

NOTAT

Dato: 5. februar 2024
Sag: 21/01521-124
Sagsbehandler: /MBB

Rådssag om priser på mFRR i Vestdanmark (DK1)

Beslutning	Sagen vedr. priser på mFRR i Vestdanmark (DK1) er afsluttet og slettet fra porteføljen.	KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN
Erfaringer (punktform)	<ul style="list-style-type: none">Ikke-professionelle parter uden advokatbistand stiller større krav til vores vejledning og kommunikation, herunder opsøgende initiativer.Sager med mange parter stiller store krav til strukturering og organisering, hvilket kræver mange ressourcer.Sager med mange parter kan udgøre en udfordring i forhold til Konkurrencerådets forretningsordens bestemmelser om adgang til mundtligt indlæg.Sager med mange parter medfører et tungt administrativt arbejde for hver beslutning af procesledende karakter – det er derfor væsentligt at overveje beslutninger grundigt med henblik på at undgå for mange ændringer af disse beslutninger.Bødeforelæg kræver en forventningsafstemning med parter, som anmoder herom, samt grundige forudgående undersøgelser af de elementer, bødeberegningen består af, herunder de formildende omstændigheder, og hvorvidt der er fast praksis for den endelige forventede bødestørrelse.	ERHVERVS MINISTERIET
Resumé af rådssagen	<p>Sagen 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"). MFRR, også kaldet manuelle reserver, er et produkt på engrosmarkedet for el og dækker over den kapacitet, der efter aftale med Energinet reserveres af aktørerne til manuel balancering af el-systemet i selve driftstimen. Der er således ikke tale om engrossalg af fysisk el, men salg af kapacitet, hvor værkerne bliver betalt for at stå til rådighed i tilfælde af, at der er akut behov for produktion af yderligere el til elsystemet.</p> <p>Sagen begyndte på baggrund af en klage, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen modtog fra den selvstændige offentlige virksomhed, Energinet, der er eneindkøber af</p>	

mFRR. Styrelsen gennemførte efterfølgende en kontrolundersøgelse hos Effekthandel og 5 kraftvarmeværker.

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).

Værkerne har indgået grundlæggende ens aftaler med Effekthandel om indmeldingen af priser i mFRR-kapacitetsauktionen i en fælles puljeordning. 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.

Bevismaterialet viser derudover, 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 få accepteret deres bud i auktionen, da de modtager en betaling fra puljen, uanset om deres bud vinder auktionen. Endelig viser bevismaterialet, at Effekthandel modtager provision af de deltagende værkers indtjening på mFRR.

Det er styrelsens vurdering, at aftalen mellem Effekthandel og værkerne er af horisontal karakter. Det 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.

Væsentligste problemer

De meget væsentlig praktisk udfordring i sagen har relateret sig til det omfattende antal af parter. Det kræver koordinering og sagsstyring i forhold til orientering af parter og journalisering af akter. Kontakten med parterne såvel som det skriftlige materiale, der skal udarbejdes til alle parterne, har været både omfattende og tidskrævende.

	<p>Dertil har der været mange forvaltningsretlige udfordringer forbundet med antallet af parter. Særligt aktindsigt og fortrolighed parterne imellem har været en udfordring. Derudover har parterne i deres høringssvar gjort en lang række forvaltningsretlige anbringender gældende, som også har medført yderligere udfordringer, som skulle imødegås, herunder fx ved at styrelsen måtte udarbejde diverse forvaltningsretlige afgørelser. Endvidere måtte styrelsen udarbejde en henvendelse til Klima- Energi- og Forsyningsministeren (KEFM) vedr. konkurrencelovens § 2, stk. 2 med opfølgende henvendelser til KEFM og Energistyrelsen.</p>
<p>Succes-kriterier og leverancer</p>	<p>Succeskriterier fastsat i projektbeskrivelsen:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Projektgruppen leverer projektet i overensstemmelse med den direktionsgodkendte projektbeskrivelse og milepælsplan. - Det estimerede ressourceforbrug overholdes. - Konkurrencerådet træffer afgørelse i overensstemmelse med styrelsens indstilling <p>Den oprindelige milepælsplan sigtede efter en rådsafgørelse i marts 2023. Den faktiske rådsafgørelse kom i oktober 2023. Projektet blev således forsinket med 6 måneder i forhold til det oprindelige mål.</p> <p>Projektet er dog leveret som aftalt i henhold til de reviderede milepælsplaner, jf. nedenfor om fremdrift og ressourcer.</p>
<p>Fremdrift</p>	<p>Sagens overordnede forløb:</p> <ul style="list-style-type: none"> - januar 2021: Klage modtaget, - maj 2021: Kontrolundersøgelser hos fem parter, - december 2021: Opstart og projektbeskrivelse, - januar 2022: MOB udsendt til 50 parter, - februar - september 2022: Proces med MOB-møder, infomøde og sagsoplysning samt proces med udarbejdelse af bødenotat og baggrundsnotat, - oktober 2022: Rådsmøde om godkendelse af udsendelse af bødeforelæg, - november-december 2022: Proces med Forsyningstilsynet om potentiel manglende betalingsevne, - januar 2023: Bødeforelæg sættes i bero, - februar 2023: KPM sendes i høring, - april 2023 (og igen i august 2023): Høringssvar, - juni 2023: § 2, stk. 4-afgørelse fra KEFM v/ ENS, - september 2023: Ekstraordinært rådsmøde med fremmøde og rådsmøde om clearingsnotat, - oktober 2023: Konkurrencerådets afgørelse,

- november 2023: Rådets beslutning om bøder, retssager og anmeldelse til NSK,
- december-januar 2024: Opfølgende arbejde, bl.a. med henblik på offentliggørelse af rådets afgørelse.

I alt er der tale om et forløb på 2 år fra opstart af A-sag til endelig projektevaluering i en sag med 50 parter, hvor der var følgende tidsforlængende udfordringer:

- Ændring af projektleder i januar 2022 som følge af barsel, hvor den nye projektleder skulle sættes ind i sagen, mens vedkommende var udlånt til DSB/Knorr Bremse-fusionen, som var i fase 2 på vej til forbud.
- Udarbejdelse af bødeforlæg i form af baggrundsnotat, bødenotat og udkast til bødeforelæg til seks af sagens parter. Dette krævede betydelig involvering af KEP, herunder fordi der var spørgsmål om en række særlige formildende omstændigheder. Derudover tilbagetrækning af bødeforlæg og dialog/møder med parterne herom.
- Mange anbringender i høringssvar til KPM, som nødvendiggjorde stillingtagen til en række uventede forvaltningsretlige indsigelser, herunder om inhabilitet, ligebehandling, officialmaksimen, proportionalitet, lex specialis og specialitetsgrundsætningen, hvilket nødvendiggjorde flere henvendelser til FSTS, KEFM og ENS vedr. afgørelse efter § 2, stk. 2 og opfølgninger herpå samt henvendelser til SØIK vedr. tidligere opgivet sag med personsammenfald.
- Planlægning og afholdelse af ekstraordinært Konkurrencerådsmøde med fremmøde med 18 parter repræsenteret på mødet.
- Stillingtagen til en parts afhændelse af samtlige aktiver og passiver og igangsættelse af frivillig likvidation samt til successions- og moderselskabsansvar som følge heraf.
- Varetagelse af løbende aktindsigt i alle akter og løbende høringer af sagens mange parter vedr. fortrolighed.
- Varetagelse af en lang række anmodninger om aktindsigt.
- Varetagelse af fortrolighed parterne imellem i forbindelse med aktindsigt, partshøring, afklaring af fortrolighed forud for forventet offentliggørelse samt endelig afgørelse med bilagssamling på 2.500 sider.
- Varetagelse af tre parters indsigelser til offentliggørelse af afgørelse og udarbejdelse af afgørelser om offentliggørelse samt midlertidig version af materiel afgørelse til offentliggørelse og korrespondance vedr. høring om fortrolighed heri.

En sag med 50 parter har været ukendt territorium for KFST, og derfor har det været svært at estimere, hvor lang tid der skulle sættes af til de forskellige processer undervejs. Dertil udviklede sagen sig til en hybridsag, som sidenhen har budt på en lang række overraskelser og indsigelser, som har forlænget sagsbehandlingstiden, og som har medført en række læringspunkter.

På trods af ovenstående udfordringer har der hele tiden været god fremdrift i projektet, som har overholdt reviderede tidsplaner og aftaler med styregruppen, som løbende blev ajourført i sagens beslutningslog.

Case teamet har generelt været gode til at gå til udfordringerne, som de er opstået, med nysgerrighed, arbejdsflid og omstillingsparathed. Case teamet har dog ad flere omgange været presset til grænsen for at imødekomme de deadlines, der normalt fastsættes i sager med en eller få parter.

Det kan på denne baggrund overvejes, hvorvidt man i sager med så mange parter bør fravige de almindelige processer for konkurrencesager, herunder om der bør udarbejdes specifikke, justerede processer for sådanne sager, hvor sagsbehandlingstiden i nogle af faserne forlænges. Eksempelvis kræver det mange ressourcer, hvis parterne skal orienteres om rådets beslutninger/afgørelser på dagen eller dagen efter, de er truffet. Ligeledes er det meget ressource tungt at sende udkast til afgørelser i høring for fortrolighed til alle sagens parter forud for rådets endelige afgørelse. Det havde været mere hensigtsmæssigt at afvente med høringen om fortrolighed, til efter rådet havde truffet afgørelse og således udskyde offentliggørelsen af rådets afgørelse. Se også overvejelser forbundet med læringspunkt nedenfor om sager med mange parter.

Ressourcer

Estimeret ressourceforbrug fastsat i projektbeskrivelsen: 3.000 – 3.500 timer. Det blev ved opstart estimeret, at tidsforbruget i KEP og MØK ikke ville overstige 100 timer.

Realiseret tidsforbrug 2021-2024 i alt på sagen: 6.457 timer, heraf 5.996 timer i BETS, 410 timer i KEP, 40 timer i MØK og 11 timer i MTF [pr. 16. januar 2024].

Udover de 6.457 timer på hovedsagen, blev der i 2023 oprettet en sag udelukkende til registrering af aktindsigtsarbejde i mFRR-komplekset, da dette fyldte meget i 2021-2022 og blev registreret på hovedsagen indtil januar 2023. Der er på denne sag registreret yderligere 320 timer (294 i BETS og 26 i KEP).

Det samlede ressourceforbrug i sagen vurderes rimeligt henset til at:

- Det oprindelige estimat baserede sig på en A-sag med to centrale leverancer; MOB og KPM. Der har imidlertid også skulle leveres et baggrundsnotat, et bødenotat med individuelle bødeberegninger, et omfattende clearingsnotat, en bilagssamling på knap 2.500 sider samt træffes en række forvaltningsretlige afgørelser udover et omfattende antal af afgørelser om aktindsigt.
- Der har været afholdt seks rådsmøder i sagen, herunder et ekstraordinært rådsmøde med mundtlige indlæg samt separate rådsmøder om henholdsvis endelig afgørelse og beslutning om bøder mv.
- KPM har været i høring hos både Forsyningstilsynet og Erhvervsstyrelsen, da der har været behov for dybdegående analyser af forhold, som ligger uden for KFST's ressortområde.
- Det lavpraktiske arbejde forbundet med forvaltningsretlig håndtering af 50 parter blev undervurderet i forbindelse med udarbejdelse af projektbeskrivelse.

Erfaringer til udbredelse i styrelsen

Ikke-professionelle parter uden advokatbistand

Det stiller større krav til vores vejledning og kommunikation, herunder opsøgende initiativer, når parterne i sagen er mindre virksomheder med få medarbejdere, som ikke er repræsenteret ved advokat, og som ikke har erfaring med konkurrenceret eller skrivelser med et juridisk indhold. Dette kræver i mange tilfælde afvigelser fra de nuværende skabeloner i rådssagsmodellen, eller hvert fald skriftlige og mundtlige supplement hertil.

Det kunne formentlig have været godt givet ud, hvis case teamet havde investeret flere ressourcer i at få telefonisk kontakt til alle sagens parter fra start af.

For det første kunne det have sparet ressourcer senere i sagens forløb, hvis alle parter telefonisk var blevet vejledt behørigt om sagen og den videre proces fra start af, så case teamet ikke skulle besvare mails og opkald fra deres

brancheforening, der ikke var part i sagen, men som havde kontakt til flere parter med henblik på at vejlede disse (herunder parter, som case teamet ikke kunne få kontakt til), især taget i betragtning, at brancheforeningen ikke havde kendskab til konkurrenceret eller konkurrencesagsprocesser.

For det andet kunne der være blevet brugt endnu mere tid på mundtligt at forklare parterne implikationerne af at være involveret i en konkurrencesag på en måde, så de kunne forstå det og forholde sig til det. Dette var en udfordring, og KFST's nuværende skabeloner kunne ikke altid bruges i denne henseende. Styrelsens skriftlige vejledninger og autotekster bør således i sådanne tilfælde suppleres med mundtlige samtaler. Det lykkedes imidlertid ikke at få telefonisk kontakt til alle sagens parter.

Sager med mange parter

Disse sager kræver meget strukturering og organisering og dermed mange ressourcer. Det er godt givet ud at gennemtænke de lavpraktiske aspekter fra start af, herunder hvordan man kan strukturere sagerne på en hensigtsmæssig måde og opnå synergieffekter senere i processen. Et lille eksempel herpå er udsendelse af dokumenter til virksomhedernes e-boks, som kræver en oversigt over alle CVR-numre og et system, hvor man først klargør alle dokumenter til alle parter, herefter klargør alle mails som kladder, og til sidst udsender via digital post med efterfølgende opfølgning på almindelig mail til den relevante kontaktperson fra selskabet.

Dertil kan det være relevant i højere grad at afvige fra de normale sagsgange i situationer, hvor ressourceforbruget ikke står mål med den pågældende proces jf. også ovenfor i afsnittet om fremdrift. Et eksempel herpå er udsendelse af bilagssamlingen til rådets afgørelse, hvor case teamet valgte at udsende identiske bilagssamlinger på knap 2.500 sider til alle sagens parter, som ikke indeholdt fortrolige oplysninger for nogle af parterne, frem for at udarbejde individuelle bilagssamlinger til hver part. Det kan overvejes, om der bør udarbejdes en "best practice" eller lignende for disse sager.

Konkurrencerådets forretningsordens bestemmelser om adgang til mundtligt indlæg

Undervejs opstod der en problemstilling, idet flere advokater, som repræsenterede mere end en part i sagen, gjorde krav på et mundtligt indlæg for Konkurrencerådet ad længere varighed end 20 minutter.

Det fremgår af Konkurrencerådets forretningsordens § 18, at den, som Konkurrencerådets afgørelse vil rette sig til, har ret til at afgive et mundtligt indlæg for rådet, og at et indlægs varighed ikke må overstige 20 minutter. Flere advokater gjorde således krav på at pulje deres parter krav på 20 minutter.

Problemstillingen blev i denne sag løst pragmatisk med en aftale med advokaterne, således at den samlede taletid blev begrænset til 4,5 timer. Det kan dog overvejes, om bestemmelserne i forretningsordenen bør revideres, så man ikke risikerer, at 50 parter gør krav på ét samlet indlæg med en varighed på knap 17 timer.

Beslutninger af procesledende karakter i sager med mange parter

Små beslutninger kan tage lang tid at eksekvere, når der er tale om mange parter, og det kan tage endnu længere tid at omgøre beslutninger. Det er derfor væsentligt at overveje alle beslutninger af procesledende karakter grundigt med henblik på at undgå ændringer af disse beslutninger. Det er ligeledes vigtigt at være opmærksom på den videre proces efter hver beslutning og at overveje de procesmæssige konsekvenser heraf på forhånd.

Vurderingen af om der er fast praksis for sanktionsniveauet ifm. bøvedtagelser

Der blev i sagen først arbejdet hen mod udsendelse af bødeforelæg til parter, der havde anmodet herom, men bøvedtagelserne blev sat i bero, og sagen blev i stedet fremmet som en afgørelsessag med henblik på, at domstolen træffer afgørelse om bøder, fordi betingelserne for bøvedtagelse ikke var opfyldt alligevel.

I fremtidige sager, hvor parterne hverken er professionelle eller repræsenteret ved advokater og anmoder om bødeforelæg, kan det med fordel overvejes at foretage en forventningsafstemning med parterne herom og eventuelt ad flere

omgange, inden en bøvedtagelsesproces igangsættes. Det skal i denne forbindelse undersøges, om parterne har betalingsevne og -villighed, samt om der er fast praksis for det endelige sanktionsniveau, hvilket beror på en grundig stillingtagen til alle forhold, der har indflydelse på bødeberegningen, herunder konkrete skærpende og formildende omstændigheder. Det er omfattende at undersøge disse forhold i sager, hvor parterne hverken er professionelle eller repræsenteret ved advokater, idet mange relevante forhold skal undersøges af styrelsen af egen drift, og afklaringen heraf kan have indflydelse på parternes villighed og mulighed for at bøvedtage.

Opfølgingsplan

Sagen fortsætter som ankesager for Konkurrenceankenævnet og Sø- og Handelsretten, idet 9 parter har klaget til KAN, mens de resterende 41 parter har indbragt sagen direkte for domstolen.

Derudover afventer offentliggørelse af Konkurrencerådets afgørelse KAN's stillingtagen til en parts klager over to af styrelsens formelle afgørelser om offentliggørelse af diverse oplysninger i forbindelse med offentliggørelsen af Konkurrencerådets afgørelse.

Der er ikke planlagt opfølgning i forhold til undersøgelse af ønskede effekter af sagen.