af 11. april 2023 (bilag 19 til rådsafgørelsen (bilag A, s. 580ff (**FE II, s. 714ff**))).

For det andet indebærer en situation, hvor konkurrencen på markedet i forvejen er svækket, ikke, at den resterende konkurrence kan begrænses – tværtimod skal den resterende konkurrence i en sådan situation beskyttes, jf. f.eks. Domstolens dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom, C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 182 (**MS I, s. 345-346**).

For det tredje forbeholdes regulering af markeder offentlige myndigheder, og det tilkommer ikke private virksomheder at udføre selvregulering, jf. Domstolens dom af 7. februar 2013, Slovenská sporiteľňa, C- 68/12, EU:C:2013:71, præmis 20-21 (**MS I, s. 359**).

De anførte forhold ændrer for det fjerde ikke ved, at sagsøgerne har overtrådt konkurrenceloven, idet aftalen har til formål at begrænse konkurrencen.

Det skal i forlængelse heraf bemærkes, at der er tale om to adskilte, men sammenlignelige markeder – mFRR-markedet i Vestdanmark (DK1) og Østdanmark (DK2). Da der afholdes uafhængige auktioner i de to budområder, medfører en ændring i priserne i DK2 ikke nødvendigvis en prisstigning i DK1 og omvendt. Prissætningen i DK2 er derfor som udgangspunkt uden betydning for konkurrencen og prissætningen i DK1.

Det forhold, at priserne i DK2 kan være højere end i DK1, indebærer heller ikke, at aktører i DK1 kan have en forventning om at opnå samme prisniveau og tage andre midler end normal konkurrence i brug for at opnå et sådant niveau.

Som anført i rådsafgørelsens punkt 253 og 668 (**FE I, s. 61 og 143**), indkøber Energinet 300 MW mFRR i DK2 og deler denne kapacitet med DK1 via Storebæltsforbindelsen. Hvis der skulle deles reserver den anden vej, ville flowet gennem forbindelsen skulle vendes, hvilket er muligt ved behov. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan ikke udelukke, at en sådan deling kan påvirke prisniveauet, men dette ændrer ikke ved, at aftalens formål var at hæve priserne i DK1, hvilket udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne.

Dette blev også lagt til grund af Konkurrenceankenævnet, der fandt, at der ikke foreligger karakteristika ved markedet i DK1, som kan føre til, at aftalen mellem Effekthandel og de 49 værker ikke kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen, ligesom synspunktet om, at puljeordningen

har været en nødvendighed for at modvirke den negative effekt på prisniveauet i Vestdanmark (DK1), heller ikke kunne føre til et andet resultat, jf. bilag G, side 42 (**FE I, s. 196**).

4.4.5.3 Betydningen af udbuddets tilrettelæggelse

Ifølge sagsøgerne har Konkurrencerådet i forhold til samarbejdet mellem sagsøgerne og Energinet ikke analyseret betydningen af den måde, som Energinet har tilrettelagt udbuddet på og den udbudsramme, som Energinet har opstillet for sine auktioner, hvor det f.eks. kan være nødvendigt for flere værker at afgive ét fælles bud med én fælles pris, hvis værkernes kapacitet ikke overstiger 5 MW. Sagsøgerne henviser bl.a. til rådsafgørelsens boks 3.1 (**FE I, s. 54-55**), hvoraf det som eksempel fremgår, hvordan en balanceansvarlig aktør i rollen som aggregator puljer bud med forskellige indmeldte priser og fastsætter én samlet pris for de puljede bud. Ifølge sagsøgerne opfordrer udbuddets tilrettelæggelse til samarbejde mellem værker.

Som det fremgår af rådsafgørelsens punkt 658ff (**FE I, s. 141ff**), skaber auktionsformatet ikke berettiget tvivl om, at aftalen mellem værkerne og Effekthandel har til formål at begrænse konkurrencen.

Det fremhæves herved, at markedet for mFRR er designet til, at Energinet kan købe billigst muligt mFRR. Auktionsformatet til indkøb af mFRR i Vestdanmark (DK1) medfører, at Energinet skal acceptere de laveste bud i mFRR-kapacitetsauktionen, indtil Energinets efterspørgsel på kapacitet er dækket. Som følge af "pay-as-clear"-formatet er det for de fleste mindre producenter ikke muligt at påvirke prissætningen, jf. afsnit 4.4.4 ovenfor.

Det forhold, at det er muligt for værker, der ikke råder over den krævede minimumskapacitet på 5 MW, at deltage i mFRR-kapacitetsauktionen som en del af et aggregeret bud på 5 MW, betyder ikke, at auktionsformatet opfordrer til eller accepterer koordinering af priser på mFRR. Når den produktionsbalanceansvarlige aktør aggregerer bud under 5 MW, sker dette således på baggrund af de mængder og priser, som de enkelte værker har indmeldt, og ikke på baggrund af en koordinering af priser, jf. afsnit 4.4.5.1 ovenfor.

Hvis det er muligt, aggregeres værkernes bud med andre bud, der har indmeldt den samme pris, og som tilsammen svarer til en kapacitet på 5 MW, jf. princippet beskrevet i bilag 9 (**FE, s. 215-217**). Hvis det er nødvendigt at aggregere bud med forskellige indmeldte priser (som illustreret i boks 3.1 i rådsafgørelsen (**FE I, s. 54-55**)), fastsætter den produktionsbalanceansvarlige aktør som aggregator én samlet pris baseret på de indmeldte priser – f.eks. i form af et vægtet gennemsnit. Der er dermed ikke tale om, at den balanceansvarlige aktør koordinerer prisen på de indmeldte bud i stil med den måde, som Effekthandel har fastsat priserne for de 49 værkers indmeldte kapaciteter. Der er i systemet heller ikke indlagt et økonomisk

incitament til at foretage en sådan koordinering for den produktionsbalanceansvarlige aktør i modsætning til i puljeordningen, hvor Effekthandel modtager en provision af puljens indtjening. Hvis en produktionsbalanceansvarlig aktør alligevel måtte forsøge at påvirke prisen ved at indgå konkurrencebegrænsende aftaler med andre produktionsbalanceansvarlige aktører eller sine kunder, vil dette efter omstændighederne også kunne være i strid med konkurrencereglerne, jf. kapitel 6.5 i Forsyningstilsynets rapport (bilag 53 til rådsafgørelsen, side 86-87 (bilag A, s. 2368-2369 (**FE II, s. 969-970**))).

Muligheden for aggregering af bud har til formål at sikre, at også værker, der ikke opfylder kravet til mindstekapacitet, kan deltage i mFRR-kapacitetsauktionen, og auktionsformatet skal sikre, at der er en effektiv priskonkurrence. Der er med andre ord intet i den måde, som auktionen er tilrettelagt på, der opfordrer til en priskoordinering mellem de værker, der indmelder bud i auktionen.

4.4.5.4 Energinets indkøb af tilrådighedsstillelse i minimumsmængder af 5 MW

Sagsøgerne gør gældende, at rådsafgørelsen ikke inddrager det forhold, at Energinet selv har fastsat, at der indkøbes tilrådighedsstillelse af mFRR i Vestdanmark (DK1) i minimumsmængder af 5 MW, hvilket i praksis medfører, at det er nødvendigt at koordinere bud under 5 MW.

Dette forhold er <u>for det første</u> inddraget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i rådsafgørelsen, jf. f.eks. punkt 219 (**FE I, s. 56**), 262 (**FE I, s. 64**) og 373-376 (**FE I, s. 97**).

<u>For det andet</u> bemærkes det, som nævnt ovenfor, at hvis et værk indmelder et bud på under 5 MW, bliver buddet aggregeret med andre mindre bud af den produktionsbalanceansvarlige, der herefter videreformidler den aggregerede kapacitet. Energinet kan kun se det aggregerede bud i auktionen, og det er således den produktionsbalanceansvarlige aktør, som har indgivet buddet i auktionen, der selv afregner et accepteret aggregeret bud til de af sine kunder, som var omfattet af det aggregerede bud. Denne "koordinering" har værkerne ikke indflydelse på. Ligeledes sker der ingen koordinering af prisfastsættelsen, idet prisen fastsættes til det vægtede gennemsnit af de aggregerede bud. Det vil sige på baggrund af de mængder og priser, som værkerne hver især selv melder ind til den produktionsbalanceansvarlige aktør.

At mindre bud puljes på denne måde af den produktionsbalanceansvarlige, indebærer derfor *ikke*, at mindre værker ikke selv kan melde kapacitet ind på markedet for mFRR. Der er netop taget hensyn til dette via de produktionsbalanceansvarliges rolle, således at mindre værker kan melde mindre bud ind på markedet uden behov for selvstændig koordinering med andre værker.

For det tredje er aftalen mellem de 49 værker og Effekthandel og Effekthandels rolle som facilitator på ingen måde sammenlignelig med den produktionsbalanceansvarlige aktørs rolle på markedet for mFRR, jf. det anførte ovenfor i afsnit 4.4.5.3.

For det fjerde anfører sagsøgerne, at Effekthandel på intet tidspunkt har puljet de 49 værkers bud, men alene prissat værkernes bud. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker, at dette blot understreger, at Effekthandels rolle i puljeordningen på ingen måde kan sammenlignes med den balanceansvarliges aggregator-opgave.

4.4.5.5 Energinets auktionsdesign og budmarked

Sagsøgerne gør dernæst gældende, at Konkurrencerådet har set bort fra, at der er tale om et ganske særligt budmarked, hvor en aktør vil skulle have en vis størrelse for at kunne påvirke priserne på et auktionsmarked, da en aktør med en "for lille" kapacitet og en "for høj" pris ikke ville få accepteret sit bud af Energinet. Sagsøgernes anbringende er reelt udtryk for, at "pay-as-clear"-formatet i mFRR-kapacitetsauktioner udgør sådanne særlige markedsforhold, at den horisontale koordination af priser ikke har været egnet til at begrænse konkurrencen.

"Pay-as-clear"-formatet har for det første til formål at sikre marginalprissætning og er dermed et forsøg på at simulere prissætning ved virksom konkurrence. Aftalen mellem Effekthandel og de 49 værker har haft til formål at modvirke den konkurrence om priser, som formatet som udgangspunkt tilsigter at opnå. Auktionsdesignet skal også ses i den kontekst, mFRR-kapacitetsauktionen indgår i; navnlig at det er et værktøj, Energinet benytter til at sikre, at der er en tilstrækkelig mængde af bud på energiaktivering i regulérkraftmarkedet, jf. nærmere rådsafgørelsens afsnit 3.3.5 (**FE I, s. 57**). Selve formålet med auktionsdesignet er således bundet op på en myndighedsopgave om at sikre forsyningssikkerheden på det tæt relaterede regulérkraftmarked (aktivering af mFRR-kapacitetsbud), og mFRR-kapacitetsauktionen adskiller sig i denne forstand fra traditionelle auktioner med flere købere såvel som sælgere.

Puljeordningen har for det andet ikke blot haft virkninger for de deltagende værkers prisniveau. Som følge af "pay-as-clear"-formatet påvirkede puljeordningen prisniveauet i markedet som helhed, idet clearingprisen gælder for alle indmeldte mængder, som accepteres i mFRR-kapacitetsauktionen. I de auktioner/driftstimer, hvor puljeordningen dikterede clearingprisen, eller havde indflydelse på denne i opadgående retning, gjorde de konkurrencebegrænsende virkninger sig således gældende for *alle* accepterede bud i auktionen, og ikke kun for de af puljeordningens medlemmer, som fik deres bud accepteret, hvilket også afspejler sig i Effekthandels mails til puljedeltagerne, jf. rådsafgørelsens punkt 340 (**FE I, s. 89**), samt bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 68 (bilag A, s. 370-371 (**FE II, s. 566-567**) og 72 (bilag A, s. 397-399 (**FE II, s. 595-597**)).

For det tredje er det uden betydning, at Effekthandel i visse tilfælde indmeldte bud til lave priser, eller at værkernes bud ikke blev puljet til én samlet pris som i en "klassisk" koordinering. At Effekthandel indmeldte buddene til forskellige prisniveauer, var netop begrundet i puljeordningens strategiske prisfastsættelse, hvis formål var at påvirke clearingprisen i opadgående retning. "Pay-as-clear"-formatet muliggjorde netop en prisfastsættelse, hvor værkernes bud blev prissat forskelligt, idet lave bud ville blive omfattet af den endelige clearingpris for auktionen, mens høje bud modsat blev anvendt til at "presse" den marginale pris i auktionen opad, jf. også det anførte om puljeordningens strategi i afsnit 4.4.4.

Selv om der var risiko for, at disse såkaldte "prispressende" bud ville ligge over clearingprisen, og dermed ikke blive accepteret af Energinet i auktionen, var dette en del af puljeordningens samlede strategi, og det fremgår da også utvetydigt af mails fra Effekthandel til puljedeltagerne, at dette var en del af puljeordningens strategi, jf. bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 65 og 70 (bilag A, s. 310-311 og s. 382 (**FE II, s. 553-555 og 579**)). Det forhold, at der måtte være budt kapacitet ind til en højere pris end clearingprisen, indebar ikke, at buddet var "spildt". Når bud prissættes højere end clearingprisen, medfører det nemlig samtidig, at den kapacitet, der bliver budt ind under clearingprisen, er tilsvarende lavere. Disse høje bud kan dermed i sig selv rykke clearingprisen i opadgående retning, hvilket medfører højere indtjening for alle bud under clearingprisen. Dette bekræftes desuden af skønsmandens svar til det supplerende spørgsmål SS IA, hvor skønsmanden i svaret til delspørgsmål 4 (**SE IV, s. 1730**) bekræfter, at ændringen af prisen på et bud, der er lavere end clearingprisen, til en pris, der er højere end clearingprisen, har den virkning, at clearingprisen stiger.

Det er således reelt underordnet, hvorvidt det var Effekthandel og de 49 værker, der var udslagsgivende for clearingprisen, eller om det var et bud afgivet af en udenforstående. For med Effekthandels kontrol over puljeordningens samlede kapacitet kunne puljeordningen ved den strategiske fastsættelse af bud også påvirke prisen uden at afgive det bud, der dikterede clearingprisen.

4.4.5.6 Energinets rolle som monopsonist

Sagsøgerne gør endvidere gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke har forholdt sig til, at Energinet er den eneste køber på markedet.

Hertil skal det for det første bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen *har* inddraget i afgørelsen, at Energinet er eneindkøber af mFRR i Vestdanmark (DK1), jf. rådsafgørelsens punkt 192 (**FE I, s. 49**), der desuden fremhæves i afgørelsens resumé, jf. rådsafgørelsens punkt 5 (**FE I, s. 23**). Desuden henvises der til rådsafgørelsens afsnit om den retlige og økonomiske kontekst, hvor aktørerne på markedet, herunder også Energinets rolle, nærmere beskrives, jf. rådsafgørelsens punkt 658-671 (**FE I, s. 141- 143**).

For det andet indebærer en situation, hvor konkurrencen på markedet i forvejen er svækket, ikke, at den resterende konkurrence kan begrænses – tværtimod skal den resterende konkurrence i en sådan situation beskyttes, jf. f.eks. Domstolens dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom, C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 182 (**MS I, s. 345-346**).

Det forhold, at Energinet er den eneste køber på markedet, kan således ikke ændre på, at puljeordningen havde til formål at begrænse konkurrencen på markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1).

4.4.5.7 Markedsforholdene for markedet for mFRR

Sagsøgerne gør videre gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke har forholdt sig til det forhold, at markedet for mFRR i Vestdanmark (DK1) er et reguleret marked og kendetegnet ved et stort overudbud.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gør for det første gældende, at styrelsen har forholdt sig til dette forhold, jf. bl.a. rådsafgørelsens punkt 247-270 (**FE I, s. 60-65**) og 664-671 (**FE I, s. 142-143**).

For det andet bestrides det, at det forhold, at der har været et overudbud, kan medføre, at aftalen ikke udgør en til formåls-overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

Domstolen har tidligere afvist et sådant argument om overkapacitet i Domstolens dom af 20. november 2008, BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, hvor det blev fastslået, at overkapacitet i oksekødssektoren ikke kunne begrunde en aftale mellem konkurrenter, der havde til formål at begrænse konkurrencen, jf. præ- mis 21 (**MS I, s. 331**), og den nærmere redegørelse for dommen i duplikken, afsnit 3.2.5.2 (**SE II, s. 733- 734**).

4.4.5.8 Betydningen af den tidligere straffesag

Sagsøgerne gør gældende, at Konkurrencerådet ikke i tilstrækkeligt omfang har analyseret aftalen i forhold til den tidligere straffesag fra 2011, hvor SØIK opgav påtale, jf. bilag 10 (**FE I, s. 219-221**). Ifølge sagsøgerne skulle Konkurrencerådet ved inddragelse af den tidligere sag have analyseret, om afgørelsen er et udtryk for, at denne type af aftaler ikke indeholder et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktiske indtrådte skadevirkninger.

Hertil bemærkes for det første, at aftalen, som er omtvistet i nærværende sag, har til formål at begrænse konkurrencen, og at undersøgelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng derfor kan begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt, jf. afsnit 4.4.1 ovenfor.

For det andet vedrører undersøgelsen af den retlige og økonomiske kontekst spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger særlige markedsforhold, der skal tages hensyn til. Den tidligere straffesag vedrører efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse ikke dette forhold, og sagsøgerne har hverken oplyst eller dokumenteret, at det skulle være tilfældet.

Den tidligere straffesag har for det tredje heller ikke konkret været til hinder for, at Konkurrencerådet har kunnet træffe afgørelse efter konkurrencelovens § 6. Som det fremgår af påtaleopgivelsen, blev påtale opgivet efter retsplejelovens § 721, stk. 1, nr. 2, som angår bevisets stilling, jf. også svarskriftet, afsnit 3.4. I modsætning til påtaleopgivelse efter retsplejelovens § 721, stk. 1, nr. 1, er begrundelsen for påtaleopgivelsen dermed ikke udtryk for, at sigtelsen har været grundløs. Det kan derfor heller ikke på baggrund af påtaleopgivelsen udelukkes, at den type aftale, SØIK tog stilling til i sin tid, havde til formål at begrænse konkurrencen.

Endeligt skal det bemærkes, at en række oplysninger i sagen rent faktisk indikerer, at puljeordningen i perioder har haft virkninger på mFRR-markedet, jf. nærmere afsnit 4.5 nedenfor om puljeordningens faktiske virkninger.

4.4.5.9 Værkernes egne forhold og formål med aftalen

Endelig gør sagsøgerne gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen burde have sondret mellem Effekthandels formål med aftalen og værkernes formål med aftalen. Sagsøgerne anfører videre, at budafgivningen har været en administrativt byrdefuld opgave for sagsøgerne, og at sagsøgerne ikke har haft ressourcerne til at indmelde disse bud eller forholde sig til prisdannelsen.

Det er uden betydning. Som nævnt, fremgår det af EU-Domstolens praksis, at formålet med en aftale skal fastlægges ud fra objektive kriterier og er uafhængig af, om parterne har haft en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen eller ej, idet formålet skal fastlægges ud fra objektive kriterier, jf. Domstolens dom af 25. februar 2010, BIDS, C-209/07, EU:C:2010:98, præmis 21 (**MS I, s. 331-332**).

Selv hvis en aftale måtte være indgået med henblik på administrative lettelser eller effektivisering af ressourcer, hvilket ikke er dokumenteret, udelukker dette ikke, at aftalen objektivt kan have til formål at begrænse konkurrencen. Overvejelser om effektivitetsgevinster og ressourcebesparelser skal udelukkende inddrages i vurderingen af, om aftalen individuelt kan fritages efter TEUF artikel 101, stk. 3, jf. bl.a. Domstolens dom af 27. juni 2024, Servier, C-176/19 P, EU:C:2024:549, præmis 90-98 og 288 (**MS II, s. 578-580 og 594**).

De af sagsøgerne anførte forhold om, at værkernes ageren på markedet for mFRR alene var en biaktivitet, og at værkernes bestyrelser ikke havde for-

udsætningerne for at forstå, at aftalen skulle udgøre en overtrædelse af konkurrencereglerne, har heller ingen betydning for, at aftalen vurderet ud fra sit indhold, formål og den retlige og økonomiske kontekst efter sin art er egnet til at skade konkurrencen, jf. afsnit 4.4.1 ovenfor.

4.4.6 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående gennemgang af aftalens indhold, aftalens objektive formål og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, gør Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sammenfattende gældende, at det med tilstrækkelig klarhed kan lægges til grund, at aftalen mellem de 49 værker og Effekthandel om koordinering af priser og bud på el-markedet for mFRR har haft til formål at begrænse konkurrencen.

Dette blev også stadfæstet af Konkurrenceankenævnet i klagesagerne, hvor ankenævnet fandt, at den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen er gennemført, bekræfter og understøtter, at aftalens indhold og objektive formål var at begrænse konkurrencen (bilag G, side 42 (**FE I, s. 196**)).

4.5 De faktiske virkninger af puljeordningen

4.5.1 Indledende bemærkninger

Sagsøgerne er under sagens forberedelse fremkommet med en lang række bemærkninger til, hvorvidt puljeordningen *"kunne"* begrænse konkurrencen, og om den rent faktisk gjorde det. Disse forhold er uden betydning for sagens afgørelse. Som beskrevet i afsnit 4.4.2 ovenfor, er sagsøgernes gengivelse af kravene, som der efter retspraksis stilles for, at puljeordningen kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen på mFRR-markedet i Vestdanmark (DK1), misvisende.

Sagsøgernes bemærkninger og analyser om puljeordningens faktiske virkninger er således uden betydning for sagen, herunder analyser af og bemærkninger angående (i) konkurrencepres fra andre aktører, (ii) om puljeordningen var residualmonopolist eller ej, (iii) priserne før, under og efter puljeordningen (replikken, afsnit 14.2), (iv) puljeordningens andel af Energinets omkostninger, og (v) puljeordningens påvirkning af Energinets indkøbspriser, (vi) rådsafgørelsens boks 3.3, (vii) ufuldstændigt buddata og (viii) clearingprisen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil derfor alene fremkomme med enkelte bemærkninger til det af sagsøgerne anførte, idet styrelsen henviser til det anførte i duplikken, afsnit 3.3 (**SE II, s. 740ff**), og processkrift A, afsnit 5.4 (**SE II, s. 839ff**).

I øvrigt indikerer oplysningerne i sagen, at det utvivlsomt har været hensigten med puljeordningen at hæve priserne på mFRR i Vestdanmark

(DK1), jf. afsnit 4.4, og puljeordningen også rent faktisk i perioder har haft virkninger på mFRR-markedet, jf. afsnit 4.5.6.

4.5.2 Det er uden betydning, om der var konkurrencepres fra andre aktører

Sagsøgerne gør gældende, at konkurrencepresset fra andre aktører har medført, at puljeordningen ikke kunne få priserne til at stige. Sagsøgernes synspunkt går grundlæggende ud på, at enhver prisforøgelse som følge af puljeordningen på sigt ville have ført til, at der blev budt yderligere kapacitet ind på markedet, hvilket ville holde prisniveauet "i skak". Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen henviser til styrelsens bemærkninger hertil i duplikken, afsnit 3.3.2 (**SE II, s. 741-742**) og processkrift A, afsnit 5.4.1 (**SE II, s. 839**), der fastholdes.

Her skal det for det første bemærkes, at det er uden betydning, hvorvidt det rent faktisk lykkedes puljeordningen at opnå højere priser – det ændrer ikke på aftalens konkurrencebegrænsende formål, jf. afsnit 4.4 ovenfor. Uanset hvor stor en andel af udbuddet, som puljeordningen kontrollerede, ændrer dette ikke på, at der efter Domstolens faste praksis, ikke er et krav om mærkbarhed for, at aftalen kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, jf. Domstolens dom af 13. december 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, præmis 37 (**MS I, s. 353**). Allerede det forhold, at parterne har indgået en aftale om fælles prisfastsættelse, udgør således i sig selv en overtrædelse af konkurrencereglerne, jf. afsnit 4.4 ovenfor.

For det andet er det helt uden betydning for puljeordningens lovlighed, hvorvidt markedskræfterne hypotetisk på sigt helt eller delvist ville kunne modvirke en prisstigning. Det ændrer ikke på, at aftalen efter sin art havde til formål at begrænse konkurrencen. Sagsøgernes synspunkt er grundlæggende uholdbart og indebærer reelt, at et priskartel aldrig kan have til formål at begrænse konkurrencen, da markedsmekanismerne på sigt vil modvirke kartellets virkning på priserne.

Sagsøgerne har for det tredje under alle omstændigheder ikke godtgjort, at der skulle være indtrådt en sådan markedsreaktion, og at det vil føre til en fuldstændig udligning af prisstigningerne.

4.5.3 Det er uden betydning, om puljeordningen var residualmonopolist eller ej

Sagsøgerne gør gældende, at puljeordningen på grund af konkurrencepresset fra øvrige aktører alene kunne påvirke prisen i nedadgående retning. Dette bestrides. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen henviser til styrelsens bemærkninger hertil i duplikken, afsnit 3.3.3 (**SE II, s. 742-743**) og processkrift A, afsnit 5.4.2 (**SE II, s. 839-840**), der fastholdes.

For det første har forholdet ingen som helst relevans for sagen, idet aftalens objektive formål var at begrænse konkurrencen, hvilket i sig selv udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne.

For det andet kunne puljeordningen, uanset om den var residualmonopolist eller ej, påvirke prisen på auktionen i opadgående retning og sikre en samlet set større indtjening til fordeling mellem de 49 deltagende værker, jf. rådsafgørelsens punkt 626ff (**FE I, s. 135ff**).

Baseret på det forelagte datagrundlag bekræftede skønsmanden da også, at mindst ét af værkerne bød clearingprisen i 33 pct. af timerne i det nuværende datagrundlag, jf. skønsmandens svar på spørgsmål 17 i skønserklæringen (**SE IV, s. 1701-1702**). Puljeordningen har dermed uanset hvad dikteret prisen i disse timer, idet det bemærkes, at datagrundlaget mangler buddata fra 12 værker, hvorfor antallet af timer, hvor puljeordningen bød clearingprisen, potentielt har været højere, jf. nærmere duplikken, afsnit 3.3.6 (**SE II, s. 746ff**).

Skønsmanden har endvidere bekræftet, at clearingprisen kan hæves på baggrund af "for høje" bud, der ligger over clearingprisen, jf. svaret på det supplerende spørgsmål SS IA (**SE IV, s. 1730**). De værker, der fungerede som "prispressere", kunne dermed påvirke clearingprisen i opadgående retning, uanset om puljeordningen dikterede clearingprisen i den enkelte time. Skønsmanden har i sine beregninger baseret på det forelagte datagrundlag bekræftet, at mindst ét af værkerne bød over clearingprisen i 47 pct. af timerne, jf. skønsmandens svar på spørgsmål 17 (**SE IV, s. 1701-1702**).

4.5.4 Priser før, under og efter puljeordningen

Sagsøgerne gør gældende, at det af sagsøgerne udarbejdede overblik i bilag 108 (**SE IV, s. 1481**) ikke giver en *"entydig indikation"* af, at de måneder, hvor Effekthandel indmeldte priser på vegne af puljeordningen (mindst ét værk), er kendetegnet ved gennemsnitligt højere priser end i øvrige måneder, jf. replikken, afsnit 14.2, side 95 (**SE II, s. 655**). Sagsøgerne gør gældende, at oversigten tværtimod viser flere måneder, efter puljeordningens ophør, hvor priserne generelt set er højere.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen henviser til styrelsens bemærkninger hertil i duplikken, afsnit 3.3.4 (**SE II, s. 743**) og processkrift A, afsnit 5.4.5 (**SE II, s. 842**), der fastholdes.

For det første har forholdet ingen som helst relevans for sagen, idet aftalens objektive formål var at begrænse konkurrencen, hvilket i sig selv udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne. Det er efter fast retspraksis uden betydning, om det rent faktisk lykkedes puljeordningen at presse prisen op.

For det andet viser overblikket i bilag 108 (**SE IV, s. 1481-1483**) tydeligt, at prisniveauet på markedet udviklede sig i opadgående retning i månederne efter puljeordningen opstartede. Det var da også som følge af konstaterede priser på et overnormalt niveau den 2. og 8. december 2020, at Energinet blev opmærksomme på puljeordningens påvirkning af markedet (bilag 72, side 5 (**FE I, s. 339**)).

For det tredje skyldtes de højere gennemsnitspriser efter puljeordningens ophør i august 2023 samt januar, august og september 2024 ekstraordinære forhold, der medførte markant højere priser i enkelte dage eller timer i de pågældende måneder, jf. Energinets notat af 20. maj 2025 (bilag O (**SE III, s. 1463- 1464**)).

I august 2023 var årsagen til de høje priser dels manglende udbud som følge af IT-problemer hos udvalgte aktører, dels revision af Storebæltsforbindelsen med deraf følgende forhøjet indkøb i DK1. I januar 2024 skyldtes de høje priser et utilstrækkeligt udbud i DK2 den 12. januar 2024, der trak priserne op i både DK1 og DK2, således at en ¼ af månedens indtjening i DK1 blev skabt i nogle få timer alene på denne dag. I august 2024 har Energinet oplyst, at årsagen til de høje priser var revision af Storebæltsforbindelsen, der førte til markant højere priser i perioden 26-30. august 2024. De høje priser i september 2024 skyldtes, at der den 7. september var én aktør, som ikke fik fremsendt bud til dagsauktionerne i DK1 og DK2 som følge af IT-fejl, hvormed udbuddet blev begrænset, og dagen stod for 97,5 pct. af månedens udgifter til mFRR-reserver i DK1.

4.5.5 Puljeordningens andel af Energinets omkostninger m.v.

Sagsøgerne gør gældende, at det ikke kan konkluderes, at puljeordningen har medført, at Energinets omkostninger til indkøb af mFRR steg, idet puljeordningen efter sagsøgernes opfattelse alt andet lige burde have haft en højere andel af Energinets afholdte omkostninger, hvis puljeordningen havde fået priserne til at stige. Sagsøgerne henviser til det af sagsøgerne udarbejdede bilag 63, som indeholder figur 1-3. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen henviser til styrelsens bemærkninger hertil i duplikken, afsnit 3.3.5 (**SE II, s. 745-746**), der fastholdes.

For det første har forholdet ingen som helst relevans for sagen, idet aftalens objektive formål var at begrænse konkurrencen, hvilket i sig selv udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne. Det er efter fast retspraksis uden betydning, om det rent faktisk lykkedes puljeordningen at presse prisen op.

For det andet er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen uenig i den valgte metode for værkernes opgørelser og dermed også i figur 1-3, idet sagsøgerne har udarbejdet opgørelserne ud fra et gennemsnit fordelt på hele måneder. Et gennemsnit for en hel måneds auktioner, hvor der afholdes separate auktioner for hver af døgnets timer, giver således efter styrelsens op-

fattelse ikke et retvisende billede af puljeordningens faktiske betydning i de enkelte mFRR-kapacitetsauktioner.

For det tredje bemærker Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at skønsmandens bekræftelse er givet med udgangspunkt i forudsætninger, der fremgår af sagsøgernes spørgsmål, navnlig at skønsmanden skal bekræfte figurernes korrekthed på baggrund af den data, som sagsøgerne har lagt til grund for udarbejdelsen heraf. Skønsmanden har dermed slet ikke taget stilling til, hvorvidt den valgte metode for sagsøgernes opgørelser er hensigtsmæssig eller retvisende, jf. herom styrelsens bemærkninger lige ovenfor.

For det fjerde siger puljeordningens solgte mFRR-kapacitet til Energinet intet om puljeordningens skadevirkning på markedet som helhed, som uddybet i duplikken, afsnit 3.3.5 (**SE II, s. 745**).

4.5.6 Puljeordningens påvirkning af Energinets indkøbspriser

Sagsøgerne gør i forlængelse af ovenstående anbringender om puljeordningens andel af Energinets omkostninger gældende, at puljeordningen ikke påvirkede Energinets indkøbspriser i opadgående retning. Sagsøgerne har i den forbindelse henvist til det af sagsøgerne udarbejdede bilag 68 (**SE IV, s. 1633**), som indeholder en opsummering af sagsøgernes undersøgelser.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen henviser til styrelsens bemærkninger hertil i duplikken, afsnit 3.3.5 (**SE II, s. 745-746**), der fastholdes.

For det første har forholdet ingen som helst relevans for sagen, idet aftalens objektive formål var at begrænse konkurrencen, hvilket i sig selv udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne. Det er efter fast retspraksis uden betydning, om det rent faktisk lykkedes puljeordningen at presse prisen op.

For det andet er bilag 67 (**SE IV, s. 1625**), som ligger til grund for sagsøgeres tabeller i bilag 68 (**SE IV, s. 1633-1636**) og for skønsmandens genberegninger heraf, et alt for spinkelt og ufuldkomment datagrundlag til, at det kan danne grundlag for konklusioner om puljeordningens adfærd.

For det tredje tager tabellerne ikke højde for perioden fra puljeordningens begyndelse i september 2019 og frem til november 2021, hvor langt størstedelen af buddataene i bilag 67 (**SE IV, s. 1625**) starter.

For det fjerde viser skønsmandens beregninger baseret på det forelagte datagrundlag, at mindst ét af værkerne i puljeordningen bød clearingprisen i 33 pct. af timerne i det omfattede datagrundlag, jf. skønsmandens svar på spørgsmål 17 i skønserklæringen (**SE IV, s. 1701-1702**). Ligeledes bekræfter skønsmanden, at de deltagende værker har været årsag til, at Energinet havde øgede omkostninger i december 2021 og marts 2022, idet mindst ét af de deltagende værker i henholdsvis 579 timer (december 2021) og 262 ti-

mer (marts 2022) var prisdannende, jf. svar på spørgsmål 21 i skønserklæringen (**SE IV, s. 1708**).

For så så vidt angår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens yderligere bemærkninger til skønsmandens genberegninger af sagsøgernes tabeller i bilag 68, henviser styrelsen til det anførte i duplikken, afsnit 3.3.6.1 og 3.3.6.2 (**SE II, s. 748-753**).

For det femte skal Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen henvise til styrelsens supplerende beregninger og bemærkninger hertil, der er fremlagt i sagen som bilag H (**SE IV, s. 1657ff**).

Bilag H understøtter, at puljeordningen *har* påvirket priserne på mFRR-markedet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen henviser i den forbindelse til det anførte herom i duplikken, afsnit 3.3.6.5 (**SE II, s. 755- 757**) og de uddybende bemærkninger herom i selve bilag H (**SE IV, s. 1657ff**).

Beregningerne i bilag H er baseret på styrelsens rådata i bilag I (**SE IV, s. 1663-1664 og USB**), og styrelsen henviser desuden til styrelsens læsevejledning til bilag H og I, der er fremlagt i sagen som bilag J (**SE IV, s. 1665ff**), jf. i øvrigt duplikken, afsnit 3.3.6.3 (**SE II, s. 753-754**).

Sagsøgerne har haft lejlighed til at gennemgå Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beregninger, herunder den bagvedliggende rådata i bilag I (**SE IV, s. 1663-1664 og USB**). Bortset fra en overordnet bemærkning om, at beregningerne er baseret på et ufuldstændigt datagrundlag og en enkelt bemærkning til nøgletallene for december 2020, har sagsøgerne ikke fremført egentlige indsigelser mod styrelsens beregninger.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker, at alle beregninger af tabeller med nøgletal i bilag H (**SE IV, s. 1657ff**) – ligesom det er tilfældet for sagsøgernes bilag 68 (**SE IV, s. 1633-1636**) – er baseret på et mangelfuldt datagrundlag, idet der mangler buddata fra mange af værkerne, som deltog i Effekthandels puljeordning, og fordi der i flere perioder mangler buddata fra samtlige af værkerne. Der er derfor også et væsentligt mørketal i beregningerne af tabeller, og dette mørketal kan alt andet lige kun betyde, at beregningerne undervurderer antallet af auktioner, hvor puljeordningen har dikteret clearingprisen, jf. det anførte herom i duplikken, afsnit 3.3.6.4 (**SE II, s. 754-755**).

Angående sagsøgernes bemærkninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens bilag H, tabel F (**SE IV, s. 1661**) (tidligere bilag E, tabel E), henviser styrelsen til sine bemærkninger hertil i duplikken, afsnit 3.3.6.6 (**SE II, s. 757-758**).

4.5.7 Ufuldstændigt buddata

Angående sagsøgernes anbringende om, at det ufuldstændige buddata viser, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke har oplyst sagen tilstrækkeligt eller løftet bevisbyrden for, at der foreligger en overtræ- delse af konkurrencereglerne og sagsøgernes bemærkninger om styrelsens beregninger i forhold til december 2020 (bilag H, tabel B ((**SE IV, s. 1658**)), henviser styrelsen til sine bemærkninger hertil i processkrift A, afsnit 5.4.3 (**SE II, s. 840-842**).

Det bemærkes i øvrigt, at Energinet ikke er i besiddelse af værkernes buddata og aldrig har haft adgang hertil. Energinet har alene adgang til at se, hvilken balanceansvarlig aktør der har meldt bud ind i mFRR-kapacitetsauktionen i form af overordnede aggregerede blokke med bud. Energinet kan således ikke se, hvor mange bud hver blok består af og kan heller ikke se priserne på de enkelte underliggende bud, eller hvem der har indmeldt det pågældende bud.

4.5.8 Clearingprisen

Sagsøgerne har desuden anført, at det forhold, at et værk har indmeldt et bud svarende til clearingprisen, ikke er ensbetydende med, at dette bud alene er udslagsgivende for clearingprisen, idet andre aktører på markedet kunne have budt en pris svarende til clearingprisen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal hertil bemærke, at det fremgår af skønsmandens svar til spørgsmål 20 (**SE IV, s. 1707**) i skønserklæringen, at det er usandsynligt, at bud fra andre aktører vil være lig med den clearingpris, som et eller flere værker fra puljeordningen har indmeldt, og at skønsmanden på den baggrund konkluderede, at puljeordningen var udslagsgivende for clearingprisen i de pågældende timer.

4.5.9 Rådsafgørelsens boks 3.3 er uden relevans for afgørelsens gyldighed

Sagsøgerne gør endelig gældende, at rådsafgørelsen er baseret på et utilstrækkeligt grundlag, idet der ikke er foretaget de nødvendige undersøgelser af, om aftalen kunne begrænse konkurrencen, og at afgø- relsens boks 3.3 (**FE I, s. 91-92**), der udgør det eneste reelle forsøg herpå, er baseret på forkerte faktiske oplysninger. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen henviser til styrelsens bemærkninger hertil i processkrift A, afsnit 5.4.2 (**SE II, s. 839-840**), der fastholdes.

For det første har forholdet ingen som helst relevans for sagen, idet aftalens objektive formål var at begrænse konkurrencen, hvilket i sig selv udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne.

For det andet udgør boks 3.3 ikke Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens forsøg på at bevise, at aftalen kunne begrænse konkurrencen. Rådsafgørelsens boks 3.3 (**FE I, s. 91-92**) er et *eksempel* i afgørelsen, som har til formål at illustrere, hvordan auktioner med "pay-as-clear"-mekanismer fungerer,

herunder anskueliggøre og visualisere Effekthandels strategiske prissætning af værkernes kapacitet med henblik på at kunne påvirke clearingprisen i mFRR-kapacitetsauktionerne i opadgående retning.

4.6 Aftalen er ikke undtaget efter bagatelgrænserne i konkurrencelovens § 7

Sagsøgerne gør gældende, at aftalen ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, da aftalen er undtaget efter bagatelgrænserne i konkurrencelovens § 7, stk. 1 (**MS I, s. 42**).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal hertil bemærke, at undtagelserne i bagatelreglen ikke gælder, hvis aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 7, stk. 3. Som gennemgået ovenfor i afsnit 4.4, har aftalen til formål at begrænse konkurrencen. Allerede derfor kan aftalen ikke undtages efter konkurrencelovens § 7, stk. 1.

4.7 Samhandelspåvirkning

Sagsøgerne bestrider, at puljeordningen kunne påvirke samhandlen mellem medlemsstater.

Hertil bemærker Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at kriteriet om samhandelspåvirkning alene har betydning for, om anvendelsen af konkurrencelovens § 6 skal suppleres med TEUF artikel 101. Det har imidlertid ingen materiel betydning for vurderingen af, om der er tale om en horisontal aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er derudover uenig i anbringendet om, at der ikke er samhandelspåvirkning. Der henvises til rådsafgørelsen, afsnit 4.2 (**FE I, s. 115**) og duplikken, afsnit 3.5 (**SE II, s. 759-761**). Det bemærkes i den forbindelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indmeldte sagen til Kommissionen i overensstemmelse med artikel 11, stk. 3, i Rfo 1/2003 (**MS I, s. 166**), og at Kommissionen ikke havde indsigelser.

4.8 Aftalen er ikke omfattet af den vertikale gruppefritagelse og opfylder ikke betingelserne for individuel fritagelse

Aftalen er ikke omfattet af den vertikale gruppefritagelse og opfylder ikke betingelserne for en individuel fritagelse, jf. nærmere rådsafgørelsens afsnit 4.4.1-4.4.2 (**FE I, s. 147-151**) som underbygget af Konkurrenceankenævnets kendelse (bilag G, side 43 (**FE I, s. 197**)).

For så vidt angår den vertikale gruppefritagelse, bemærkes, at fritagelsen i artikel 2, stk. 1, alene finder anvendelse på vertikale aftaler (**MS I, s. 169**). Vertikale aftaler er nærmere defineret i forordningens artikel 1, stk. 1 (**MS I, s. 168**), og omfatter:

> *"[…] en aftale eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der i relation til denne aftale eller denne praksis hver især opererer inden for forskellige led i produktions- eller distributionskæden, når denne aftale eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester."* (vores understregning)

Selv om aftalerne mellem værkerne og Effekthandel isoleret set kan anses for at udgøre vertikale aftaler, danner aftalerne – sammen med de øvrige parallelle aftaler – rammen om én fælles horisontal aftale, der faciliteres af Effekthandel, jf. nærmere afsnit 4.3 ovenfor. I relation til aftalen opererer værkerne i øvrigt på samme led. Aftalen er derfor ikke omfattet af den vertikale gruppefritagelse.

Selv hvis aftalen om koordinering af priser og bud skulle anses som en vertikal aftale mellem Effekthandel og hvert enkelt af de 49 værker, så har aftalen bl.a. til formål at begrænse værkernes mulighed for at fastsætte deres egen pris i mFRR-kapacitetsauktioner. Aftalen udgør derfor en såkaldt hardcore-begrænsning, som også af denne årsag ikke er omfattet af gruppefritagelsen, jf. artikel 4, litra a, i den vertikale gruppefritagelsesforordning (**MS I, s. 171**). Der henvises til rådsafgørelsens afsnit 4.4.1 (**FE I, s. 147-148**)) og Konkurrenceankenævnets kendelse (bilag G, side 43 (**FE I, s. 197**)).

Sagsøgerne gør videre gældende, at betingelserne for fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt, og anfører, at Konkurrencerådet ikke har forholdt sig til, at puljeordningen har effektivitetsfordele.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bestrider, at konkurrencelovens § 8, stk. 1, finder anvendelse, idet aftalen ikke opfylder betingelserne for en individuel fritagelse. Der henvises herom til rådsafgørelsens afsnit 4.4.2 (**FE I, s. 148**)) og Konkurrenceankenævnets kendelse (bilag G, side 43 (**FE I, s. 197**)).

Her skal det fremhæves, at jo mere restriktiv en konkurrencebegrænsning er, des mindre sandsynligt er det, at betingelserne vil være opfyldt. For så vidt angår alvorlige konkurrencebegrænsninger, der har til formål at begrænse konkurrencen (f.eks. prisaftaler), er det svært og grænsende til det usandsynlige, at deltagerne er i stand til at dokumentere, at aftalen er til gavn for samfundet som helhed. Alvorlige konkurrencebegrænsninger, som den i sagen omhandlede, er således også udelukket fra den vertikale gruppefritagelses anvendelsesområde, jf. bl.a. Konkurrenceankenævnets kendelse af 13. juli 2017, HMN Naturgas I/S (**MS II, s. 727 og 731-732**), opretholdt ved Sø- og Handelsrettens dom trykt i UfR 2019, side 3608, og Østre Landsrets dom trykt i UfR 2021, side 2449 (**MS I, s. 262**).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker, at det er parterne til en konkurrencebegrænsende aftale, der bærer bevisbyrden for, at betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt, jf. de specielle bemærkninger til bestemmelsen (Folketingstidende 2004-05, 1. samling, tillæg A, L 63

af 27. oktober 2004 som fremsat, side 1638, v.sp. (**MS I, s. 108**)), samt artikel 2, 2. pkt., i Rfo 1/2003 vedrørende anvendelsen af TEUF artikel 101, stk. 3 (**MS I, s. 164**).

Sagsøgerne har ikke løftet denne bevisbyrde eller i øvrigt frembragt dokumentation for, at betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1, skulle være opfyldte. Sagsøgernes generelle bemærkninger om effektivitetsgevinster, eller at aftalen reelt har medført lavere priser, er udokumenterede.

Selv hvis der var sådanne effektivitetsgevinster, er det på ingen måde godtgjort, hvordan forbrugerne er blevet sikret en rimelig andel heraf.

Det følger af EU-Domstolens praksis, at effektivitetsgevinster skal gælde brugerne som helhed, hvad enten der er tale om erhvervsdrivende, brugere i mellemleddet eller endelige forbrugere inden for de forskellige berørte sektorer eller markeder, jf. Domstolens dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2022:993, præmis 193 (**MS II, s. 540**). Det er på den baggrund nødvendigt at fastslå, om en konkurrencebegrænsende aftales effektivitetsgevinster har en gunstig virkning for hver af de forskellige kategorier af brugere eller forbrugere, jf. European Superleague Company, præmis 194 (**MS II, s. 540**).

Sagsøgerne har ikke godtgjort dette. Tværtimod kan eventuelle positive virkninger for værkernes fjernvarmeforbruger, som følge af en nedbringelse af varmeprisen på grund af højere priser på mFRR-markedet, under alle omstændigheder ikke opveje de negative virkninger, som aftalen har for Energinet, der er aftager på mFRR-markedet, og dermed også i sidste ende el-forbrugerne, jf. også Kommissionens retningslinjer, punkt 43 (**MS I, s. 183**).

Endelig er det ikke dokumenteret, at det har været nødvendigt for at realisere de påståede effektivitetsgevinster, at der er aftalt en strategisk koordinering af værkernes priser og bud, der har medført, at den normale prisskonkurrence mellem værkerne er blevet sat helt ud af kraft, og at de påståede effektivitetsgevinster ikke kunne være opnået på en måde, som var mindre problematisk for konkurrencen.

4.9 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sagsbehandling

4.9.1 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ikke lagt vægt på ikke-verificerede og faktuelt forkerte oplysninger

Sagsøgerne gør gældende, at afgørelsen er baseret på ikke-verificerede og faktuelt forkerte oplysninger taget fra Energinets klage af 21. januar 2021 (bilag 72 (**FE I, s. 335ff**)), hvorfor afgørelsen af den grund i sig selv skal ophæves. Sagsøgerne fremhæver tre forhold, der efter deres opfattelse er forkerte: (i) oplysninger om udbuddet af mFRR, der var indmeldt i de enkelte

timer, (ii) oplysninger om værkernes udbud og kapacitet i de enkelte timer, og (iii) oplysningerne om effekterne af puljeordningen.

Dette bestrides.

Selv hvis afgørelsen måtte indeholde eller være baseret på forkerte faktuelle oplysninger, har sagsøgerne ikke godtgjort, hvordan disse oplysninger har været konkret væsentlige for rådsafgørelsen, herunder navnlig vurderingen af, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Det kan således under alle omstændigheder ikke føre til rådsafgørelsens ugyldighed, selv *hvis* der måtte være enkelte oplysninger i rådsafgørelsen om de anførte forhold, der ikke er korrekte, idet disse oplysninger ikke har haft væsentlig betydning for vurderingen.

Desuden bestrides det, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har været forpligtet til at indhente yderligere oplysninger, herunder et komplet datasæt over alle bud indmeldt til Energinet, for at kunne fastslå, at aftalen mellem Effekthandel og de 49 værker havde til formål at begrænse konkurrencen. Som anført i afsnit 4.5.7 ovenfor, har Energinet aldrig været i besiddelse af sådanne oplysninger. Desuden følger det af fast retspraksis fra EU-Domstolen, som gennemgået i afsnit 4.4.1 ovenfor, at der ikke gælder noget krav om, at konkurrencemyndighederne skal påvise de faktiske eller potentielle markedsvirkninger af en adfærd ved en til formåls-overtrædelse.

I forhold til oplysningerne om udbuddet af mFRR bemærker Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at den gennemsnitlige indmeldte kapacitet ikke har betydning for vurderingen af, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen. Det er på samme måde forkert, når sagsøgerne anfører, at Konkurrencerådet har lagt vægt på, at Effekthandel og de 49 værker har været en uomgængelig samhandelspartner. Som allerede gennemgået i afsnit 4.4, er dette uden betydning for vurderingen af, at puljeordningen havde til formål at begrænse konkurrencen. Desuden fremgår hverken begrebet "uomgængelig samhandelspartner" eller "residualmonopolist" af rådsafgørelsen.

Østre Landsrets dom trykt i UfR 2023, side 2369 (**MS II, s. 266-269**), som sagsøgerne henviser til, understøtter ikke, at rådsafgørelsen er ugyldig. I den pågældende sag fandt landsretten, at grundlaget for markedsafgrænsningen og vurderingen af spørgsmålet om dominerende stilling var så mangelfuldt, at der var grundlag for at ophæve den del af rådets afgørelse, der angik Deutz AG's misbrug af dominerende stilling. Det efter landsrettens opfattelse mangelfulde oplysningsgrundlag angik direkte centrale elementer i vurderingen af, om der kunne statueres et misbrug af dominerende stilling.

Højesteret omgjorde landsrettens vurdering og fandt, at der ikke var grundlag for at fastslå, at konkurrencemyndighedernes undersøgelser i Deutz-sagen var mangelfulde eller utilstrækkelige, ligesom det ikke var

godtgjort, at konkurrencemyndighedernes konklusioner var baseret på faktuelt forkerte oplysninger, jf. Højesterets dom trykt i UfR 2025, side 837 (**MS II, s 278-279**).

I modsætning hertil har oplysninger om værkernes udbud, som nævnt, ingen betydning for til formålsvurderingen i den indbragte rådsafgørelse, endsige en sådan betydning, at det kan føre til afgørelsens ophævelse.

I forhold til oplysningerne om puljeordningens effekt henviser sagsøgerne endvidere til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemeddelelse af 20. november 2024 om Konkurrenceankenævnets kendelse (bilag 73 (**SE III, s. 1419**)).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker for en ordens skyld, at oplysningerne ikke har været afgørende for vurderingen af, om aftalen har haft til formål at begrænse konkurrencen. Oplysningerne angår i øvrigt effekten af puljeordningen på markedet, som efter styrelsens opfattelse ikke er relevant at undersøge i forbindelse med en til formåls-analyse, jf. afsnit 4.4.1 ovenfor.

4.9.2 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning

Sagsøgerne gør gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er underlagt en skærpet undersøgelsespligt med den konsekvens, at en til formåls-afgørelse er udelukket som følge af styrelsens vejledning til Effekthandel forud for puljeordningen. Som det fremgår af rådsafgørelsens punkt 455ff (**FE I, s. 110**), blev Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forelagt Effekthandels påtænkte setup med puljeordningen i 2019. Vejledningen blev fremsendt skriftligt som en opfølgning på en samtale mellem styrelsen og Finn Grønkjær fra Effekthandel, jf. bilag 17 til rådsafgørelsen (bilag A, s. 557-558 (**FE I, s. 227-228**)).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vejledte Effekthandel om, at det ikke kunne udelukkes, at der ville være tale om en konkurrencebegrænsning, og at det ville kræve omfattende undersøgelser at kunne vejlede om, hvorvidt dette var tilfældet. Effekthandel blev oplyst om de relevante lovregler på området, om muligheden for at søge om individuel fritagelse, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 2, muligheden for at søge om en ikke-indgrebserklæring efter lovens § 9, samt tidsmæssige aspekter forbundet hermed og eventuelle konkurrenceretlige konsekvenser heraf (afvisning af sagen og undersøgelse af en overtrædelse af konkurrencelovens § 6).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning var korrekt, fyldestgørende og fuldt ud forenelig med den til formåls-afgørelse, som Konkurrencerådet efterfølgende traf overfor Effekthandel og de 49 værker. Det forhold, at styrelsen bemærker, at det vil kræve omfattende undersøgelser at kunne vejlede om, hvorvidt der er tale om en ulovlig konkurrencebegrænsning, kan hverken føre til, at puljeordningen ikke havde til formål at be-

grænse konkurrencen, eller at styrelsen er enig i, at der under de foreliggende omstændigheder skulle have været gennemført en egentlig analyse af de konkurrencebegrænsende effekter af puljeordning for, at det kan fastslås, at puljeordningen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Forinden Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen går i gang med at vurdere en potentiel konkurrencebegrænsende adfærd, undersøger styrelsen markedet, den pågældende aftale og/eller adfærd til bunds på et faktuelt plan. En sådan undersøgelse kan være ganske omfattende, hvilket f.eks. kan udledes af sagsfremstillingen i den omtvistede afgørelse, herunder særligt afsnit 3.3 (markedsbeskrivelse) (**FE I, s. 49ff**) og afsnit 3.4 (den omhandlede adfærd) (**FE I, s. 70ff**). I forbindelse med sådanne undersøgelser kan styrelsen igangsætte høringer i branchen og hos andre myndigheder. Det er en sådan undersøgelse, styrelsen refererer til i sin vejledning.

Vejledningen er ikke udtryk for, at styrelsen på daværende tidspunkt udelukkede en til formåls-overtræ- delse af konkurrencereglerne, og sagsøgernes udlægning af styrelsens vejledning er i det hele misvisende, idet der ikke er noget i vejledningen, som kunne give hverken Effekthandel eller sagsøgerne et indtryk af, at forretningsmodellen ville være konkurrenceretligt uproblematisk.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning til Effekthandel kan derfor ikke med rette være blevet tillagt vægt eller have skabt forventninger hos sagsøgerne, endsige berettigede forventninger, om styrelsens sagsbehandling og/eller afgørelse i en eventuel efterfølgende sag om puljeordningens forenelighed med konkurrencereglerne. Styrelsen udtalte sig således ikke om, hvorvidt den påtænkte puljeordning ville være forenelig med konkurrencereglerne eller ej, men henviste Effekthandel til at indhente egentlig advokatrådgivning, hvilket netop skete.

5. BØDEPÅSTANDEN

5.1 Indledning

Til støtte for de nedlagte bødepåstande gøres det overordnet gældende, at sagsøgerne har overtrådt forbuddet mod at indgå konkurrencebegrænsende aftaler m.v. i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, og at de derfor skal pålægges en bøde i medfør af konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1.

5.2 Den overordnede retlige ramme for bødepålæg

5.2.1 Pålæggelse af civile bøder

I medfør af konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1 (**MS III, s. 928**), kan en virksomhed, en virksomhedssammenslutning eller anden juridisk person

pålægges en civil bøde for forsætlig eller uagtsom overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Behandling af sager om pålæggelse af civile bøder sker efter reglerne i konkurrencelovens kapitel 9, jf. konkurrencelovens § 24 (**MS III, s. 936**). Konkurrencelovens § 24, stk. 3, medfører, at forhandlingsprincippet ikke gælder for spørgsmålet om pålæggelse af civile bøder for overtrædelse af konkurrencelovens regler, herunder konkurrencelovens § 6.

Retten kan derfor i forbindelse med behandling af spørgsmål om pålæggelse af civile bøder pålægge en virksomhed både en højere eller en lavere bøde end det, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen påstår. Herom anføres i de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 24, stk. 3, jf. Folketingstidende 2020- 2021 tillæg A, L 116 af 9. december 2020 som fremsat, side 138, v.sp. (**MS III, s. 982**), at:

> *"Den foreslåede bestemmelse vil indebære, at retten kan fastsætte en civil bøde til både et højere eller lavere beløb end det, som parterne påstår. Det foreslåede vil således være en fravigelse fra forhandlingsprincippet, som finder anvendelse i civile sager. Det bemærkes, at forhandlingsprincippet i øvrigt ikke foreslås fraveget, hvilket indebærer, at det vil være parterne selv, der beslutter, hvilke påstande de vil nedlægge, hvilke anbringender de vil gøre gældende, og hvilke beviser de vil føre."* (vores understregning)

Af konkurrencelovens § 24 a, stk. 2 (**MS III, s. 936**), følger, at såfremt Konkurrencerådets afgørelse om overtrædelse af konkurrencereglerne er indbragt for domstolene af den, som afgørelsen vedrører, skal spørgsmålet om pålæggelse af en civil bøde afgøres under samme sag.

5.2.2 Ændring af bødeberegningsprincipperne i konkurrenceloven pr. 1. juli 2024

Den 1. juli 2024 trådte en ændring af konkurrenceloven i kraft, som blandt andet medførte en ændring af bødeberegningsprincipperne. De nugældende bødeberegningsprincipper følger af konkurrencelovens § 23 b, jf. lovbekendtgørelse nr. 1150 af 3. november 2024 (herefter "2024-konkurrenceloven") (**MS III, s. 930-931**). De nugældende bødeberegningsprincipper finder anvendelse på overtrædelser af konkurrenceloven, som har fundet sted den 1. juli 2024 eller derefter, og for overtrædelser, der har fundet sted før den 1. juli 2024, og som fortsat finder sted efter denne dato, jf. § 2, stk. 1 og stk. 3, i lov nr. 638 om ændring af konkurrenceloven af 11. juni 2024 (**MS III, s. 922**).

Det følger af artikel 49, stk. 1, 3. pkt., i EU's charter om grundlæggende rettigheder ("EU-charteret") (**MS III, s. 1028**), at hvis der, efter at en lovovertrædelse er begået, i loven fastsættes en mildere straf, skal denne mildere straf anvendes. Udgangspunktet er således, at lovgivningen på tidspunktet

for lovovertrædelsen finder anvendelse, medmindre efterfølgende lovgivning hjemler mildere straf.

Som det fremgår af afsnit 3 ovenfor, deltog sagsøgerne i puljeordningen med Effekthandel i forskellige aftaleperioder i årene 2019-2023. Overtrædelsen er således for alle sagsøgerne ophørt forud for lovændringen i juli 2024, hvorfor bøden som udgangspunkt skal beregnes efter de dagældende bødeberegningsprincipper. Disse følger af § 23 b i konkurrenceloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 360 af 4. marts 2021 (herefter "2021-konkurrenceloven") (**MS III, s. 910**) og bemærkningerne hertil i Folketingstidende 2020-2021, tillæg A, L 116 af 9. december 2020 som fremsat (**MS III, s. 976ff**).

Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse vil de civile bøder til sagsøgerne efter principperne efter 2021-konkurrenceloven skulle fastlægges til et markant højere bødeniveau, end hvis bøderne i stedet udmåles på baggrund af bødeberegningsprincipperne efter 2024-konkurrenceloven. Det skyldes navnlig, at beregningen af bøden efter 2024-konkurrenceloven tager udgangspunkt i et grundbeløb, som blandt andet fastsættes ud fra den *relevante* omsætning for virksomheden, dvs. ud fra de involverede virksomheders omsætning af varer eller tjenesteydelser, som direkte eller indirekte er forbundet med overtrædelsen i det relevante geografiske område. Denne relevante omsætning er i nærværende sagskompleks for alle involverede virksomheder markant lavere end det interval, som bødens grundbeløb skal fastsættes ud fra efter 2021-konkurrenceloven.

På den baggrund skal bøden efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse – i overensstemmelse med EU-charteret – beregnes efter 2024-konkurrenceloven. Det synes parterne i øvrigt at være enige om.

5.2.3 Forholdet til EU-konkurrenceretten

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker, at den forståelse af rammerne for bødeudmåling som sagsøgerne fremfører i vidt omfang tager afsæt i Kommissionens retningslinjer (**MS III, s. 1017ff**) og praksis efter artikel 23 i Rfo 1/2003 (**MS III, s. 1014-1014**).

Bøder til virksomheder for overtrædelser af konkurrencereglerne behandles i Danmark imidlertid af de nationale domstole efter reglerne i konkurrencelovens kapitel 9 og efter de civilretlige regler i retsplejeloven (civile bøder), jf. konkurrencelovens § 24. Udmålingen af bødestørrelsen skal foretages efter reglerne i konkurrencelovens § 23 b samt de specielle bemærkninger til bestemmelsen, jf. lige ovenfor. Formålet med de ændrede bødeberegningsprincipper har i den forbindelse været i højere grad at afspejle de principper, som Kommissionen anvender, jf. bl.a. Folketingstidende 2023-2024, tillæg A, L 121 af 28. februar 2024 som fremsat, side 36, v.sp. (**MS III, s. 1002**).

Kommissionens retningslinjer og praksis kan derfor anvendes vejledende i forbindelse med bødeudmålingen, idet det dog bemærkes, at pålæggelse af bøder for overtrædelser af konkurrencereglerne alene er minimumsharmoniseret, hvorfor medlemsstaterne kan vedtage og anvende strengere regler for bødeudmåling end dem, der fremgår af EU-reglerne. Dette følger klart af retsgrundlaget og underbygges af en række forhold, jf. nærmere duplikken, afsnit 4.2.1 (**SE II, s. 771-773**). Her skal to centrale forhold fremføres:

For det første følger det udtrykkeligt af artikel 5 i Rfo 1/2003 (**MS I, s. 164-165**), at nationale myndigheder har kompetence til at pålægge bøder efter national ret. Det fremgår endvidere af præambelbetragtning nr. 8 (**MS I, s. 162**), at medlemsstaterne kan vedtage og anvende en mere restriktiv national konkurrencelovgivning, der forbyder eller pålægger sanktioner for ensidig adfærd fra virksomheders side. De nationale konkurrencemyndigheder og/eller domstole skal således ikke overholde procedurereglerne i Rfo 1/2003, herunder navnlig artikel 23 om bøder.

For det andet er der væsentlige kompetencemæssige og processuelle forskelle mellem den danske nationale ordning og den EU-retlige ordning for pålæggelse og udmåling af civile bøder. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen pålægger således ikke selv bøder, men nedlægger en bødepåstand i en civil retssag ved de nationale domstole, som herefter træffer afgørelse om spørgsmålet. Det følger i den forbindelse af konkurrencelovens § 24, stk. 3 (**MS III, s. 936**), at forhandlingsprincippet ikke finder anvendelse, hvorfor den nationale domstol enten kan pålægge en virksomhed en højere eller en lavere bøde end det, som styrelsen nedlægger påstand om. I EU-regi har Kommissionen derimod kompetence til administrativt at pålægge bøder, som herefter kan prøves ved EU-Domstolen.

Opsummerende er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i forbindelse med nedlæggelsen af sine bødepåstande ikke bundet af Kommissionens skøn i konkrete sager. Tilsvarende er retten, der træffer afgørelse om den civile bøde, heller ikke bundet af Kommissionens skøn i konkrete sager. Efter styrelsens opfattelse lever den konkrete udmåling af de civile bøder til sagsøgerne under alle omstændigheder også op til de krav, der gælder for Kommissionens bødeudmåling efter EU-konkurrenceretten.

5.3 Pålæggelse af civil bøde til sagsøgerne

Sagsøgerne gør gældende, at værkerne ikke har handlet uagtsomt og som følge heraf ikke kan pålægges en bøde. Til støtte herfor anfører sagsøgerne, (i) at sagsøgerne havde en berettiget forventning om, at puljeordningen var i overensstemmelse med konkurrencereglerne, idet sagsøgerne modtog en kopi af notatet fra og idet som produktionsbalanceansvarlig aktør "blåstemplede" puljeordningen, (ii) at værkernes subjektive hensigt med puljeordningen ikke var at få priserne til at stige, og (iii) at sagsøgerne opsagde aftalerne med Effekthandel hurtigst muligt efter

at have fået den nødvendige forståelse for, at aftalerne ikke var i overensstemmelse med konkurrencereglerne.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastholder heroverfor, at sagsøgerne kan pålægges en bøde i medfør af konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1 (**MS III, s. 928**), idet sagsøgerne som minimum uagtsomt har overtrådt forbuddet mod at indgå konkurrencebegrænsende aftaler m.v. i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, jf. nærmere afsnit 4.4 ovenfor. Som det allerede fremgår af afsnit 5.2 ovenfor, kan en virksomhed, en virksomhedssammenslutning eller anden juridisk person i medfør af konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1, pålægges en bøde for en forsætlig eller uagtsom overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

En overtrædelse er efter praksis f.eks. begået uagtsomt, når en virksomheds adfærd udgør en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne, navnlig hvis virksomhedens adfærdsformer åbenbart ikke er en del af de normale konkurrencevilkår på markedet, jf. Domstolens dom af 6. december 2012, AstraZeneca, C- 457/10 P, EU:C:2012:770, præmis 164 (**MS III, s. 1057**), og Rettens dom af 8. september 2016, Lundbeck, T-472/13, EU:T:2016:449, præmis 782-783 (**MS II, s. 644-645**).

En virksomheds ukendskab til konkurrencereglerne hindrer i den forbindelse ikke, at dens overtrædelse opfylder betingelsen om uagtsomhed eller forsæt. Dette gælder uanset virksomhedens størrelse, og uanset om virksomheden er etableret inden for eller uden for EU.

Den omstændighed, at en virksomhed har foretaget en retlig urigtig kvalificering af sin adfærd, kan tilsvarende ikke bevirke, at virksomheden fritages for pålæggelse af en bøde, jf. f.eks. Domstolens dom af 25. marts 2021, Lundbeck, C-591/16 P, EU:C:2021:243, præmis 156-157 (**MS II, s. 490**), og Domstolens dom af 18. juni 2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, præmis 37-38 (**MS I, s. 368**).

EU-Domstolen har ligeledes fastslået, at det forhold, at en virksomhed har fået juridisk rådgivning fra en advokat om sin adfærd, ikke fritager virksomheden for bødeansvar for overtrædelsen, jf. Domstolens dom af 18. juni 2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, præmis 43 (**MS I, s. 369**):

> "[A]*rtikel 101 TEUF skal fortolkes således, at en virksomhed, der har overtrådt denne bestemmelse, ikke kan undgå at blive pålagt en bøde, når denne overtrædelse skyldes en vildfarelse fra virksomhedens side vedrørende lovligheden af dens adfærd på grund af konklusionen i en advokats juridiske rådgivning eller konklusionen i en national konkurrencemyndigheds afgørelse."*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gør gældende, at der i de foreliggende sager er tale om en horisontal aftale mellem konkurrenter. Aftalens objektive formål var at hæve priserne på mFRR i Vestdanmark (DK1) ved at lade

Effekthandel fastsætte priserne på vegne af de deltagende værker i mFRR-kapacitetsauktionerne og dermed begrænse konkurrencen mellem de enkelte værker, jf. nærmere afsnit 4.4. En sådan aftale udgør efter fast praksis en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne, som allerede på den baggrund opfylder betingelserne for bødeansvar, jf. lige ovenfor.

Det har stået klart for sagsøgerne, at formålet med puljeordningen var at hæve prisniveauet i markedet, jf. nærmere bilag B til svarskrifterne (**FE I, s. 351-445**). Det er ikke udtryk for normale konkurrencevilkår, at virksomheder i samme branche uddelegerer deres prisfastsættelse med henblik på strategisk koordinering heraf for derved at presse priserne i markedet opad. Som led i puljeordningen udleverede sagsøgerne brugernavn og adgangskode til Effekthandel til indmeldingsportalen hos deres produktionsbalanceansvarlige aktører, således at det udelukkende var Effekthandel, der kunne prisfastsætte sagsø- gernes kapacitet velvidende, at andre puljedeltagere gjorde det samme. Endvidere modtog eller betalte sagsøgerne penge til puljeordningen på baggrund af de fakturaer, som Effekthandel løbende udsendte med månedsopgørelserne (bilag 2 til rådsafgørelsen, bevis 51-68 (bilag A, s. 225-372 (**FE II, s. 499-567**)), bilag 6 til rådsafgørelsen, bevis 1-11 (bilag A, s. 429-474 (**FE II, s. 627-668**)), og bilag 9 til rådsafgørelsen, bevis 1-5 (bilag A, s. 487-532 (**FE II, s. 677-684**))).

Det er i den forbindelse uden betydning, om sagsøgerne subjektivt havde til hensigt at hæve priserne; det afgørende er, at sagsøgerne var bekendte med puljeordningens formål og indrettede sig i overensstemmelse hermed. Endvidere er det udokumenteret, at sagsøgerne forfulgte et andet formål med aftalen end det formål, som fremgik af det materiale, som sagsøgerne modtog i forbindelse med indgåelse af aftale med Effekthandel og efterfølgende som puljedeltagere.

Det følger endvidere klart af ovenfor anførte retspraksis, at det forhold, at sagsøgerne har modtaget notatet fra ikke fritager sagsøgerne for bødeansvar. Det må så meget desto mere gælde i forhold til angivelige "blåstempling" af puljeordningen, som i øvrigt ikke er dokumenteret. I det omfang sagsøgernes bemærkninger om sagsøgernes angivelige retsvildfarelse som følge af notatet fra vedrører spørgsmålet om bødeudmålingen (ikke bødeansvaret), henviser Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til afsnit 5.6 nedenfor.

Endelig bemærkes det, at det forhold, at visse værker angiveligt valgte at opsige aftalen på det tidspunkt, hvor værkerne *"havde fået den nødvendige forståelse for, at der var risiko for, at aftalen ikke var i overensstemmelse med konkurrencereglerne"*, jf. replikken, afsnit 17.5, side 146 (**SE II, s. 706**), heller ikke ændrer, at indgåelsen af aftalen og den efterfølgende deltagelse i puljeordningen udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne, der opfylder betingelserne for at pålægge bødeansvar.

Der er i øvrigt efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse tale om en misvisende udlægning. Styrelsen sendte således en meddelelse om betænkeligheder til Effekthandel og de 49 værker den 26. januar 2022. Som det fremgår af afsnit 3 ovenfor, var det alene Bramming Fjernvarme Amba, der opsagde aftalen med Effekthandel den 26. januar 2022, mens Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.a. opsagde aftalen, inden styrelsen sendte sin meddelelse om betænkeligheder. Brøns Kraftvarmeværk A.m.b.a, Jetsmark Energiværk Amba og Ø Brønderslev Fjernvarmeværk opsagde imidlertid først deres aftaler henholdsvis den 27. februar 2023, 28. september 2022 og 1. juni 2022 og dermed mellem 126 til 397 dage efter modtagelsen heraf.

Det bestrides i den forbindelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens meddelelse om betænkeligheder er "en ganske overordnet" meddelelse. Tværtimod fremgår det klart af meddelelsen, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde en konkret og udtrykkelig hypotese om, at der var indgået en aftale om samordnet praksis om koordinering af priser på mFRR-markedet i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og/eller TEUF artikel 101. Det bemærkes, at en meddelelse om betænkeligheder i sagens natur ikke er udtryk for en endelig eller gennemarbejdet vurdering. Derimod har meddelelsen netop til formål at gøre adressaten bekendt med styrelsens foreløbige og umiddelbare vurdering, hvilket også fremgår af den fremlagte meddelelse (bilag 123, side 1 (**SE III, s. 1065**)).

Meddelelsen indeholder således en klar tilkendegivelse af, at der efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse var risiko for, at puljeordningen udgjorde en overtrædelse af konkurrencereglerne, og at der var grundlag for at undersøge forholdet nærmere. Sagsøgerne må utvivlsomt på dette tidspunkt have fået den nødvendige forståelse for, at der var en *risiko* for, at aftalen ikke var i overensstemmelse med konkurrencereglerne. På trods heraf valgte Brøns Kraftvarmeværk A.m.b.a, Jetsmark Energiværk Amba og Ø Brønderslev Fjernvarmeværk ikke at opsige sine aftaler med Effekthandel efter at have modtaget styrelsens meddelelse om betænkeligheder.

5.4 Udmåling af en civil bøde til sagsøgerne

Den konkrete udmåling af de civile bøder til sagsøgerne er beskrevet i processkrifterne om bødepåstande, afsnit 3.4 (**SE II, s. 506, 518, 530, 542 og 554**), hvortil der overordnet henvises. Som det fremgår heraf, bygger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens konkrete bødeudmåling efter de nye bødeberegningsprincipper på følgende trin:

1. Indledningsvist er der fastsat et *grundbeløb* svarende til en bestemt procentandel af den relevante omsætning baseret på overtrædelsens grovhed. Dette grundbeløb er udgangspunktet for den efterfølgende regulering af bødens størrelse, jf. lige nedenfor.

2. Dernæst er grundbeløbet multipliceret med antallet af år, som sagsøgernes individuelle overtrædelser har varet, således at bødeniveauet afspejler overtrædelsens varighed.

3. Derefter er det vurderet, om der skal tilføjes et eller flere tillæg for (i) overtrædelsens art (entry fee) og/eller (ii) særlig stor omsætning ud over den relevante omsætning og/eller (iii) eventuel gevinst ved overtrædelsen.

    3.1. Konkret er der tilføjet et tillæg for overtrædelsens art (entry fee).

    3.2. Herefter er der ligeledes tilføjet et tillæg for sagsøgernes særlig store omsætning ud over den relevante omsætning.

4. Endelig er det vurderet, om bødeloftet får indflydelse på bødens endelige størrelse.

Sagsøgerne har fremført indsigelser mod den af styrelsen anvendte procentsats ved beregningen af grundbeløbet (trin 1), det anvendte tillæg for overtrædelsens art (entry fee) (trin 3), og det anvendte tillæg for særlig stor omsætning ud over den relevante omsætning (trin 4). Derudover gør sagsøgerne gældende, at de dele af sagsøgernes bøder, der skal udregnes på baggrund af sagsøgernes koncernomsætning (konkret trin 4 og trin 5), skal baseres på koncernomsætningen fra det regnskabsår, der går forud for Konkurrencerådets afgørelse, og ikke – som gjort gældende af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – det regnskabsår, der går forud for den første afgørelse, hvorved en bøde pålægges (konkret Sø- og Handelsrettens dom). Endelig gør sagsøgerne gældende, at der foreligger formildende omstændigheder og manglende betalingsevne, der skal medføre, at bøderne skal nedsættes til 0 kr. eller til et beløb, der er signifikant lavere end Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens bødepåstande.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil for en ordens skyld redegøre for alle trin i bødeudmålingen, uanset om disse er anfægtet af sagsøgerne. I den forbindelse har styrelsen udarbejdet særskilte tillæg til det sammenfattende processkrift for hver sag, hvor udmålingen af den konkrete bøde for den enkelte sagsøger gennemgås. Der henvises derfor til de særskilte tillæg i de enkelte sager for en redegørelse af den konkrete bødeudmåling og behandling af sagsøgernes indsigelser hertil.

For så vidt angår baggrunden for opdateringen af bødepåstanden i processkrift A, henviser Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til afsnit 5.5 nedenfor. Afslutningsvis behandles sagsøgernes anbringender om henholdsvis formildende omstændigheder og manglende betalingsevne i afsnit 5.6 og 5.7 nedenfor.

5.5 Baggrunden for opdateringen af bødepåstanden

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beregning af tillægget for særlig stor omsætning ud over den relevante omsætning og af bødens maksimale størrelse baserer sig på sagsøgernes koncernomsætning fra 2024. Da styrelsen oprindeligt nedlagde bødepåstandene efter de nye bødeberegningsprincipper, var disse udmålt på baggrund af det på daværende tidspunkt senest offentliggjorte regnskab for 2023.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gør gældende, at de to trin i bødeberegningen skal beregnes på baggrund af koncernomsætningen i det regnskabsår, der går forud for den første afgørelse, hvorved en bøde pålægges, i nærværende sag konkret Sø- og Handelsrettens dom.

Det fremgår af de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 23 b, at der ved beregningen af tillægget og bødens maksimale størrelse skal tages udgangspunkt i den pågældende virksomheds samlede koncernomsætning på verdensplan *"i det regnskabsår, der går forud for afgørelsen"*, jf. Folketingstidende 2023-2024, tillæg A, L 121 af 28. februar 2024 som fremsat, side 37, v.sp. (**MS III, s. 1003**). Konkurrenceog Forbrugerstyrelsen forstår henvisningen til "afgørelsen" ikke som en henvisning til den forudgående afgørelse fra konkurrencemyndigheden om en overtrædelse af konkurrenceloven, men som en henvisning til afgørelsen om bøde, der pålægges ved domstolene som følge af overtrædelsen, når en sag herom bliver indbragt.

Sagsøgerne gør gældende, at det i stedet er det regnskabsår, der går forud for Konkurrencerådets afgø- relse, der skal finde anvendelse.

Til støtte herfor henviser sagsøgerne til Sø- og Handelsrettens dom af 27. januar 2025, trykt i UfR 2025, side 1660 (ECIT-sagen) (**MS I, s. 281ff**), hvor det på side 58 (**MS I, s. 291**) er anført, at 2022 (som var året forud for Konkurrencerådets afgørelse i ECIT-sagen), er det relevante regnskabsår.

Hertil skal det bemærkes, (i) at parterne i ECIT-sagen var enige om, at det relevante regnskabsår for bødeudmålingen var 2023, dvs. det seneste offentliggjorte regnskabsår forud for Sø- og Handelsrettens dom i januar 2025, og (ii) at der alene var fremlagt koncernomsætningstal for 2023 i sagen, jf. f.eks. dommens side 145 (**MS I, s. 285-286**). Det må derfor antages at være udtryk for en fejlskrift, når Sø- og Handelsretten på side 160 i dommen anfører, at 2022 i den konkrete sag er det relevante regnskabsår. Sagsøgernes anbringende støttes derfor ikke af praksis.

At det relevante regnskabsår er regnskabsåret forud for Sø- og Handelsrettens dom i nærværende sager understøttes også af Sø- og Handelsrettens utrykte dom af 27. juni 2025 (A.P. Møller-Mærsk A/S), hvor retten fandt, at det relevante regnskabsår var 2024 – ikke 2022 (som var året forud for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse).

Sagsøgerne gør derudover gældende, at anvendelsen af regnskabsåret forud for den første afgørelse om bøde vil medføre en urimelig vilkårlighed i bødens udmåling i forhold til værkerne i nærværende prøvesager og værkerne i de sager, der er sat i bero. Det bestrides. Formålet med reglerne om fastsættelse af bøder er at sikre en tilstrækkelig afskrækkende virkning, hvilket mest hensigtsmæssigt kan vurderes på baggrund af de senest tilgængelige og aktuelle regnskabstal. Anvendelse af historiske tal kan føre til åbenbart urimelige resultater. Eksempelvis vil det resultere i en uforholdsmæssigt høj bøde i det tilfælde, hvor en virksomhed i regnskabsåret forud for konkurrencemyndighedernes afgørelse havde en væsentligt højere omsætning end på tidspunktet forud for domstolenes afgørelse.

Det bemærkes i øvrigt, at sagsøgerne ikke tidligere har anfægtet brugen af 2023-koncernomsætningen, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sin tid nedlagde bødepåstanden, selv om sagsøgerne nu er af den opfattelse, at det er koncernomsætningen fra 2022, der skal finde anvendelse. Dette på trods af, at styrelsen i forbindelse med nedlæggelsen af bødepåstanden tydeligt tog forbehold for eventuelle ændrede regnskabsoplysninger for det regnskabsår, som går forud for tidspunktet for bødens pålæggelse og endda opfordrede sagsøgerne til at fremlægge regnskabsoplysninger for 2024, så snart disse var tilgængelige, jf. styrelsens processkrifter om bødepåstand, afsnit 3.4.4 (**SE II, s. 511, 523, 535, 547 og 559**).

5.6 Formildende omstændigheder

Sagsøgerne gør gældende, at den civile bøde skal nedsættes til 0 kr., alternativt til et signifikant lavere beløb end Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens bødepåstande, under henvisning til formildende omstændigheder. Sagsøgerne anfører til støtte herfor, (i) at sagsøgerne var i berettiget vildfarelse om puljeordningens lovlighed, (ii) at puljeordningen ikke havde negative effekter på markedet, (iii) at sagsøgerne alene spillede en passiv rolle i forbindelse med overtrædelsen, og (iv) at sagsøgerne, efter rådsafgørelsen blev truffet, har gennemført compliance-træning.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremkommer med sine bemærkninger hertil i duplikken, afsnit 4.2.6 (**SE II, s. 778ff**), hvortil henvises. Styrelsen fastholder, at de af sagsøgerne anførte forhold ikke kan medføre en nedsættelse af bødepåstandene. Imidlertid er det op til retten endeligt at vurdere, om der er tale om formildende omstændigheder, der i givet fald kan medføre en nedsættelse af den endelige bøde.

For en ordens skyld bemærkes det, at de af sagsøgerne fremlagte mails fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (bilag 124-127 (**SE III, s. 1075-1088 og 1163**)) ikke er udtryk for, at styrelsen har ændret opfattelse i forhold til spørgsmålet om formildende omstændigheder. Der henvises herom nærmere til processkrift A, afsnit 6.3 (**SE II, s. 844-845**). Som det fremgår heraf, skal styrelsens tidligere mails om formildende omstændigheder ses i lyset af, at de er sendt på et tidspunkt, hvor bøderne skulle beregnes efter de

gamle bødeudmålingsprincipper, der førte til et væsentligt højere bødeniveau. Den forventede nedsættelse på op til 80 pct. ville føre til bøder, der i højere grad var proportionale i forhold til overtrædelsen, men som stadig havde en reel afskrækkende effekt.

Efter ikrafttrædelsen af de nye bødeudmålingsprincipper er den relevante omsætning allerede taget højde for ved fastsættelsen af bødens grundbeløb, hvilket konkret kommer til udtryk i nærværende sager ved, at de nye bødepåstande er væsentligt lavere. Det er derfor oplagt, at de nye bødepåstande ikke skal nedsættes yderligere, da hensynet til proportionalitet allerede er opfyldt.

En tilsvarende nedsættelse på op til 80 pct. kan derfor ikke uden videre overføres til de nye bødepåstande, da det i praksis vil føre til accessoriske bøder uden tilstrækkelig afskrækkende effekt, hvilket ville underminere formålet med konkurrencerettens bøderegler.

5.7 Sagsøgernes anbringende om manglende betalingsevne

Sagsøgerne gør gældende, at der i forbindelse med bødeudmålingen skal tages højde for sagsøgernes manglende betalingsevne, og at sagsøgerne umiddelbart vil gå konkurs, såfremt de bliver pålagt en bøde.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er uenig med sagsøgerne i, at bøden bør nedsættes som følge af sagsøgernes angivelige manglende betalingsevne. Sagsøgerne har således ikke dokumenteret, at betingelserne, der skal være opfyldt for, at der undtagelsesvist kan tages hensyn til en virksomheds manglende betalingsevne, er opfyldt.

Ved ændringen af konkurrenceloven per 1. juli 2024 er der indført nye principper for beregning af bøder efter konkurrenceloven, jf. nærmere afsnit 5.2.2 ovenfor. I de specielle bemærkninger til ændringsloven er det forudsat, at der undtagelsesvist vil kunne tages hensyn til en virksomheds eventuelle manglende betalingsevne, såfremt virksomheden fremlægger tilstrækkelig og troværdig dokumentation herfor, jf. Folketingstidende 2023-24, tillæg A, L 121 af 28. februar 2024 som fremsat, side 37, v.sp. (**MS III, s. 1003**):

> *"Efter en konkret vurdering vil der i overensstemmelse med hidtidig praksis og med inspiration fra straffelovens § 51, stk. 3, undtagelsesvis kunne tages hensyn til en virksomheds m.v. betalingsevne ved fastsættelse af en civil bøde. Et sådant hensyn vil forudsætte, at virksomheden m.v. tilvejebringer tilstrækkelig og troværdig dokumentation for den manglende betalingsevne, f.eks. i form af en revisorerklæring eller lignende fornøden og uafhængig dokumentation. Inddragelse af hensynet til manglende betalingsevne vil skulle ske til sidst i bødeberegningen, det vil sige efter vurdering af om bøden skal nedsættes som følge af bestemmelserne om bødens maksimale størrelse, jf. konkurrencelovens § 23 b, stk. 4 og 5."* (vores understregning)

Der kan også skeles til betingelserne for evt. nedsættelse af en bøde som følge af manglende betalingsevne, der følger af EU-konkurrenceretten. Det fremgår af punkt 35 i Kommissionens retningslinjer (**MS III, s. 1019**), at:

> *"Under særlige omstændigheder kan Kommissionen, efter anmodning, tage hensyn til en virksomheds manglende betalingsevne i en given social og økonomisk kontekst. Kommissionen nedsætter ikke bøden, blot fordi den fastslår, at virksomheden befinder sig i en ugunstig eller tabsgivende økonomisk situation. Der kan kun ydes bødenedsættelse på grundlag af objektive beviser for, at en bøde, der pålægges i overensstemmelse med de foreliggende retningslinjer, ville medføre ubodelig skade for den pågældende virksomheds levedygtighed og gøre dens aktiver fuldstændig værdiløse."* (vores understregninger)

Der skal således være objektive beviser for, (i) at en bøde vil medføre ubodelig skade for den pågældende virksomheds levedygtighed, og (ii) at bøden medfører, at virksomhedens aktiver mister al deres værdi, ligesom der kun helt undtagelsesvist kan tages hensyn til manglende betalingsevne. Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse er disse betingelser ikke opfyldt i nærværende sagskompleks.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bestrider ikke, at der er eksempler på sager, hvor bøder er blevet nedsat, herunder med henvisning til virksomhedens manglende betalingsevne, som anført af sagsøgerne. Det fremgår imidlertid af alle tre bødeforlæg, som sagsøgerne henviser til (**MS III, s. 1323-1336**), at der var tale om *"ganske særlige forhold"* i forhold til strafsubjekternes betalingsevne, som i de enkelte sager – og på baggrund af en konkret vurdering – blev inddraget i forbindelse med bødefastsættelsen.

Sagsøgerne anfører til støtte for sit anbringende om manglende betalingsevne, at sagsøgerne på grund af "hvile-i-sig-selv"-princippet ikke må indregne bøder som nødvendige omkostninger i de varmepriser, som sagsøgerne opkræver hos sine forbrugere, og at sagsøgerne ikke har fri indskudskapital. Efter sagsøgernes opfattelse vil civile bøder i nærværende sagskompleks derfor betyde, at sagsøgerne vil gå konkurs.

Hertil bemærkes for det første, at det forhold, at sagsøgerne er underlagt "hvile-i-sig-selv"-princippet, ikke i sig selv kan medføre en fritagelse for bødeansvar ved overtrædelse af konkurrencereglerne. En sådan udlægning ville udhule forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler og reelt føre til, at visse virksomheder – herunder kraftvarmeværker – uden konsekvens ville kunne tilsidesætte konkurrencereglerne.

For det andet er det misvisende, når sagsøgerne anfører, at det af Forsyningstilsynets udtalelse af 25. april 2023 (bilag 86 (**SE III, s. 1137**)) fremgår, at *"eventuelle omkostninger forbundet med dækning af en bøde heller ikke kan indregnes i varmeprisen"* (bilag 86, side 3 (**SE III, s. 1139**).

Forsyningstilsynets vurdering er næppe så kategorisk, som sagsøgerne udlægger den. Derudover anfører Forsyningstilsynet, at det forhold, at bøder ikke vil kunne indregnes i varmeprisen, ikke udelukker, at bøderne vil kunne betales på anden vis. Forsyningstilsynets vurdering af spørgsmålet lyder som følger, jf. bilag 86, side 3 (**SE III, s. 1139**):

> *"Det er derfor samlet set Forsyningstilsynets vurdering, at bøder som det altovervejende udgangspunkt ikke vil kunne anses for at være en nødvendig og indregningsberettiget udgift.*
>
> *Det forhold, at bøder ikke kan indregnes i varmeprisen, udelukker ikke, at bøder vil kunne betales på anden vis. Forsyningstilsynet har således ikke med ovenstående forholdt sig til selskabets generelle betalingsevne."* (vores understregninger)

Endelig fremgår det på side 4 i Forsyningstilsynets udtalelse (**SE III, s. 1140**), at det ligger uden for Forsyningstilsynets kompetence at tage stilling til, hvordan virksomhederne finansierer eventuelle omkostninger, de måtte være forpligtet til at betale, og som ikke kan indregnes i varmeprisen efter varmeforsyningslovens § 20.

For det tredje er sagsøgernes bemærkninger om kommunalbestyrelsens eventuelle forpligtelse til at godkende en overdragelse af sagsøgerne samt angiveligt manglende pligt til at sikre varmeforsyningen i kommunen eller afværge sagsøgernes konkurs uden relevans for nærværende sager. Der er tale om rent hypotetiske overvejelser om, hvorvidt kommuner – i tilfælde af sagsøgernes konkurs – kunne vælge at videreføre sagsøgernes aktiviteter. Sådanne overvejelser udgør politiske spørgsmål, som det ikke tilkommer retten at tage stilling til i nærværende sammenhæng.

Skulle der være hold i de af sagsøgerne anførte forhold, hvilket efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse ikke er dokumenteret, bemærkes endeligt for det fjerde, at det i givet fald må håndteres i forbindelse med bødeinddrivelsen. De hypotetiske situationer, som teoretisk vil kunne udspringe af et bødepålæg, kan efter styrelsens opfattelse ikke tillægges betydning ved vurderingen af, om sagsøgerne har et bødeansvar, og i givet fald hvordan en sådan bøde skal udmåles.

6. SAGSOMKOSTNINGER

Sagsøgerne gør gældende, at sagsøgerne skal tildeles sagsomkostninger, uanset sagens udfald. Til støtte herfor henviser sagsøgerne til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oprindeligt nedlagde bødepåstande på ca. 500 mio. kr. i sagskomplekset, men siden nedsatte dem til ca. 15 mio. kr., hvilket ifølge sagsøgerne gør styrelsen til den mest tabende part.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastholder heroverfor, at det ikke kan have betydning for fastsættelsen af sagsomkostningerne, at styrelsen som følge af en lovændring har nedsat bødepåstandene. Der henvises herom nærmere til duplikken, afsnit 5 (**SE II, s. 786-788**), og processkrift A, afsnit 7 (**SE II, s. 845-846**).

Her skal det for det første bemærkes, at nærværende sager samt de øvrige sager i sagskomplekset primært angår gyldigheden af Konkurrencerådets afgørelse om, at sagsøgerne har overtrådt konkurrencereglerne og subsidiært, om rådets afgørelse skal hjemvises. Det er disse spørgsmål, som er sagens væsentligste spørgsmål, og som langt størstedelen af skriftvekslingen og bevisførelsen, herunder syn og skøn og edition, har omhandlet.

Hvis retten finder, (i) at sagsøgerne har overtrådt konkurrencereglerne (og dermed frifinder Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen over for påstandene om ophævelse og hjemvisning) og (ii) samtidig finder, at sagsøgerne skal pålægges civile bøder, skal styrelsen anses for at have fået fuldt medhold. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal også anses for at have fået fuldt medhold, hvis retten pålægger bøder, der er lavere end styrelsens nuværende/tidligere bødepåstande. I det tilfælde har styrelsen stadig vundet alle sagens væsentligste spørgsmål og samtidig fået medhold i alle de af styrelsens påstande, som er underlagt forhandlingsprincippet. Styrelsen henviser i den forbindelse til, at retten – i modsætning til almindelige betalingspåstande i civile sager – ikke er bundet af parternes påstande angående bødens størrelse.

For det andet har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udelukkende nedsat bødepåstandene i sagskomplekset, fordi retsgrundlaget efter afgivelse af svarskrifterne af 22. april 2024 er ændret, hvilket har givet anledning til en nedsættelse af bødepåstanden til gunst for sagsøgerne. Det kan ikke i sig selv føre til, at styrelsen skal anses som den mest tabende part, når styrelsen – såfremt retten pålægger sagsøgerne en civil bøde – i alle andre henseender må anses som den vindende part.

De oprindelige bødepåstande blev udmålt i overensstemmelse med de dagældende bødeudmålingsprincipper og blev nedlagt inden lovforslag nr. 121/2024 af 28. februar 2024 (om bl.a. en ændring af konkurrencelovens bødeudmålingsprincipper) overhovedet var vedtaget. Da de nye bødeudmålingsprincipper trådte i kraft den 1. juli 2024, indledte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen de nødvendige undersøgelser (bl.a. ved at indhente koncern- og omsætningsoplysninger hos alle parter i sagskomplekset og foretage en omfattende beregning af bødepåstande efter de nye bødeudmålingsprincipper samt ved at indhente alle resterende månedsopgørelser og beregne alle parters relevante omsætning relateret til overtrædelsen) for at vurdere, hvorvidt bøden skulle fastsættes til et lavere beløb, herunder i forhold til sagsøgerne.

Det forhold, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke i svarskrifterne tog forbehold for en mulig korrigering af de nedlagte bødepåstande som følge af det fremsatte lovforslag, har i øvrigt ikke haft en betydning for sagsøgernes sagsførelse, der kan bevirke, at der skal tages højde herfor ved fastsættelsen af sagsomkostninger.

For det tredje bestrider Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. nærmere duplikken, afsnit 5 (**SE II, s. 786-788**), at det var sagsøgernes processkrift af 23. september 2024 (**SE I, s. 365**), der førte til en nedsættelse af bødepåstandene. De nye bødepåstande blev som anført nedlagt som følge af den nævnte lovændring, og ikke som følge af, at styrelsen tog bekræftende til genmæle over for sagsøgernes anbringender herom eller lignende.

Det var således også først i replikken af 28. april 2025, at sagsøgerne påstod frifindelse over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens (på det tidspunkt korrigerede) bødepåstande og her erklærede sig enige i, at eventuelle bøder skal udmåles efter de nye bødeudmålingsprincipper, jf. replikken, side 121, sidste afsnit (**SE II, s. 681**).

Det er for det fjerde misvisende, når sagsøgerne anfører, at det fremgår af Kammeradvokatens mail af 21. oktober 2024 til sagsøgernes advokater (bilag 128 (**SE III, s. 1417**)), at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen igangsatte en undersøgelse af de nye bødeudmålingsregler på baggrund af sagsøgernes processkrift af 23. september 2024. Det fremgår af mailen, at styrelsen igangsatte undersøgelsen på baggrund af de nye bødeudmålingsreglers ikrafttrædelse den 1. juli 2024 – ikke sagsøgernes processkrift.

Dette understøttes også af, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen allerede forud for sagsøgernes processkrift af 23. september 2024 anvendte de nye bødeudmålingsprincipper til beregning af bødepåstande i andre verserende retssager, jf. f.eks. Sø- og Handelsrettens dom af 27. januar 2025 (anket), trykt i UfR 2025, side 1660 (**MS I, s. 281**), hvor styrelsen fremhævede lovændringen og betydningen af de nye bødeudmålingsprincipper for sagen i et processkrift af 10. september 2024. Styrelsen var således fuldt bekendt med de nye bødeberegningsprincipper på tidspunktet for sagsøgernes processkrift af 23. september 2024, og skriftet har ikke været udslagsgivende for, at styrelsen efterfølgende nedsatte bødepåstandene på baggrund af lovændringen
…"

Af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tillæg til sammenfattende processkrift ad bødens udmåling af 1. september 2025 fremgår blandt andet:

"…

2. UDMÅLING AF EN CIVIL BØDE TIL SAGSØGEREN

2.1 Grundbeløbet – relevant omsætning og grovhed (trin 1)

Om den konkrete udmåling af grundbeløbet henviser Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen overordnet til processkriftet om bødepåstand, afsnit 3.4.1 (**SE II, s. 530-533**). Det fremgår heraf, at det er styrelsens vurdering, at grundbeløbet bør fastsættes til 20 pct. af sagsøgerens relevante omsætning i gennemsnitsåret.

Som udgangspunkt er det den relevante omsætning i det seneste regnskabsår, hvor virksomheden har deltaget i overtrædelsen, der skal lægges til grund ved fastsættelsen af grundbeløbet. Er dette regnskabsår ikke retvisende, kan der alternativt tages hensyn til eksempelvis et gennemsnit af virksomhedens omsætning over hele eller dele af overtrædelsesperioden, jf. Folketingstidende 2023-2024, tillæg A, L 121 af 28. februar 2024 som fremsat, side 36, v. og h.sp. (**MS III, s. 1002**).

Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse skal udgangspunktet om at lægge den relevante omsætning i det seneste fulde regnskabsår, hvor virksomheden har deltaget i overtrædelsen, til grund ved fastlæggelsen af grundbeløbet, fraviges i dette sagskompleks, jf. nærmere processkrift om bødepå- stand, afsnit 3.4.1 (**SE II, s. 530-533**). Efter styrelsens vurdering, er det mest retvisende at tage udgangspunkt i et gennemsnit af den enkelte puljedeltagers omsætning i hele puljedeltagerens overtrædelsesperiode ved fastsættelsen af grundbeløbet. Det vil sige, at der beregnes en gennemsnitlig årsomsætning for hver enkelt puljedeltager. En gennemsnitlig årsomsætning beregnes ved at dividere puljedeltagerens relevante omsætning for hele overtrædelsesperioden med varigheden af puljedeltagerens overtrædelse opgjort i år. Sagsøgeren synes ikke at bestride, at det er den mest retvisende metode for opgørelsen af den relevante omsætning i dette sagskompleks.

Sagsøgerens overtrædelse fandt sted i perioden fra den 22. september 2020 til den 24. november 2020, svarende til 0,1753 år. Sagsøgerens relevante omsætning for hele overtrædelsesperioden er kr. 24.217. Den relevante omsætning for sagsøgeren for et gennemsnitsår er derfor kr. 138.115.

Bødens grundbeløb skal herefter fastsættes til en bestemt procentsats af den relevante omsætning afhængigt af overtrædelsens grovhed, som kan udgøre op til 30 pct. af den relevante omsætning, jf. Folketingstidende 2023-2024, tillæg A, L 121 af 28. februar 2024 som fremsat, side 36, h.sp. (**MS III, s. 1002**).

Henset til overtrædelsens art, herunder at der er tale om en horisontal aftale om priser og bud, der har til formål at begrænse konkurrencen, overtrædelsens geografiske udstrækning til hele Vestdanmark samt puljeordningens mulighed for at diktere markedsprisen, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at grundbeløbet bør fastsættes til 20 pct. af den relevante omsætning i gennemsnitsåret. Dette svarer til kr. 27.623 for sagsøgerens vedkommende.

Sagsøgeren gør gældende, at den anvendte procentsats på 20 pct. er for høj og skal reduceres til 15 pct. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastholder heroverfor, at den anvendte procentsats er hensigtsmæssig og nødvendig, jf. nærmere duplikken, afsnit 4.2.3 (**SE II, s. 774-775**).

For det første er den anvendte procentsats hensigtsmæssig og nødvendig, når der henses til overtrædelsens art m.v. Horisontale aftaler om prisfastsættelse betragtes som de mest alvorlige konkurrencebegrænsninger. Den del af sagsøgerens relevante omsætning i gennemsnitsåret, der skal tages i betragtning i forbindelse med en sådan overtrædelse, bør derfor befinde sig i den øvre del af spændet, som går fra 0- 30 pct., jf. bl.a. Folketingstidende 2023-2024, tillæg A, L 121 af 28. februar 2024 som fremsat, side 16, v.sp. (**MS III, s. 999**). En procentsats på 20 ligger i øvrigt alene i den nedre ende af skalaens øvre del.

For det andet er der ikke, som anført af sagsøgeren, tale om en ganske beskeden koordinering – tværtimod. Et bud på mFRR-markedet består af en mængde og en pris. Prisen er et helt afgørende parameter på markedet, da "pay-as-clear"-formatet i Energinets auktioner medfører, at alle accepterede bud modtager den samme pris for deres ydelser, som er prisen på det dyreste accepterede bud. Hvis denne clearingpris på grund af konkurrencebegrænsende adfærd ender med at være højere, end clearingprisen ville være under normale konkurrencevilkår, har det således betydning for prisniveauet i markedet som helhed og ikke kun for de værker, som deltog i puljeordningen.

Det forhold, at Kommissionen – ifølge sagsøgeren – i sin praksis ligger i et niveau på mellem 15-17 pct. og ligeledes lægger vægt på, om en overtrædelse vedrører hele EEA eller hele verden, ændrer for det tredje heller ikke ved, at en procentsats på 20 er hensigtsmæssig og nødvendig i det konkrete sagskompleks.

Kommissionens praksis er således ikke afgørende for bødeudmålingen efter de danske regler, men kan alene anvendes vejledende, jf. nærmere afsnit 5.2.3 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sammenfattende processkrift. For så vidt angår sagsøgerens bemærkninger til den geografiske udstrækning af overtrædelser, som Kommissionen håndhæver, bemærkes, at Kommissionen alene håndhæver overtrædelser, der kan påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne og dermed det indre marked som helhed. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens håndhævelse retter sig derimod i første række mod konkurrencebegrænsende adfærd i Danmark. I den konkrete sag havde overtrædelsen en geografisk udstrækning til halvdelen af det danske marked, hvilket i en national kontekst er betydeligt og taler for en procentsats i den øvre del af skalaen. Styrelsen har endvidere ikke kunnet udelukke, at puljeordningen i perioder kunne have samhandelspåvirkning, jf. afsnit 4.7 i styrelsens sammenfattende processkrift.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker endeligt for det fjerde, at styrelsen i bødeberegningen for mange af værkerne ikke har inkluderet hele den relevante omsætning forbundet med overtrædelsen. Grundbeløbet er for mange af værkerne således beregnet på baggrund af en relevant omsætning, der er mindre end den totale relevante omsætning, værkerne har fået udbetalt fra deres deltagelse i puljeordningen. For nogle af værkerne har styrelsen udeladt en mindre del af deres relevante omsætning, for nogle 10 pct. af deres relevante omsætning, mens der for andre værker er tale om over halvdelen af deres relevante omsætning. For så vidt angår bødeberegningen til sagsøgeren, har styrelsen udeladt 88,4 pct. af værkets samlede relevante omsætning i beregningen af grundbeløbet.

Disse udeladelser skyldes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sine svarskrifter i nærværende sagskompleks har nedsat overtrædelsesvarigheden for alle værker, således at overtrædelsen anses for ophørt fra den dag, værket sendte sin opsigelse til Effekthandel. Mange af værkerne har dog efter opsigelsen fortsat deres deltagelse i puljeordningen og har fået udbetalt relevant omsætning i opsigelsesperioden på en måned plus løbende måned. Tilskæringen af værkernes varighed blev foretaget på et tidspunkt, hvor styrelsen fortsat beregnede bøderne med udgangspunkt i de tidligere retningslinjer, hvor den relevante omsætning ikke spillede ind på selve bødeberegningen som andet end en formildende omstændighed til de høje grundbeløb, de tidligere retningslinjer tog udgangspunkt i. Den anvendte procentsats er således også på dette grundlag hensigtsmæssig og nødvendig.

2.2 Overtrædelsens varighed (trin 2)

Det fremgår videre af de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 23 b, stk. 1, at en civil bøde skal afspejle, hvor længe en virksomhed har deltaget i overtrædelsen, og at grundbeløbet derfor som udgangspunkt skal multipliceres med overtrædelsens varighed i antal år, jf. Folketingstidende 2023-2024, tillæg A, L 121 af 28. februar 2024 som fremsat, side 36, h.sp. (**MS III, s. 1002**). Dette forhold er ikke bestridt af sagsøgeren.

Som det allerede fremgår i afsnit 2.1 ovenfor, fandt sagsøgerens overtrædelse sted i 0,1753 år. Grundbeløbet på kr. 27.623, der er fastsat på grundlag af 20 pct. af den relevante omsætning, skal derfor multipliceres med 0,1753, hvorefter bøden udgør kr. 4.843.

2.3 Tillæg for overtrædelsens art m.v. (entry fee) (trin 3.1)

Det fremgår af de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 23 b, stk. 1, at der kan ske tillæg for visse typer overtrædelser, herunder horisontale aftaler om priser, jf. Folketingstidende 2023-2024, tillæg A, L 121 af 28. februar 2024 som fremsat, side 37, v.sp. (**MS III, s. 1003**).

Konkret er der tale om en horisontal aftale om koordinering af priser og bud på mFRR-markedet, som har til formål at begrænse konkurrencen. Aftalens geografiske udstrækning har været hele Vestdanmark, og aftalen har varet i perioden mellem den 1. september 2019 og den 5. maj 2023, hvor puljeordningen ophørte.

Henset til, at der er tale om en horisontal aftale om koordinering af priser og bud, som har til formål at begrænse konkurrencen, og til det i forarbejderne angivne om, at en bøde skal have en afskrækkende effekt, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at bøden skal forhøjes med et tillæg for overtrædelsens art, udstrækning og skadevirkninger. Tillægget bør efter styrelsens opfattelse have samme størrelse som grundbeløbet for overtrædelsens grovhed, dvs. kr. 27.623, jf. afsnit 2.1 ovenfor. Herefter vil bødens størrelse være kr. 32.466.

Sagsøgeren fremkommer med de samme indsigelser til tillægget for overtrædelsens art m.v. som til opgørelsen af grundbeløbet, idet styrelsen har anvendt den samme procentsats. Styrelsen henviser derfor i det hele til sine bemærkninger om sagsøgerens indsigelser i afsnit 2.1 ovenfor.

2.4 Tillæg for særlig stor omsætning ud over relevant omsætning (trin 3.2)

Om forhøjelsen af bøden til sagsøgeren med et tillæg for særlig stor omsætning ud over relevant omsætning henviser Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til processkriftet om bødepåstand, afsnit 3.4.4 (**SE II, s. 534-535**). Det fremgår heraf, at det er styrelsens vurdering, at bøden til sagsøgeren bør forhøjes med et tillæg på 0,75 pct. af sagsøgerens koncernomsætning.

Det fremgår af de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 23 b, stk. 1, at der kan ske tillæg for særlig stor omsætning ud over den relevante omsætning med henblik på at sikre, at en bøde virker tilstrækkeligt afskrækkende, jf. Folketingstidende 2023-2024, tillæg A, L 121 af 28. februar 2024 som fremsat, side 37, v.sp. (**MS III, s. 1003**).

Der kan således tages højde for den del af virksomhedens omsætning, som ikke allerede indgår i beregningen af bødens grundbeløb.

Det fremgår endvidere af de specielle bemærkninger, at der ved udmålingen af et eventuelt tillæg for særlig stor omsætning ud over den relevante omsætning skal tages hensyn til den *samlede* globale omsætning for virksomheden. Indgår virksomheden i en koncern, er det hele koncernens samlede globale omsætning, der skal tages hensyn til, jf. Folketingstidende 2023-2024, tillæg A, L 121 af 28. februar 2024 som fremsat, side 37, v.sp. (**MS III, s. 1003**).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udenretligt indhentet aktuelle regnskabsoplysninger for sagsøgeren for regnskabsåret 2024. Virksomhe-

dens totale nettoomsætning i 2024 (som er det seneste regnskabsår forud for Sø- og Handelsrettens dom) udgjorde kr. 27.811.516. Sagsøgerens totale relevante omsætning relateret til overtrædelsen udgør kr. 24.217, mens den relevante omsætning for et gennemsnitsår er kr. 138.115, jf. afsnit 2.1 ovenfor.

På baggrund af den store forskel mellem den relevante omsætning og virksomhedens totale nettoomsætning samt størrelsen af den totale nettoomsætning er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at der skal ske en forhøjelse af bøden. Tillægget bør efter styrelsens opfattelse fastsættes til 0,75 pct. af sagsøgerens omsætning, svarende til kr. 208.586. Herefter vil bødens størrelse være kr. 241.053.

Sagsøger gør gældende, at der ikke skal tilføjes et tillæg for særlig stor omsætning ud over den relevante omsætning. Såfremt et sådant tillæg alligevel anvendes, skal det efter sagsøgerens opfattelse ikke opgøres som en procentandel af sagsøgerens nettoomsætning, men i stedet som en procentandel af den allerede udregnede bøde.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastholder heroverfor, at tillægget skal tilføjes, og at styrelsens beregningsmetode er hensigtsmæssig i nærværende sagskompleks. Der henvises overordnet herom til processkriftet om bødepåstand, afsnit 3.4.4 (**SE II, s. 534-535**), hvoraf fremgår, at der er stor forskel mellem sagsøgerens relevante omsætning og sagsøgerens totale nettoomsætning, ligesom sagsøgerens totale nettoomsætning i sig selv er ganske stor. Med henblik på at sikre, at de civile bøder til sagsøgeren er tilstrækkeligt afskrækkende – sagsøgerens fulde nettoomsætning taget i betragtning – findes et tillæg til bøden på 0,75 pct. af sagsøgerens nettoomsætning konkret hensigtsmæssig.

I den forbindelse er det for det første uden betydning, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – som anført af sagsøgeren – allerede har fastsat et tillæg for overtrædelsens art m.v. (entry fee). Det fremgår således klart af de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 23 b, at de to tillæg – selv om de begge har et fælles overordnet formål om at sikre en præventiv virkning – retter sig mod forskellige forhold, jf. nærmere Folketingstidende 2023-2024, tillæg A, L 121 af 28. februar 2024 som fremsat, side 37, v.sp. (**MS III, s. 1003**).

Tillægget for overtrædelsens art m.v. (entry fee) har således til formål at sikre en afskrækkende effekt for visse særligt alvorlige overtrædelser, f.eks. horisontale aftaler m.v. om prisfastsættelse. Derimod har tillægget for særlig stor omsætning ud over den relevante omsætning til formål at sikre en afskrækkende effekt for de virksomheder, for hvilke en bøde baseret alene på den relevante omsætning ikke ville være mærkbar.

Der er heller ikke noget, der taler for, at det ene tillæg skulle udelukke det andet – tværtimod er det tydeligt, at bødeudmålingen skal ske efter de trin,

som er beskrevet i de specielle bemærkninger til bestemmelsen, og at begge tillæg skal overvejes ud fra et præventivt hensyn. Denne tilgang stemmer helt overens med Kommissionens retningslinjer, hvor der også er tale om to forskellige tillæg til bødens grundbeløb, som begge skal overvejes i forbindelse med bødeudmålingen. Det følger således af retningslinjernes punkt 25 (**MS III, s. 1018**), at Kommissionen vil lade bødens grundbeløb omfatte et beløb på mellem 15 og 25 pct. af afsætningens værdi *"for at afskrække virksomheder fra bare det at indtræde i horisontale aftaler om prisfastsættelse* […]*"*. Herefter fremgår det af retningslinjernes punkt 30 (**MS III, s. 1019**), at der kan ske en specifik forhøjelse af bøden i præventivt øjemed for virksomheder, der har en særlig stor omsætning udover afsætningens værdi.

For det andet anfører sagsøgeren til støtte for sit anbringende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har begået en fejl ved at udregne tillægget på baggrund af sagsøgerens totale nettoomsætning, da det er Kommissionens faste praksis at udregne tillægget som en procentandel af den allerede udregnede bøde.

Som sagsøgeren selv anfører i replikken, afsnit 17.3.2, side 126 (**SE II, s. 686**), indeholder de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 23 b ingen krav til den konkrete beregning af tillægget.

Sagsøgeren synes i den forbindelse at antyde, at forarbejderne henviser til punkt 30 og 37 i Kommissionens retningslinjer, hvilket er misvisende. Det fremgår således alene af de specielle bemærkninger, at en forhøjelse af bøden med et tillæg for særlig stor omsætning ud over den relevante omsætning vil svare til Kommissionens retningslinjer, jf. Folketingstidende 2023-2024, tillæg A, L 121 af 28. februar 2024 som fremsat, side 37, v.sp. (**MS III, s. 1003**). Sagsøgeren synes i øvrigt ikke at forholde sig til, at det ikke fremgår af Kommissionens retningslinjer, at tillægget skal beregnes på en bestemt måde, jf. ordlyden i punkt 30 (**MS III, s. 1019**):

> *"30. Kommissionen vil være særligt opmærksom på behovet for at sikre, at bøderne virker tilstrækkeligt afskrækkende. Den kan derfor forhøje bøden for virksomheder, der har en særligt stor omsætning udover deres afsætning af de af overtrædelsen omfattede varer og tjenesteydelser."*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har således ikke valgt en anden tilgang end den, som er skitseret i Kommissionens retningslinjer, idet Kommissionens retningslinjer lader det stå åbent, hvordan tillægget konkret skal beregnes. Det må derfor være op til styrelsen at skønne den mest hensigtsmæssige beregningsmetode af tillægget for at sikre, at bøden er tilstrækkeligt afskrækkende i den konkrete sag og dermed opfylder sit overordnede formål. I den forbindelse gentages det for en ordens skyld, at retten kan pålægge sagsøgeren en enten højere eller lavere bøde end det, styrelsen påstår, idet forhandlingsprincippet er fraveget i denne type af sager, jf. konkurrencelovens § 24, stk. 3 (**MS III, s. 936**).

Det forhold, at Kommissionen i den praksis, som sagsøgeren refererer til i replikken, afsnit 17.3.2, side 127 (**SE II, s. 687**), beregner tillægget som en procentandel af den allerede beregnede bøde, kan heller ikke føre til et andet resultat. Kommissionens skøn i konkrete sager er således hverken bindende for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved udmålingen af sine bødepåstande eller for retten, når den fastsætter det endelige bødeniveau, jf. nærmere afsnit 5.2.3 i styrelsens sammenfattende processkrift. Det fremgår endvidere af punkt 37 i Kommissionens retningslinjer (**MS III, s. 1020**), at selv Kommissionen kan fravige sin generelle metode til fastsættelse af bøder, hvis særlige forhold gør sig gældende i en given sag, eller det er nødvendigt at sikre et afskrækkende niveau i et bestemt tilfælde.

Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse er omstændighederne i dette sagskompleks særegne, idet sagsøgerens aktiviteter på mFRR-markedet alene udgør en biaktivitet. Den relevante omsætning med puljeordningen på mFRR-markedet er derfor meget begrænset sammenlignet med sagsøgerens nettoomsætning. For at en civil bøde til sagsøgeren skal have en afskrækkende effekt – både for sagsøgeren og for andre virksomheder på markedet – er det nødvendigt, at bøden er af en vis mærkbar størrelse i forhold til sagsøgerens nettoomsætning. På den baggrund findes det i det konkrete sagskompleks hensigtsmæssigt og nødvendigt, at tillægget fastsættes som en procentandel af sagsøgerens individuelle nettoomsætning. Procentsatsen udgør i øvrigt kun 0,75, hvorfor tillægget ikke er uforholdsmæssigt stort, selv om det udregnes på baggrund af sagsøgerens nettoomsætning.

Tillægget på 0,75 pct. af nettoomsætningen sikrer desuden en ensartet og systematisk tilgang på tværs af værkerne. Uden tillægget ville bøderne være uforholdsmæssigt lave for de værker, som har en markant højere nettoomsætning end de andre værker. Tillægget sikrer således, at bøderne udmåles under hensyn til de enkelte værkers økonomiske forhold og bidrager dermed til et effektivt og afskrækkende bødeniveau, der er proportionalt på tværs af værkerne.

For det tredje har det ingen betydning for anvendelsen af tillægget, at "hvile-i-sig-selv"-princippet indebærer, at kraftvarmeværker ikke kan generere et overskud, idet en eventuel gevinst blot giver kraftvarmeværker mulighed for at sætte prisen ned på markedet for varmeforsyning til gavn for kraftvarmeværkets ejerkreds.

Endelig kan det forhold, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sit svarskrift nedlagde bødepåstande efter de dagældende bødeberegningsprincipper, for det fjerde ikke ændre ved, at der skal tilføjes et tillæg for særlig stor omsætning ud over den relevante omsætning efter de nugældende bødeberegningsprincipper. Sagsøgerens bemærkninger om effekterne af de tidligere nedlagte bødepåstande fremstår i øvrigt helt udokumenterede.

Som det fremgår af de ovenstående afsnit, vil en civil bøde til sagsøger efter de nye bødeberegningsprincipper herefter skulle fastsættes til kr. 241.053. Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse bør der ske en afrunding til nærmeste femtusinde, dvs. til kr. 240.000.

2.5 Bødens maksimale størrelse

I overensstemmelse med konkurrencelovens § 23 b, stk. 4, kan en bøde til sagsøgeren maksimalt udgøre 10 pct. af virksomhedens samlede globale (koncern)omsætning (**MS III, s. 931**).

Som angivet ovenfor var sagsøgerens totale nettoomsætning i 2024 kr. 27.811.516. Bødens størrelse vil derfor på nuværende tidspunkt og ud fra de foreliggende regnskabsoplysninger maksimalt kunne være på kr. 2.781.151,60 i henhold til bødeloftet.
…"

Rettens begrundelse og resultat

Sagen er en prøvelse af Konkurrencerådsafgørelse af 25. oktober 2023 om, at Hvide Sande i en periode fra den 22. september 2020 til den 31. december 2020 som et af 49 kraftvarme- og regulérkraftværker og Effekthandel havde overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og nr. 3, og Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) artikel 101, stk.1, litra a og c, ved at have indgået en konkurrencebegrænsende aftale om koordinering af priser og bud på mFRR i Vestdanmark (DK1). Desuden skal der i tilfælde af, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, eventuelt pålægges en civil bøde, jf. konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1.

Rettens prøvelse af Konkurrencerådets afgørelse omfatter efter retspraksis fuldt ud det faktuelle grundlag og retsanvendelsen, mens tilsidesættelse af vurderinger, der i det væsentlige bygger på et konkurrencemæssigt skøn, forudsætter et sikkert grundlag.

I det følgende gennemgås først Hvide Sandes indsigelser vedrørende retsanvendelsen og det konkurrencemæssige skøn.

Hvide Sande har anført, at den omstridte virksomhed i henhold til aftalerne mellem værkerne og Effekthandel ikke er erhvervsvirksomhed omfattet af konkurrenceloven, jf. dennes § 2, stk. 1, idet der ikke er tale om reel udøvelse af økonomisk aktivitet i et marked.

Den omstridte virksomhed i henhold til aftalen består imidlertid i salg af mFRR-kapacitet på markedsvilkår i et marked. Hverken hvile-i-sig-selv-princippet, som Hvide Sande er underlagt, eller det omhandlede markeds karakter,

hvor Energinet er eneste køber, kan herefter føre til en anden vurdering, end at der er tale om reel udøvelse af økonomisk aktivitet i et marked. Den omhandlede virksomhed er derfor erhvervsvirksomhed omfattet af konkurrenceloven, jf. § 2, stk. 1.

Desuden har Hvide Sande anført, at konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 ikke finder anvendelse, idet den omstridte aftale mellem værkerne og Effekthandel reelt er en række vertikale aftaler omfattet af gruppefritagelsesreglerne for vertikale aftaler i Kommissionens forordning om anvendelse af TEUF artikel 101, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.

I forhold hertil fremgår det af de enkelte aftaler mellem de 49 værker og Effekthandel, at det blev tilladt Effekthandel at prissætte den produktionsmængde, som det enkelte værk meldte ind i mFRR-markedet, samtidig med at det enkelte værk fraskrev sig muligheden for at selv indmelde priser i markedet, og Effekthandel skulle fordele indtjeningen mellem de deltagende værker. Sammenholdt med månedsmails fra Effekthandel til værkerne og andet informationsmateriale fra Effekthandel kan det herefter lægges til grund, at det blev overladt til Effekthandel at fastsætte priserne på de ellers konkurrerende værkers mFRR-kapacitet med henblik på at presse prisen op, hvilket værkerne var bekendt med. De 49 vertikale aftaler mellem de enkelte værker og Effekthandel udgjorde derfor reelt en samlet horisontal aftale om koordinering af priser og bud på værkernes mFRR kapacitet via Effekthandel. Da den omstridte aftale således var horisontal, var den ikke omfattet af de nævnte regler om gruppefritagelse for vertikale aftaler. Det anførte kan derfor ikke føre til, at konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 ikke finder anvendelse.

Yderligere har Hvide Sande anført, at de indgåede aftaler ikke er i strid med forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 for virksomheder mv. mod at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Det afgørende spørgsmål i den sammenhæng er, om den oven for beskrevne horisontale aftale havde til formål at begrænse konkurrencen, hvorved bemærkes, at Konkurrencerådet alene har taget stilling til, om aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, og ikke om aftalen havde konkurrencebegrænsende følger.

Som gennemgået oven for var den omstridte aftale en horisontal aftale om koordinering af priser og bud på de ellers konkurrerende værkers mFRR kapacitet via Effekthandel med henblik på at presse prisen op. De koordinerede bud og priser blev meldt ind af Effekthandel på auktioner over mFRR. Henset hertil findes aftalen efter sin art åbenbart at have haft til formål at begrænse konkurrencen. Herefter, og idet koordinerede priser og bud på en auktion i sagens na-

tur kan påvirke priserne og dermed den konkurrencemæssige samhandel, er det efter retspraksis ikke fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger for at anse aftalen for omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk.1.

Konkurrencerådets vurdering af, at aftalen var i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, kan derfor tiltrædes. Kravet om minimumsbud på 5 MW ændrer ikke ved vurderingen, idet det ikke udelukkede koordinering af bud og priser, hvilket budmarkedets pay-as-clear-format heller ikke gjorde.

Hvis aftalen, som det nu er fastslået, var i strid med forbuddet, har Hvide Sande gjort gældende, at det følger af bagatelreglen i konkurrencelovens § 7, stk. 1, at forbuddet ikke gælder henset til størrelsen af værkernes og Effekthandels markedsandele.

Efter § 7, stk. 3, gælder undtagelserne i § 7, stk. 1, dog ikke, hvis aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Da det som gennemgået oven for er tilfældet, gælder § 7, stk. 1, således ikke i den foreliggende situation. Bagatelreglen kan derfor ikke føre til, at forbuddet ikke gjaldt.

Hvide Sande har tillige gjort gældende, at de omstridte aftaler ikke er omfattet af TEUF artikel 101, stk. 1, da aftalerne ikke mærkbart kan påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne, jf. pkt. 53 og 54 i Kommissionens meddelelse af 27. april 2004 om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (nu artikel 101 og 102) (2004C 101/08).

Imidlertid omhandler de omtalte punkter i Kommissionens meddelelse en formodningsregel, der ikke er absolut, og efter bevisførelsen kan det lægges til grund, at der er en sådan sammenhæng mellem de forskellige el-markeder både nationalt og internationalt, at retten ikke har grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets vurdering af, at aftalen mærkbart har kunnet påvirke handlen også internationalt i forhold til andre medlemsstater. Det bemærkes i øvrigt, at spørgsmålet ikke har betydning for gyldigheden af de af rådet nedlagte påbud, idet de også er støttet på konkurrencelovens § 6.

Vedrørende retsanvendelsen og det konkurrencemæssige skøn har Hvide Sande endelig anført, at aftalerne har medvirket til en effektiv konkurrence på en sådan måde, at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, ikke finder anvendelse, jf. § 8 og artikel 101, stk. 3.

For så vidt angår denne indsigelse er det ikke ved de afgivne forklaringer eller den fremlagte dokumentation godtgjort, at aftalen har medført et sådant øget udbud og større forsyningssikkerhed eller andre fordele, at betingelsen i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1, og den tilsvarende betingelse i TEUF artikel

101, stk. 3, er opfyldt, ligesom det heller ikke er godtgjort, at el-kunderne i givet fald var sikret en rimelig andel af fordelene herved, jf. § 8, stk. 1, nr. 2, og den tilsvarende betingelse i TEUF artikel 101, stk. 3.

Det kan derfor tiltrædes, at Konkurrencerådet har vurderet, at konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, ikke kan føre til, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1, ikke finder anvendelse på aftalen.

Samlet følger det af ovenstående, at ingen af de anførte indsigelser mod Konkurrencerådets retsanvendelse og konkurrencemæssige skøn kan føre til ophævelse eller hjemvisning af rådets afgørelse.

Det skal herefter vurderes, om der er mangler ved det faktuelle grundlag i Konkurrencerådets afgørelse, som kan føre til ophævelse eller hjemvisning.

Konkurrencerådets afgørelse er begrundet i, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. De af Hvide Sande påberåbte faktuelle mangler ses ikke at have betydning for en til formålsafgørelse, ligesom de ikke ses at have været inddraget i rådets begrundelse herfor. Allerede derfor kan de påberåbte faktuelle forhold heller ikke føre til en ophævelse eller hjemvisning af rådets afgørelse.

Som følge heraf frifindes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Det følger af ovenstående, at Hvide Sande har overtrådt blandt andet konkurrencelovens § 6, stk. 1. Hvide Sande kan derfor pålægges en civil bøde, hvis overtrædelsen er sket forsætligt eller uagtsomt, jf. konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1, som påstået af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Efter en samlet vurdering af oplysningerne i sagen kan det lægges til grund, at Hvide Sande ved indgåelsen af den omstridte aftale med Effekthandel var i den vildfarelse, at aftalen ikke var i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1. Der er herved navnlig lagt vægt på de afgivne forklaringer om direktør i Effekthandel Finn Grønkjærs præsentation af den omstridte aftale over for varmeværkerne sammenholdt med notat af 20. august 2019 fra advokatfirmaet , der angav, at det i notatet beskrevne set-up ikke gav anledning til konkurrenceretlige betænkeligheder, og at de individuelle aftaler med værkerne også skulle sendes til det produktionsbalanceansvarlige selskab, som for mange værkers vedkommende var Energy Trading A/S, der angiveligt har været indforstået hermed.

Vildfarelsen vedrørende lovligheden af aftalen kan imidlertid ikke føre til, at betingelserne for at pålægge strafansvar efter konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1, ikke er opfyldt, idet Hvide Sande havde forsæt til at indgå aftalen med de

virkninger, det som tidligere gennemgået kunne have for konkurrencen. Vildfarelsen kan derimod indgå ved vurderingen af bødens størrelse.

Der skal herefter udmåles en civil bøde, jf. konkurrencelovens § 23 b, stk. 1.

Det følger af konkurrencelovens § 23 b, stk. 1, at der ved udmåling af bøder til virksomheder for overtrædelse af konkurrenceloven skal tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed samt den pågældende virksomheds samlede globale koncernomsætning i det regnskabsår, der går forud for afgørelsen. Bøderne skal desuden være effektive, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning.

Ved lov nr. 638 af 11. juni 2024 om ændring af konkurrenceloven, der trådte i kraft den 1. juli 2024, blev der foretaget en ændring af principperne for udmåling af civile bøder for overtrædelser af konkurrenceloven. Af overgangsbestemmelsen i lovens § 2, stk. 3, samt forarbejderne hertil fremgår, at for overtrædelser, der er ophørt før lovens ikrafttræden, skal udmålingen af bøder bedømmes efter den tidligere lov, jf. Folketingstidende 2023-24, tillæg A, lovforslag nr. L 121, s. 41.

Det fremgår imidlertid af forarbejderne til konkurrencelovens bestemmelser om civile bøder, jf. Folketingstidende 2023-24, tillæg A, lovforslag nr. 116, s. 17, 60-62 samt 67ff., at domstolene under en sag om civile bøder vil skulle iagttage de retssikkerhedsgarantier, der følger af EU-rettens almindelige principper og den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, herunder i sager hvor disse ikke finder direkte anvendelse. Af Chartrets artikel 49, stk. 1, 3. pkt., følger i denne sammenhæng, at hvis der, efter at en lovovertrædelse er begået, i loven fastsættes en mildere straf, skal denne anvendes.

Henset til at der efter de nye udmålingsprincipper tages udgangspunkt i den relevante omsætning, vil det for Hvide Sande betyde, at en bøde udmålt efter de nye principper vil være mindre end efter de tidligere principper. Som følge heraf skal bøden således udmåles efter de nye udmålingsprincipper.

Af bemærkningerne til § 23 b, stk. 1, jf. Folketingstidende 2023-24, tillæg A jf. Folketingstidende 2023-24, tillæg A, lovforslag nr. L 121, s. 36, fremgår blandt andet, at det foreslås at ændre principperne for beregning af bøder til virksomheder for overtrædelse af blandt andet konkurrencelovens § 6, således at de nye principper vil skulle afspejle de principper, som Kommissionen anvender ved beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 – nu artikel 101 og 102. Kommissionen har udstedt retningslinjer for beregning af sådanne bøder, jf. Kommissionens meddelelse af

1. september 2006 om retningslinjer for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a) i forordning nr. 1/2003 (2006/C 210/02).

Efter vedtagelsen af lovforslaget skal der således tages udgangspunkt i principperne i Kommissionens retningslinjer herfor. Retningslinjerne er gennemgået i bemærkningerne til § 23 b, stk. 1, i lovforslaget, Folketingstidende 2023-24, tillæg A, lovforslag nr. L 121, s. 15-16 og 36-37.

Der skal efter principperne først beregnes et grundbeløb, der fastsættes ud fra en andel af den relevante omsætning, og det antal år, som overtrædelsen har varet.

Ved fastsættelsen af den relevante omsætning skal der ifølge forarbejderne tages udgangspunkt i virksomhedens omsætning af varer og tjenesteydelser knyttet til overtrædelsen i det seneste fulde regnskabsår, hvor virksomheden deltog i overtrædelsen. Hvis dette regnskabsår efter et konkret skøn måtte vise sig ikke at være retvisende, kan der alternativt tages hensyn til eksempelvis et gennemsnit af virksomhedens omsætning over hele eller dele af overtrædelsesperioden, afhængigt af hvad der konkret i det enkelte tilfælde skønnes at give det mest retvisende billede af virksomhedens omsætning.

Hvide Sandes relevante omsætning vedrørende overtrædelsen er opgjort til 24.217 kr. for de ca. to måneder, hvor Hvide Sande havde en aftale med Effekthandel. Retten finder ikke efter forarbejderne eller i øvrigt grundlag for at fastsætte den relevante omsætning til et højere beløb, herunder ved en omregning til omsætning for 1 år, end den faktiske relevante omsætning på 24.217 kr.

Med hensyn til hvor stor en del af den relevante omsætning, der skal tages i betragtning ved fastsættelsen af grundbeløbet, er det i forarbejderne anført, at denne del af den relevante omsætning, som udgangspunkt bør kunne udgøre op til 30 pct. Hvor stor en del af den relevante omsætning, der i det konkrete tilfælde skal tages i betragtning, vil afhænge af en række faktorer, såsom overtrædelsens art, virksomhedernes samlede markedsandel, overtrædelsens geografiske udstrækning, og hvorvidt overtrædelsen er blevet udmøntet i praksis eller ej. Henset til at der er tale om en horisontal prisaftale, og at aftalen blev udmøntet i praksis, finder retten, at procentsatsen skønsmæssigt kan fastsættes til 20%.

Det herefter fremkomne beløb skal som det næste skridt i fastsættelsen af grundbeløbet multipliceres med det antal år, som virksomheden har deltaget i overtrædelsen. Af forarbejderne fremgår, at som udgangspunkt vil perioder på under seks måneder skulle medregnes som et halvt år, og perioder på over seks måneder, men under et år, vil som udgangspunkt skulle medregnes som et helt år.

Da Hvide Sande deltog i aftalekomplekset i under et halvt år, skal den oven for angivne del på 20% af den relevante omsætning på 24.217 kr. derfor multipliceres med en halv, hvorved grundbeløbet fremkommer.

Uafhængigt af hvor længe en virksomhed m.v. har deltaget i en overtrædelse, vil der efter forarbejderne, for at sikre at bøden har en afskrækkende effekt, kunne lægges et ekstrabeløb på mellem 15 og 25 pct. af den relevante omsætning til grundbeløbet, såfremt der er tale om en horisontal aftale m.v. om prisfastsættelse, begrænsning af produktion eller markedsdeling, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 1-3. Hvor stor en del af den relevante omsætning, der skal kunne tages i betragtning, vil afhænge af en række faktorer, såsom overtrædelsens art, virksomhedernes samlede markedsandel, overtrædelsens geografiske udstrækning, og hvorvidt overtrædelsen er blevet udmøntet i praksis eller ej.

Retten finder, at da der er tale om en horisontal prisaftale, som blev udmøntet i praksis, skal der af hensyn til den afskrækkende effekt fastsættes et sådant ekstrabeløb, der af de samme grunde skønsmæssigt fastsættes til 20% af den relevante omsætning på 24.217 kr.

Af forarbejderne fremgår yderligere, at med henblik på at sikre, at en bøde virker tilstrækkeligt afskrækkende, vil bøden i medfør af konkurrencelovens § 23 b, stk. 1, 2. pkt., kunne forhøjes for virksomheder m.v., der har en særlig stor omsætning udover den relevante omsætning. Det vil i den forbindelse være den pågældende virksomheds samlede omsætning på verdensplan i det regnskabsår, der går forud for afgørelsen, der vil skulle tages i betragtning.

Henset til ordlyden af § 23 b, stk. 1, 2. pkt., finder retten, at det er regnskabsåret inden rettens afgørelse om bødefastsættelse, det vil sige 2024, der skal tages i betragtning. Hvide Sande havde i 2024 en nettoomsætning på 27.811.516 kr., hvilket er en særlig stor omsætning udover den relevante omsætning. Der skal derfor ske en forhøjelse af bøden, jf. konkurrencelovens § 23 b, stk. 1, 2. pkt. Henset til at omsætningen er afgørende for, om der skal ske en forhøjelse, finder retten, at forhøjelsen skal fastsættes som en andel af nettoomsætningen. Der er ingen faste holdepunkter for, hvor stor en andel af nettoomsætningen, forhøjelsen skal fastsættes til. Retten finder efter en helhedsvurdering af den konkrete sags omstændigheder, at den af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indstillede andel på 0,75% er passende for at opnå målet om en afskrækkende virkning og samtidigt proportionalt.

Hvide Sande ville herefter som udgangspunkt skulle pålægges en samlet beregnet bøde på ca. 215.000 kr.

Det skal herefter vurderes, om der er formildende omstændigheder.

Retten finder, at den tidligere angivne vildfarelse vedrørende lovligheden af den omstridte aftale efter sin karakter og en samlet vurdering af aftaleforløbet er en formildende omstændighed. Henset til at det er en til formåls overtrædelse af konkurrencelovens § 6, findes eventuelle manglende effekter på markedet derimod ikke at kunne udgøre en formildende omstændighed, ligesom Hvide Sande findes at have spillet en sådan aktiv rolle ved indmelding af kapacitet mv., at Hvide Sandes rolle heller ikke kan udgøre en formildende omstændighed. Endelig findes det ikke ved en række medarbejderes deltagelse i webinar om grundlæggende konkurrenceret eller i øvrigt godtgjort, at Hvide Sande til stadighed har gjort en aktiv indsats, for at alle virksomhedens medarbejdere skal overholde konkurrenceloven, og der foreligger derfor heller ikke en formildende omstændighed efter konkurrencelovens § 23 b, stk. 3, nr. 3.

Samlet findes der herefter at kunne fastsættes en afrundet bøde på 100.000 kr.

Henset til nettoomsætningens størrelse er der ikke grundlag for nedsættelse af bøden efter maksimumreglerne i konkurrencelovens § 23 b, stk. 4 og 5.

Endelig vil der ifølge forarbejderne til sidst i bødeberegningen, det vil sige efter vurderingen af, om bøden skal nedsættes som følge af bestemmelserne om bødens maksimale størrelse, undtagelsesvis kunne tages hensyn til en virksomheds betalingsevne ved fastsættelse af en civil bøde. Et sådant hensyn vil ifølge forarbejderne forudsætte, at virksomheden tilvejebringer tilstrækkelig og troværdig dokumentation for den manglende betalingsevne, f.eks. i form af en revisorerklæring eller lignende fornøden og uafhængig dokumentation.

Det er ikke ved brev af 19. januar 2023 fra Forsyningstilsynet eller i øvrigt godtgjort, at hvile-i-sig-selv-princippet, som Hvide Sande er underlagt, jf. varmeforsyningslovens § 20, stk. 1, medfører, at Hvide Sande ikke kan betale en bøde for en overtrædelse som den foreliggende. Der er derfor ikke grundlag for at lade bøden bortfalde som følge af manglende betalingsevne.

Hvide Sande skal derfor betale en bøde på 100.000 kr. som nedenfor bestemt.

Sagsomkostninger

Efter sagens udfald må Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anses for den vindende part. At styrelsen i svarskrift af 22. april 2024 havde nedlagt en bødepåstand på 10 mio. kr. kan ikke føre til en anden vurdering, da baggrunden for den ændrede bødepåstand var, at der trådte nye bødeudmålingsprincipper i kraft den 1. juli 2024.

Herefter og henset til sagens omfang og karakter skal Hvide Sande betale 128.750 kr. i sagsomkostninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til dæk-

ning af udgifter til advokatbistand med 125.000 kr. inkl. moms og retsafgift med 3.750 kr. Der er herved lagt vægt på, at der er afholdt syn og skøn, at sagen er sambehandlet med seks andre sager, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er repræsenteret af samme advokater som i den foreliggende sag, og at sagerne i det væsentligste har vedrørt samme hovedspørgsmål.

Derudover skal Hvide Sande i fællesskab med Bramming Fjernvarme amba, Brøns Kraftvarmeværk a.m.b.a., Jetsmark Energiværk amba og Ø Brønderslev Fjernvarmeværk betale yderligere 63.000 kr. i sagsomkostninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til dækning af udgifter til syn og skøn.

Hvide Sande og de øvrige varmeværker skal selv endeligt afholde deres omkostninger til syn og skøn.

THI KENDES FOR RET:

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen frifindes.

Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A. skal betale en civil bøde på 100.000 kr. til statskassen.

Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A. skal betale ~~128.500 kr.~~* i sagsomkostninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Hvide Sande Fjernvarme A.m.b.A. skal yderligere i fællesskab med Bramming Fjernvarme amba, Brøns Kraftvarmeværk a.m.b.a., Jetsmark Energiværk amba og Ø Brønderslev Fjernvarmeværk betale 63.000 kr. i sagsomkostninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Beløbene skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

*128.750 kr.

Berigtiget jf. retsplejelovens § 221 den 3. december 2025.

Vejledning om anke af Sø- og Handelsrettens dom

Du kan som udgangspunkt anke (klage over) afgørelsen til landsretten.

Du kan i særlige tilfælde anke direkte til Højesteret.

Fristen for anke er **4 uger**, fra Sø- og Handelsretten afsagde dom.

Du kan kun anke bestemmelser om sagsomkostninger særskilt med tilladelse fra Procesbevillingsnævnet. Du skal i givet fald indlevere din ansøgning til Procesbevillingsnævnet. Dette kan ikke ske via minretssag.dk. Fristen for ansøgning om anketilladelse er **4 uger**.

Du kan læse mere om anke og anketilladelse i retsplejelovens §§ 368 – 373.

Reglerne er også kort beskrevet på Sø- og Handelsrettens hjemmeside under "Sagsbehandling og vejledninger", underrubrik "Anke og kære ".

Praktiske oplysninger

Du kan oprette en anke direkte på sagen på minretssag.dk ved at trykke på "Opret appel" og derefter vælge "Anke" og følge vejledningen.

Publiceret til portalen d. 03-12-2025 kl. 10:01
Modtagere: Advokat (H) Pernille Brandhøj Truelsen, Advokat (H) Jacob Pinborg, Sagsøgte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Sagsøger Hvide Sande Fjernvarme A.M.B.A., Advokat (H) Erik Bertelsen