

Vestegnenes Kraftvarmeselskab I/S
Bruun & Hjejle Advokatpartnerselskab
Forsyningstilsynet

30. november 2018
18/04407

ENERGIKLAGENÆVNETS AFGØRELSE
I sag om Vestegnens Kraftvarmeselskab I/S - Forsyningstilsynet

Energiklagenævnet har den 29. maj 2018 modtaget en klage fra Vestegnens Kraftvarmeselskab I/S repræsenteret v/Bruun & Hjejle Advokatpartnerselskab (herefter klager) over Energitilsynets afgørelse af 1. maj 2018 om forrentning af indskudskapital.

Klager har den 23. juli 2018 anmodet om, at klagen tillægges opsættende virkning.

Energiklagenævnet tillægger klagen opsættende virkning. Energiklagenævnet vil senere tage stilling til selve klagen.

Energiklagenævnets afgørelse er truffet af Energiklagenævnets formand i henhold til § 6, stk. 3 i bekendtgørelse nr. 664 af 19. juni 2006 om forretningsorden for Energiklagenævnet.

Energiklagenævnet

NÆVNESEN HUS

Toldboden 2

8800 Viborg

Tlf. 72 40 56 00

CVR-nr. 37 79 55 26

EAN nr. 5798000026070

ekn@naevneneshus.dk

www.naevneneshus.dk

1. Klagen til Energiklagenævnet

Energiklagenævnet modtog den 29. maj 2018 en klage over Energitilsynets (nu Forsyningstilsynet¹) afgørelse af 1. maj 2018. Ved afgørelsen tiltrådte Energitilsynet, at klager kunne indregne forrentning af indskudskapital for årene 2007-2018 på i alt 4.299.000 kr. I forbindelse hermed udstedte Energitilsynet et påbud om tilbageførsel af 22.332.000 kr., svarende til den allerede indregnede ikke-godkendte forrentning, der oversteg det godkendte beløb. Endvidere afviste Energitilsynet klagers ansøgning om forrentning for perioden 1982-2006.

Afgørelsen blev truffet i medfør af § 20, stk. 2, i bekendtgørelse af lov om varmemforsyning (herefter varmemforsyningsloven)² og § 6 i bekendtgørelse om driftsmæssige afskrivninger, henlæggelser til nyinvesteringer og med Energitilsynets tiltræden, forrentning af indskudskapital³ (herefter afskrivningsbekendtgørelsen).

Klager anmodede den 23. juli 2018 Energiklagenævnet om at tillægge klagen opsættende virkning.

2. Sagens oplysninger

Energitilsynet valgte på baggrund af en varmemforbrugers spørgsmål i 2006, at igangsætte en sag om en eventuel overdækning hos klager. Dette medførte, at Energitilsynet ved brev af 26. februar 2007 tilkendegav, at den forrentning af indskudskapital, klager i perioden 1982-2004 havde foretaget, var sket i strid med varmemforsyningslovens regler, da klager ikke havde ansøgt Energitilsynet om godkendelse af forrentning.

Klager anførte ved brev af 29. maj 2007, at klager var berettiget til at indregne forrentning for perioden 1982-2004.

Energitilsynet og klager kunne ikke nå til enighed om forholdene i perioden 1982-2004, hvorfor Energitilsynet den 19. december 2007 traf afgørelse, der pålagde klager at tilbagebetale forrentningen til varmemforbrugerne gennem modregning i varmepriserne. Afgørelsen blev indbragt for Energiklagenævnet, der ophævede Energitilsynets afgørelse, da forrentningen endnu ikke var indregnet i varmepriserne.

Klager anmodede den 17. december 2009 Energitilsynet om at tiltræde, at klager i priserne for 2009 indregnede forrentning for perioden 1982-2004.

Den 8. februar 2010 gjorde Energitilsynet klager opmærksom på, at forrent-

¹ Forsyningstilsynet har pr. 1. juli 2018 overtaget Energitilsynets opgaver.

² Jf. bekendtgørelse nr. 523 af 22. maj 2017 af lov om varmemforsyning, der var gældende på afgørelsestidspunktet, men nu erstattet af bekendtgørelse nr. 1211 af 9. september 2018 af lov om varmemforsyning.

³ Bekendtgørelse nr. 941 af 4. juli 2017 om indregning af driftsmæssige afskrivninger, henlæggelser til nyinvesteringer og med Energitilsynets tiltræden, forrentning af indskudskapital.

ningen først måtte indregnes, når forrentningsbeløbet for hvert enkelt år i hver enkelt varmemforsyning var godkendt.

Klager fastholdt, at være berettiget til at indregne forrentningen i perioden 1982-2004. Klager oplyste den 31. december 2009, at klager havde indregnet a-conto-forrentning i priserne på i alt 22.618.191 kr. for perioden 1982-2009.

For så vidt angår årene 2005-2006 anmodede klager den 11. september 2007 om tilladelse til indregning af forrentning af indskudskapital for disse år.

Klager begrundede den sene anmodning med, at klager først ved afgørelsen af 26. februar 2007 fik kendskab til Energitilsynets endelige tilkendegivelse om forrentningsspørgsmålet.

Klager har løbende for årene 2007-2018 med undtagelse af 2009, 2012 og 2014 særskilt ansøgt Energitilsynet om tilladelse til at indregne forrentning af indskudskapital.

3. Energitilsynets afgørelse

Den 1. maj 2018 meddelte Energitilsynet afslag på klagers anmodning om forrentning af indskudskapital for årene 1982-2006. Energitilsynet begrundede afslaget med, at det fremgår af varmemforsyningslovens § 20, stk. 2, at der kan indregnes forrentning af indskudskapitalen i varmepriserne med Energitilsynets tiltræden, og at det endvidere følger af afskrivningsbekendtgørelsen § 6, stk. 1, at indregning af forrentning af varmepriserne kræver Energitilsynets tilladelse, ligesom der i henhold til praksis, som udgangspunkt, ikke kan godkendes forrentning for år forud for modtagelse af første ansøgning.

Energitilsynet tiltrådte ved afgørelsen, at klager kunne indregne forrentning for 2007-2018, selvom der for årene 2009, 2012 og 2014 ikke forelå særskilte ansøgninger. Energitilsynet vurderede, at der forelå særlige omstændigheder, der kunne begrunde, at der alligevel kunne tillades forrentning for de pågældende år. Energitilsynet lagde i deres vurdering vægt på, at klager i den løbende korrespondance havde givet udtryk for, at de ønskede forrentning for perioden 2005-2010 og senere 2005-2013 og frem til og med 2016. Energitilsynet lagde endvidere vægt på, at der var tale om enkeltstående år i en længere årrække og på den tidsmæssige udstrækning af behandlingen af klagers sag om forrentning af indskudskapital.

Den samlede forrentning, som Energitilsynet godkendte ved afgørelsen af 1. maj 2018 er således 4.299.000 kr. Energitilsynet fastslog ved afgørelsen, at klager har opkrævet en ikke-godkendt forrentning på 26.631.000 kr., og at dette beløb skal modregnes den af tilsynet godkendte forrentning.

Energitilsynet fastslog, at klager samlet set skal tilbageføre 22.332.000 kr. til varmemforbrugerne for at have opkrævet en urimelig forrentning, og at tilbageføringen skal ske hurtigst muligt, jf. Energitilsynets sædvanlige praksis.

4. Klagers bemærkninger

Klager har anmodet Energiklagenævnet om, at klagen tillægges opsættende virkning. Til støtte for anmodningen har klager navnlig anført følgende:

- At afgørelsen rejser en række principielle og væsentlige retlige spørgsmål, herunder bl.a. om det retlige grundlag for Energitilsynets praksis med krav om forudgående ansøgning for hvert enkelt år, betydningen af berettigede forventninger og Energitilsynets passivitet.
- At afgørelsen på væsentlige punkter ligner sagen om Naturgas Fyn I/S, hvor Energiklagenævnet ved afgørelse af 7. januar 2008, j.nr. 31-14 tilsidesatte Energitilsynets afgørelse. Af Energiklagenævnets afgørelse fremgår blandt andet:

”[...]

På denne baggrund lægges det til grund, at Naturgas Fyn I/S årligt i hele den periode, som sagen angår, har indsendt regnskaber, hvoraf det har fremgået, at der blev indregnet forrentning af indskudskapitalen i priserne, hvilket Gas- og Varmeprisudvalget ikke har haft bemærkninger til. Energiklagenævnet finder herefter, at Gas- og Varmeprisudvalget ikke ved den fælles prisanmeldelse eller senere har modsat sig prisanmeldelsen og/eller givet påbud til Naturgas Fyn I/S om yderligere tiltag med henblik på indhentelse af godkendelse af forrentningen. Nævnet finder herefter og navnlig på baggrund af det forhold, at Gas- og Varmepris-udvalget løbende og igennem en længere periode ved de indsendte årsregnskaber er blevet gjort opmærksom på, at Naturgas Fyn I/S foretog forrentning af indskudskapitalen med en fastsat rentesats, at Naturgas Fyn I/S med føje har kunnet få den opfattelse, at forrentningen af indskudskapital var godkendt. Den af Naturgas Fyn I/S foretagne forrentning af indskudskapitalen må herefter anses som godkendt. Energiklagenævnet bemærker, at det forhold, at der i tiden efter den fælles prisanmeldelse er udsendt en vejledning med henblik på at fastsætte proceduren for en godkendelse af forrentning af indskudskapital, ikke kan føre til andet resultat.

[...]”

- At afgørelsen indebærer et betydeligt milliontab for klager.
- At et afslag på at give opsættende virkning vil udgøre et brud på Energiklagenævnets forpligtigelse til at sikre overholdelse af standstill-forpligtigelsen i artikel 108, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF), og at et afslag risikerer at gøre klageadgangen til Energiklagenævnet illusorisk. Klager anfører i forbindelse

se hermed, at artikel 108, stk. 3, TEUF fastslår, at medlemsstaterne ikke må gennemføre statsstøtteforanstaltninger omfattet af artikel 107, stk. 1, TEUF uden EU-kommissionens forudgående godkendelse.

- At der er en væsentlig risiko for, at der er tale om statsstøtte omfattet af artikel 107, stk. 1, TEUF. Dette begrundes med, at den manglende forrentning af klagers indskudskapital kan tildele klager og klagers kunder en fordel i form af lavere priser og dermed et mere konkurrencedygtigt produkt. Klager er af den overbevisning, at Energiklagenævnet, på baggrund af ovenstående, er forpligtet til at vurdere, om der er tale om statsstøtte omfattet af artikel 107, stk. 1, TEUF, og at dette bl.a. kan ske ved at anmode EU-Kommissionen om en udtalelse, jf. artikel 4, stk. 3, i traktaten om den Europæiske Union. Til støtte herfor anfører klager, at artikel 108, stk. 3, TEUF er direkte anvendelig, og at nationale myndigheder, herunder navnlig nationale judicielle organer, er kompetente til at vurdere, om en foranstaltning udgør statsstøtte omfattet af artikel 107, stk. 1, TEUF. Klager anfører, at den væsentlige risiko for et brud på de traktatretlige forpligtelser, der påhviler Energiklagenævnet og Energitilsynet efter artikel 108, stk. 3, TEUF, er tilstrækkelig begrundelse for at imødekomme anmodningen om opsættende virkning.
- At en efterlevelse af Energitilsynets afgørelse risikerer at få uoprettelige økonomiske konsekvenser. Hvis klager tilbagefører den gennemførte forrentning af indskudskapital i overensstemmelse med pålægget fra Energitilsynet, og det efterfølgende konstateres, at dette var i strid med artikel 108, stk. 3, TEUF, vil klager skulle tilbagebetale den ulovligt implementerede statsstøtte med tillæg af renter fra udbetalingstidspunktet, og indtil tilbagebetaling er gennemført. Tillægget af renter betyder, at tilbagebetalingsbeløbet vil være større end beløbet, som skal tilbageføres til kunderne som led i efterlevelsen af Energitilsynets afgørelse. Dette vil have væsentlige negative økonomiske konsekvenser for slutbrugerne.
- At opsættende virkning alene vil indebære en mindre tidsmæssig forskydning af tilbageførslen af beløbet, og kun i det omfang, at en afgørelse i klagesagen først foreligger efter udgangen af 2018.

5. Forsyningstilsynets bemærkninger

Forsyningstilsynet er fremkommet med følgende bemærkninger til spørgsmålet om opsættende virkning:

- Forsyningstilsynet bemærker, at Energiklagenævnet har fastslået, at udgangspunktet er, at en klage ikke tillægges opsættende virkning. En fravigelse fra dette udgangspunkt kræver således, at der foreligger ganske særlige omstændigheder. Forsyningstilsynet henviser i den forbindelse til Energiklagenævnets afgørelse af 28. december 2015 med j. nr. 1021-

15-99, hvor klager blev pålagt at tilbageføre 50 mio. kr. Klagen blev ikke tillagt opsættende virkning, da der ikke forelå ganske særlige omstændigheder.

- Forsyningstilsynet henviser ligeledes til Energiklagenævnets afgørelse af 20. januar 2014, hvor der var udstedt påbudt om tilbageførsel af ca. 22 mio. kr. til varmemeforbrugerne. Forsyningstilsynet citerer i forbindelse hermed Energiklagenævnets afgørelse og vurderer, at tilsvarende gør sig gældende i den påklagede sag:

”[...]

I sager, hvor en varmemeforsyningsvirksomhed har opkrævet for meget hos selskabets varmemeforbrugere bør der tillige være en vis samtidighed mellem opkrævning og tilbagebetaling af beløbet. Det bør så vidt muligt være de varmemeforbrugere, som er blevet opkrævet beløbet, der får beløbet tilbageført. Energiklagenævnet finder på den baggrund i den konkrete sag, at hensynet til en hurtig tilbageførsel af beløbet bør tillægges større vægt end hensynet til klagers økonomiske situation og de heraf afledte følger.

[...]”

- Forsyningstilsynet vurderer ikke, at efterlevelsen af Energitilsynets afgørelse vanskeligt lader sig genoprette i tilfælde af, at klager måtte få helt eller delvist medhold i klagen. Dette begrundes med, at skaden kan genoprettes ved, at klager opnår et tilbagebetalingskrav på den tilbageførte ikke-godkendte forrentning, såfremt klager får medhold i klagen.
- Desuden vurderer forsyningstilsynet, at hensynet til en hurtig tilbageførsel til forbrugerne bør veje tungere end hensynet til klagers økonomiske situation og de afledte følger heraf.
- For så vidt angår statsstøtte henviser Forsyningstilsynet først og fremmest til det i afgørelsen af 1. maj 2018 anførte og til det anførte i Forsyningstilsynets bemærkninger af 12. juli 2018. Af bemærkningerne af 12. juli 2018 fremgår det, at det er Forsyningstilsynets opfattelse, at Ankestyrelsen, der fører tilsyn med kommunerne, eller Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og EU-kommissionen, der håndhæver reglerne om statsstøtte, har kompetencen til at vurdere om foranstaltningen kan udgøre ulovlig statsstøtte. Sekretariatet vurderer på baggrund af det organisatoriske specialitetsprincip, at det er uden for Energitilsynets kompetence at tage denne vurdering.
- Forsyningstilsynet kommer med bemærkninger til hvilke konsekvenser, det vil have i forhold til varmemeforsyningsloven, hvis der er tale om ulov-

lig statsstøtte, når klager for en periode ikke får godkendt forrentning af indskudskapital:

”[...]

Såfremt der er tale om ulovlig statsstøtte, og at dette endvidere medfører, at sekretariatet skal godkende forrentning af indskudskapital, selvom der ikke er ansøgt herom, vil det medføre, at alle kommunalt ejede varmekærter altid skal opkræve forrentning af indskudskapital, herunder for en lang periode med tilbagevirkende kraft. Bestemmelsen i varmekærterlovens § 20, stk. 2, om at Energitilsynet kan tiltræde forrentning af indskudskapital vil blive overflødig, hvis ikke godkendt forrentning er ulovlig statsstøtte, da Energitilsynet dermed altid skal godkende en forrentning for de kommunalt ejede varmekærter. Såfremt et sådan krav om godkendelse, der direkte fremgår af bestemmelsen, ikke skal gælde visse typer af virksomheder, f.eks. kommunalt ejede varmekærter, bør dette udtrykkeligt fremgå af loven. Der kan endvidere være tale om forskelsbehandling af kommunalt ejede værker i forhold til øvrige værker, da disse ikke vil skulle anmode forudgående om tilladelse til at indregne forrentning, såfremt reglerne om statsstøtte medfører, at kommunale værker skal have godkendt forrentning, uanset om de har ansøgt forudgående eller ej. Sekretariatet bemærker hertil, som nævnt, at der ikke fremgår af varmekærterloven, at kommunale værker ikke skal have Energitilsynets tiltræden forud for indregningen af en rimelig forrentning. Der er således ikke hjemmel i varmekærterloven eller afskrivningsbekendtgørelsen til forskelsbehandling mellem kommunale værker og øvrige værker.

[...]”

- Forsyningstilsynet bemærker endvidere at Energi-, Forsynings- og Klimaministeriet på baggrund af et spørgsmål fra den kommunalt ejede varmekærtervirksomhed CTR, har oplyst, at det er frivilligt for varmekærtervirksomheden, om den vil indregne forrentning af indskudskapital. CTR gør i sin henvendelse til ministeriet opmærksom på, at CTR har fået oplyst, at det er i strid med statsstøttereglerne, hvis de kommunalt ejede værker yder garanti uden provision. CTR stiller spørgsmålstejn ved, om tilsvarende gør sig gældende for opkrævning af forrentning af indskudskapital. Hertil har Energi-, Forsynings- og Klimaministeriet anført, at en afståelse af forrentning af indskudskapital ikke kan sidestilles med fraværende betaling af provision ved lån med kommunal garantistillelse. Forsyningstilsynet forstår ministeriets bemærkninger således, at det ikke

kan sammenlignes, og at der ikke efter lovgivningen er en pligt til at opkræve forrentning af indskudskapital over varmepriserne.

6. Retsgrundlaget

Retsgrundlaget fremgår af bilag til denne afgørelse.

7. Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Hverken varmemforsyningsloven eller afskrivningsbekendtgørelsen indeholder regler om opsættende virkning. Vurderingen heraf skal derfor foretages ud fra de almindelige forvaltningsretlige regler. Udgangspunktet efter de forvaltningsretlige regler er, at en klage ikke tillægges opsættende virkning. En fravigelse fra dette udgangspunkt kræver således, at der foreligger særlige omstændigheder.⁴

Energiklagenævnet har tidligere ved afgørelse af 20. januar 2014, j.nr. 1021-13-233, fastslået, at der i sager, hvor en varmemforsyningsvirksomhed har opkrævet for meget hos selskabets varmemforbrugere, bør være en vis samtidighed mellem opkrævning og tilbagebetaling af beløbet. Det bør så vidt muligt være de varmemforbrugere, som er blevet opkrævet beløbet, der får beløbet tilbageført.

Energiklagenævnet finder ikke, at samtidighedsbetragtningen om, at hensynet til at en hurtig tilbageførsel af beløbet bør tillægges større vægt end hensynet til klagers økonomiske situation og de heraf afledte følger, gør sig gældende i denne sag. Dette er begrundet i, at Energitilsynets afgørelse af 1. maj 2018 drejer sig om afslag på klagers anmodning om forrentning af indskudskapitalen for årene 1982-2006, hvorfor der ikke længere kan være tale om samtidighed i tilbageførslen af forrentningen.

Energiklagenævnet har endvidere lagt vægt på, at nævnet forventer at træffe afgørelse i klagesagen inden udgangen af 2019.

Energiklagenævnet kan efter en samlet vurdering af sagens konkrete omstændigheder imødekomme klagers anmodning om at tillægge klagen opsættende virkning.

8. Energiklagenævnets afgørelse

Klagen tillægges opsættende virkning.

Afgørelsen er truffet i henhold til varmemforsyningslovens § 26, stk. 1.⁵

Afgørelsen er truffet af Energiklagenævnets formand efter § 6, stk. 3, i

⁴ Se blandt andet ”Forvaltningsret – Almindelige emner” af Jens Garde m.fl., Jurist og Økonomforbundets Forlag, 6. udgave, 2016.

⁵ Jf. bekendtgørelse nr. 1211 af 9. september 2018 af lov om varmemforsyning.

Energiklagenævnets forretningsorden.⁶

Afgørelsen kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, jf. varmemforsyningsloven § 26, stk. 2.

Søgsmål til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet efter varmemforsyningsloven eller de regler, der udstedes efter loven, skal være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende, jf. varmemforsyningslovens § 26, stk. 4.

Afgørelsen offentliggøres på hjemmesiden: www.naevneneshus.dk under menupunktet Nævnene > Energiklagenævnet > Tidligere afgørelser i anonymiseret form under iagttagelse af persondatalovens bestemmelser.

På nævnets vegne

Peter Ulrik Urskov
Nævnnsformand

/Lotte Rud Jensen
BA.jur.

Afgørelsen er sendt til:

Vestegnenes Kraftvarmeselskab I/S
Bruun & Hjejle Advokatpartnerselskab
Forsyningstilsynet

⁶ Bekendtgørelse nr. 664 af 19. juni 2006. Forretningsordenen er offentliggjort på Energiklagenævnets hjemmeside www.ekn.dk under fanebladet "Forretningsorden".

Bilag

Uddrag af lovebekendtgørelse nr. 523 af 22. maj 2017 om varmemforsyning

”[...]

§ 26 Energiklagenævnet behandler klager over afgørelser truffet af kommunen, klima-, energi- og bygningsministeren eller Energitilsynet efter denne lov eller efter regler udstedt i henhold til loven.

[...]”

Af ”Forvaltningsret – Almindelige emner” af Jens Garde m.fl., Jurist og Økonomforbundets Forlag, 6. udgave, 2016, side 326 fremgår følgende:

”[...]

Spørgsmålet om opsættende virkning opstår, fordi udnyttelsen af en tilladelse mv. eller efterkommelse af et påbud kan medføre, at der foretages handlinger, som vil være unødvendige eller være vanskelige at genoprette, hvis klagesagen ender med, at den påklagede afgørelse ophæves eller ændres.

[...]”

Der henvises tillige til side 329 f, hvoraf bl.a. fremgår:

”[...]

Når en myndighed tager stilling til, om en klage skal have opsættende virkning, lægger den normalt nogen vægt på sandsynligheden for, at rekursinstansen ændrer afgørelsen. Stillingtagen til opsættende virkning vil altså ske med en vis hensyntagen til det materielle spørgsmål i sagen. Om myndigheden vil tillægge en klage opsættende virkning, beror i øvrigt på en konkret afvejning af en række hensyn. Her må det bl.a. indgå, om en udnyttelse af tilladelsen eller fuldbyrdelse af et påbud eller forbud vil have følger, som vanskeligt lader sig genoprette, hvis rekursorganet senere afgør sagen efter klagers ønske, f.eks. hvor en tilladelse menes at kunne have sundhedsskadelige følger, eller et påbud vil medføre, at en bygning skal rives ned.

[...]”