

ENERGIKLAGENÆVNETS AFGØRELSE i sag om indregning af forrentning af indskudskapital for 2019

Energiklagenævnet har modtaget en klage fra Frederiksberg Fjernvarme A/S (herefter klager), som er repræsenteret ved Kleist Legal Advokatfirma, over Forsyningstilsynets afgørelse af 3. april 2019 om indregning af forrentning af indskudskapital for 2019.

Energiklagenævnet ophæver og hjemviser Forsyningstilsynets afgørelse af 3. april 2019 til fornyet behandling.

Nævnets sammensætning

Nævnsformand og dommer Peter Ulrik Urskov
Næstformand, professor, ph.d. og cand.jur. Bent Ole Gram Mortensen
Advokat Håkun Djurhuus
Ingeniør og tidligere direktør Per Søndergaard
Revisor Torben Kristensen

ENERGIKLAGENÆVNET
NÆVNETS 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 1. maj 2019 klagen over Forsyningstilsynets afgørelse af 3. april 2019. Ved afgørelsen opgjorde Forsyningstilsynet klagers anvendte indskudskapital til en negativ værdi og fastsatte derfor indskudskapitalen til 0 kr. Forsyningstilsynet kunne af den grund ikke fastsætte og godkende forrentning af indskudskapital for 2019.

Afgørelsen blev truffet i medfør af § 20, stk. 2, i lovebekendtgørelse nr. 64 af 21. januar 2019 af lov om varmforsyning (herefter varmforsyningsloven)¹ og § 6 i bekendtgørelse nr. 941 af 4. juli 2017 om indregning af driftsmæssige afskrivninger, henlæggelser til nyinvesteringer og med Energitilsynets² tiltræden, forrentning af indskudskapital (herefter afskrivningsbekendtgørelsen).

2. Sagens oplysninger

Den 28. marts 2018 sendte klager en ansøgning til Energitilsynet om forrentning af indskudskapitalen for 2019. Ansøgningen var vedlagt en opgørelse af indskudskapitalen pr. 1. januar 2019 på 403.872.058 kr.³ Ansøgningen var endvidere vedlagt opgørelser af den anvendte indskudskapital i henhold til afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 1-3. Disse opgørelser er baseret på prisetervisningen for 2016, som er opgjort til 222.432.058 kr. efter metode 1, 11.932.402 kr. efter metode 2 og 173.990.853 kr. efter metode 3.

¹ Lovebekendtgørelse nr. 64 af 21. januar 2019 er i dag erstattet af lovebekendtgørelse nr. 1215 af 14. august 2020 af lov om varmforsyning.

² Nu Forsyningstilsynet. Forsyningstilsynet har pr. 1. juli 2018 overtaget Energitilsynets opgaver.

³ Beløbet udgøres af opgjort indskudskapital pr. 1. januar 2004 på 222.432.058 kr. tillagt godkendt forrentning af indskudskapital for perioden 2004 – 2018 på 181.440.000 kr. på baggrund af Energitilsynets afgørelse af 23. marts 2018 om klagers forrentning af indskudskapital for perioden 2004 – 2018, jf. Energitilsynets j.nr. 18/03917.

Klager gjorde i ansøgningen gældende at være berettiget til forrentning af den fulde indskudskapital som opgjort ved Energitilsynets afgørelse af 23. marts 2018, subsidiært af et forrentningsgrundlag opgjort efter afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 1 eller nr. 3.

Ved e-mail af 16. april 2018 anmodede Energitilsynet klager om at oplyse, om klager siden afgørelsen af 23. marts 2018 havde foretaget yderligere indskud eller udlodninger samt fremsende en opgørelse af den anvendte indskudskapital efter afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2 og nr. 3. Endvidere anmodede Energitilsynet klager om at oplyse, hvorledes klager er kommet frem til opgørelserne af den anvendte indskudskapital efter de tre metoder i afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 1-3.

I e-mail af 10. december 2018 anmodede Forsyningstilsynet om en revideret opgørelse af den anvendte indskudskapital. Baggrunden herfor skyldes efter Forsyningstilsynets opfattelse bl.a., at en række af de af klager oplyste beløb, der lå til grund for klagers opgørelse af den anvendte indskudskapital efter de tre metoder i henhold til afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 1-3, ikke kunne afstemmes med den indsendte prisetervisning for 2016. Forsyningstilsynet anførte derfor en række korrektioner til klagers opgørelse af den anvendte indskudskapital, som efter tilsynets vurdering gav anledning til at ændre på klagers opgørelse efter metode 2 og metode 3.

I e-mail af 14. januar 2019 oplyste klager, at opgørelsen af den anvendte indskudskapital var baseret på et udkast til årsrapporten for 2017, men ikke på den seneste prisetervisning som foreskrevet i afskrivningsbekendtgørelsen. Klager bekræftede endvidere de af Forsyningstilsynet anførte korrektioner til opgørelsen af den anvendte indskudskapital i tilsynets e-mail af 10. december 2018.

Forsyningstilsynet sendte den 12. marts 2019 et afgørelsesudkast i høring hos klager, hvoraf det fremgik, at Forsyningstilsynet på baggrund af tilsynets korrektioner opgjorde den anvendte indskudskapital efter metode 2 til en negativ værdi. Klager bemærkede i et høringssvar den 2. april 2019 bl.a., at klager fastholdt det i ansøgningen af 28. marts 2018 anførte vedrørende opgørelsen af den anvendte indskudskapital.

Forsyningstilsynet traf herefter den påklagede afgørelse.

3. Forsyningstilsynets afgørelse

Ved afgørelse af 3. april 2019 afviste Forsyningstilsynet at tiltræde klagers ansøgning om indskudskapitalforrentning for året 2019. Forsyningstilsynet fandt, at klagers opgørelse efter afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2 og nr. 3 skulle korrigeres, hvilket resulterede i, at opgørelsen efter metode 2 blev negativ. Forsyningstilsynet fastsatte derfor den anvendte indskudskapital til 0 kr., jf. afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 5, og afslog som følge heraf at klager kunne indregne forrentning af indskudskapital for året 2019.

4. Klagers bemærkninger

Klager finder, at Forsyningstilsynets afgørelse af 3. april 2019 skal ophæves

og hjemvises til fornyet behandling ved tilsynet med henblik på godkendelse af indregning af indskudskapitalforrentning for 2019.

Til støtte for påstanden, om at klager har ret til at indregne en forrentning af indskudskapitalen i varmepriserne for 2019, har klager navnlig anført følgende:

- Varmeforsyningsloven giver ret til at indregne forrentning af indskudskapital
 - Siden den første varmforsyningslov fra 1979 har varmforsyningselskaber været berettiget til at indregne en rimelig forrentning af indskudskapital. Retten for varmforsyningselskaber til at foretage en rimelig forrentning af indskudskapitalen har været uændret siden 1979. Det fremgår af bemærkningerne til høringsudkastet, at der alene var tale om en sproglig tilpasning, der præciserede, at en markedsmæssig, systematisk risikojusteret forrentning er rimelig, da ordet ”rimelig” blev erstattet med en ”markedsmæssig, systematisk risikojusteret forrentning af indskudskapitalen” i den nugældende afskrivningsbekendtgørelse.
 - Retten til forrentning af indskudskapitalen er fastslået flere gange i administrativ praksis, jf. Gas- og varmeprisudvalgets afgørelse af 6. september 1982 om HNG’s forrentning af indskudskapital og Energiklagenævnets afgørelse med j.nr. 21-356 af 17. september 2007.
- Afgørelsen afskærer klager fra at kunne indregne indskudskapitalforrentning
 - Afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2, fastsætter forrentningsgrundlaget til en reguleret anlægssaldo. Selv hvis værdien heraf ikke var negativ (eller 0) var der således ikke tale om en forrentning af *indskudskapital*. Bestemmelsen fratager dermed – uanset om den giver et positivt eller negativt resultat – virksomhederne fra at få forrentet indskudskapitalen, i det omfang en opgørelse efter nr. 2 fører til en lavere værdi.
 - Der er ingen klar sammenhæng mellem indskudskapital og anlægssaldo. En anlægssaldo kan ikke benyttes til opgørelse af forrentningsgrundlaget for indskudskapitalforrentning.
- Afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2, har ikke hjemmel i varmforsyningsloven.

- Afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2, forudsætter klar og tydelig hjemmel i varmforsyningsloven.
- Varmeforsyningslovens § 20 giver ret til indregning af forrentning af *indskudskapital*. En ret, der ifølge forarbejderne og praksis, indebærer forrentning af al kapital investeret i virksomheden, herunder ikke-udloddet godkendt forrentning.
- Afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2, udgør en fravigelse eller ændring af varmforsyningslovens bestemmelser om varmforsyningsselskabers prisfastsættelse.
- En fravigelse eller ændring af lovens bestemmelser ved en bekendtgørelse kræver klar og udtrykkelig hjemmel, jf. Justitsministeriets vejledning om udarbejdelse af administrative forskrifter,⁴ pkt. 62.
- Afskæringen af indskudskapitalforrentning ved afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2, er en væsentlig ændring af den hidtidige og langvarige retstilstand og praksis, der har eksisteret siden 1979, og som har berettiget klager til forrentning af sin indskudskapital, idet bestemmelsen fastsætter forrentningen til 0 kr. og ændrer forrentningsgrundlaget fra indskudskapitalen til en reguleret anlægssaldo. En sådan væsentlig ændring kræver klare holdepunkter i lovens ordlyd eller forarbejder, jf. Henrik Zahle, Dansk forfatningsret I, 3. udgave, 2001, s. 357.
- Afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2, udgør et væsentligt, bebyrdende indgreb over for (ejerne af)⁵ klager. Ejeren af klager har stillet kapital til rådighed for driften af varmforsyningsvirksomheden i form af indskudskapital. Ejerne er hidtil blevet kompenseret herfor i form af forrentning af indskudskapitalen. En afskæring af indskudskapitalforrentning indebærer, at klager / ejerne tvinges til at stille kapital til rådighed uden nogen form for compensation, med den følge at de lider et økonomisk tab.
- Et væsentligt bebyrdende indgreb kræver klar hjemmel, jf. Justitsministeriets vejledning.
- Afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2, medfører en forskelsbehandling (diskrimination) imellem forskellige fjernvarmeselskaber og imellem forbrugerne tilknyttet forskellige selskaber.
- Fjernvarmeselskaberne tillades ikke forrentning på samme

⁴ Justitsministeriets vejledning nr. 153 af 22. september 1987.

⁵ Frederiksberg Forsyning og ultimativt Frederiksberg Kommune.

grundlag. Det er præget af tilfældigheder, hvilken af de tre opgørelsesmetoder, der fører til det laveste forrentningsgrundlag for det enkelte selskab. Nogle selskaber vil således få forrentning af deres fulde indskudskapital, mens andre vil få af et væsentligt lavere beløb, eller slet ikke. Derudover vil der være betydelig forskel på, hvilken grad virksomhederne har finansieret sig ved fremmed- og egenkapital. Mens forrentning af fremmedkapital fuldt ud kan indregnes, vil forrentning af indskudskapital kun tillades i begrænset omfang eller slet ikke.

- Det er således også vilkårligt, hvor meget forbrugerne i det enkelte forsyningsområde vil skulle betale for den kapital, der stilles til rådighed for virksomheden, jf. Energiklagenævnets afgørelse af 12. oktober 2009 med j.nr. 1031-3. Forbrugernes omkostninger er afhængige af, dels finansieringen ved egenkapital og fremmedkapital, dels hvilken metode der konkret fører til det laveste resultat.
- Det er dermed også vilkårligt, hvilket vederlag kommunerne og skatteyderne i de enkelte kommuner opnår for at stille skattefinansierede midler til rådighed for fjernvarmevirksomhederne, jf. Gas- og varmeprisudvalget afgørelse af 6. september 1982.
- En bestemmelse, der medfører forskelsbehandling imellem forskellige fjernvarmeselskaber og imellem forbrugerne tilknyttet disse selskaber, må kræve klare holdepunkter i lovens ordlyd eller forarbejder, jf. Justitsministeriets vejledning, pkt. 62.
- Afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2, udgør en fravigelse af det almindelige kommunalretlige hvile-i-sig-selv-princip.
- Det er et grundlæggende kommunalretligt princip, at kommuner ikke må yde støtte til varmeforsyningsvirksomheder. Dette indebærer bl.a., at kommuner ikke må stille kapital vederlagsfrit til rådighed. Forpligtelsen er også fastslået i Gas- og Varmeprisudvalgets praksis om den tilsvarende pligt ved naturgasforsyning, jf. udvalgets afgørelse af 6. september 1982 om HNG's forrentning af indskudskapitalen.
- Det kræver klar hjemmel at fravige en almindelig kommunalretlig grundsætning, jf. Justitsministeriets vejledning.
- Afskrivningsbekendtgørelsen er ifølge bekendtgørelsens indledning udstedt med hjemmel i varmeforsyningslovens § 20, stk. 2. Det gøres gældende, at § 20, stk. 2, ikke udgør tilstrækkelig hjemmel til afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2.

- Der var med nyaffattelsen af varmforsyningslovens § 20, stk. 2, ikke tiltænkt en ændring af den hidtidige retstilstand. Forsyningstilsynet skal således som udgangspunkt godkende varmforsyningsvirksomhedernes opgørelse af deres ”rimelige” indskudskapitalforrentning.
- Hjemlen til afskrivningsbekendtgørelsens regler om forrentning af indskudskapitalen må forstås sådan, at Energistyrelsen kan udstede regler, der regulerer, hvordan indregning af indskudskapitalforrentning skal ske. Varmeforsyningslovens § 20, stk. 2, giver imidlertid hverken mulighed for at helt afskære indskudskapitalforretning eller ændre forrentningsgrundlaget fra indskudskapital til noget andet (en reguleret anlægssaldo).
- Afskæring af forrentning er i strid med EU’s statsstøtteregler
 - Afskæring af forrentning af indskudskapital er i strid med det EU-statsstøtteretlige forbud mod at implementere statsstøtte omfattet af artikel 107, stk. 1, TEUF,⁶ uden EU-Kommissionens forudgående godkendelse, jf. artikel 108, stk. 3, TEUF (den såkaldte stand-still forpligtigelse).
 - Artikel 107, stk. 1, og 108, stk. 3, TEUF, er direkte anvendelige Traktatbestemmelser, der skal overholdes af alle offentlige myndigheder i medlemsstaterne, herunder Forsyningstilsynet, Energiklagenævnet og de danske domstole. Det vil sige, at alle offentlige myndigheder er kompetente og forpligtigede til at vurdere, om en foranstaltning er omfattet af artikel 107, stk. 1, og derfor i medfør af stand-still forpligtigelsen skal godkendes af Kommissionen, inden den implementeres.
 - Afskæring af forrentning af indskudskapital vil fritage klager og klagers kunder for en omkostning, som normalt afholdes af virksomheder, der fungerer under normale markedsvilkår. Det vil give virksomheden og kunderne en selektiv fordel i form af lavere priser og dermed et mere konkurrencedygtigt produkt, der ”finansieres” af ejerkommunens manglende forrentning af indskudskapitalen – principielt svarende til driftsstøtte. Denne fordel vil udgøre statsstøtte omfattet af artikel 107, stk. 1, TEUF, fordi levering af fjernvarme udgør en økonomisk aktivitet på et marked (jernvarmen leveres af fjernvarmeselskaberne til slutbrugerne mod betaling), fordi levering også sker til kunder uden tilslutningspligt, og aktiviteten dermed er i konkurrence med levering af varme fra alternative forsyningskilder, fordi de alternative forsyningskilder kan leveres af virksomheder fra andre medlemsstater, og fordi fordel vil

⁶ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde.

blive ydet med statsmidler (kommunale midler) og vil kunne tilregnes offentlig myndighed (Energistyrelsen og Forsynings-tilsynet).

- Den manglende forrentning af indskudskapital kan sammenlignes med den foranstaltning, der var genstand for Vestre Landsrets dom af [25. januar 2016],⁷ og som vedrørte Sønderborg Kommunes garantistillelse uden provision til to fjernvarmeværker, der leverede varme under hvile-i sig-selv-princippet. Vestre Landsret fastslog i dommen, at Sønderborg Kommunes garantistillelse uden provision udgjorde statsstøtte omfattet af artikel 107, stk. 1, TEUF. Ankestyrelsen har lavet lignende vurderinger vedrørende Mariagerfjord Kommunes og Ærø Kommunes manglende opkrævning af garantiprovision for en række varmeværker og forsyningsselskaber. EU-Kommissionen fandt ligeledes i Turisme på Sicilien-sagen, at offentlige tilskud til rejsearrangører og rejsebureauer, der alene havde direkte økonomisk virkning for forbrugerne, gav turismesektoren på Sicilien en indirekte fordel. EU-Domstolens dom i Mediaset-sagen vedrørende offentligt tilskud til leje eller køb af digitalt tv-udstyr stadfæster en lignende tilgang.
- På baggrund af ovenstående gør klager gældende, at Forsyningstilsynets manglende godkendelse af indskudskapitalforrentning for 2019 er i strid med EU's statsstøtteregler, jf. artikel 107, stk. 1, og artikel 108, stk. 3, TEUF. Tilsynet skulle enten have fortolket de danske regler om indskudskapitalforrentning EU-konformt og godkendt forrentningen, eller anmeldt afslaget til EU-Kommissionen og afventet dennes afgørelse.
- Afskæring af forrentning udgør ekspropriation efter grundlovens § 73.
 - Bestemmelser, der afskærer klager fra at kunne indregne forrentning af indskudskapital, vil udgøre ekspropriation i medfør af grundlovens § 73.
 - Grundlovens § 73 beskytter borgere (og virksomheder) mod indgreb, der har karakter af ekspropriation af værdier. Af bestemmelsen fremgår *"Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at [afstå] sin ejendom uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning."* Det er generelt antaget, at en afskæring af forrentning af indskudskapital kan udgøre ekspropriation. Justitsministeriet har antaget, at ekspropriation kan foreligge, hvor reglen medfører en "urimelig lav fortjeneste for virksomhederne" og kammeradvokaten har anført, at en "egentlig ophævelse af

⁷ Energiklagenævnets red. Retten i Sønderborg afsagde dom i 1. instans den 14. juli 2014. Vestre Landsret afsagde dom i ankesagen V.L. B-1704-14 den 25. januar 2016, jf. UfR.2016.1701V.

virksomhedernes adgang til forrentning af indskudskapitalen indebærer en risiko for, at indgrebet vil blive anset for ekspropriativt”.⁸

- Uanset at reglerne i afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2, ikke fremstår som en ”egentlig ophævelse” af indskudskapitalforrentningen, har den i praksis – i hvert fald i forhold til klager – denne virkning. Bestemmelsen er derfor konkret ekspropriativ i forhold til klager.
- Afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2, kan ikke anvendes over for klager.
 - På baggrund af ovenstående er det klagers opfattelse, at afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2, er ugyldig og ikke kan finde anvendelse over for klager, jf. således Energi-klagenævnets afgørelse af 12. oktober 2009 med j.nr. 1031-3.
 - Subsidiært gøres gældende, at ovenstående forhold fører til, at Forsyningstilsynet var forpligtet til at udnytte dispensationsmuligheden i afskrivningsbekendtgørelsens § 11, til at se bort fra § 6, stk. 4, nr. 2.
 - Forsyningstilsynet er efter afskrivningsbekendtgørelsens § 11 forpligtet til at foretage en konkret vurdering af (et pligtmæssigt skøn), om reglerne i bl.a. § 6 fører til væsentlige ulemper for virksomheder eller forbrugere eller urimelig ulighed mellem virksomhederne. Forsyningstilsynet har ikke overvejet dispensationsmuligheden og heller ikke foretaget en konkret vurdering af klagers forhold.
 - Forsyningstilsynet har ved den anførte afvisning af dispensationsmuligheden sat skøn under regel i strid med forpligtelsen til at foretage et konkret skøn. At et resultat følger direkte af afskrivningsbekendtgørelsens almindelige regler kan ikke begrunde, at det pligtmæssige skøn afskæres. Dispensationsmuligheden har netop til formål at finde anvendelse, hvor resultatet af de almindelige regler konkret må vurderes at være til væsentlig ulempe eller urimeligt. Dette kan kun vurderes ved at inddrage ansøgerens konkrete forhold.
 - Det er misvisende og ikke udtryk for ligebehandling, når Forsyningstilsynet anfører, at reglerne i afskrivningsbekendtgørelsen ikke medfører urimelig ulighed mellem virksomheder, fordi alle forsyningsselskaber skal opføre indskudskapital ef-

⁸ Klagers henvisning til udtalelsen fra Justitsministeriet og kammeradvokaten fremgår af et notat af 18. februar 2013 udarbejdet af kammeradvokaten om ændring af varmforsyningsvirksomheders adgang til forrentning af indskudskapital inden for rammerne af grundlovens § 73.

ter samme regler. Det forhold, at alle virksomheder skal opgøre det mulige forrentningsgrundlag efter de samme metoder, indebærer ikke, at de behandles lige, når det er forskelligt, hvilken af de tre opgørelsesmetoder, der ender med at danne grundlag for forrentningen.

- Det forhold, at Forsyningstilsynet baserer vurderingen af forrentning på forskellige forrentningsgrundlag, medfører en urimelig ulighed mellem klager og virksomheder, som opnår en forrentning af deres indskudskapital på grundlag af opgørelsesmetoderne i § 6, stk. 4, nr. 1 eller nr. 3.

5. Forsyningstilsynets bemærkninger

Forsyningstilsynet finder, at den påklagede afgørelse skal stadfæstes, idet tilsynet overordnet henviser til det i afgørelsen anførte.

Forsyningstilsynet har til støtte for påstanden supplerende anført følgende:

- Energistyrelsen har vurderet, at der har været den nødvendige hjemmel i varmemforsyningsloven til at udstede reglerne og har ikke vurderet, at reglerne medfører ekspropriation eller er i strid med de EU-rettlige statsstøtteregler. Forsyningstilsynet finder ikke grundlag for at være uenig i Energistyrelsens vurdering.
- Om muligheden for at udnytte dispensationsmuligheden i afskrivningsbekendtgørelsens § 11, bemærkes, at Energistyrelsen ved udarbejdelsen af afskrivningsbekendtgørelsen har taget stilling til de tilfælde, hvor den anvendte indskudskapital fastsat efter § 6, stk. 3, bliver negativ ved én af de tre opgørelsesmetoder i afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4. Af afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 5, fremgår, at den anvendte indskudskapital fastsættes til 0 kr., i de tilfælde, hvor den anvendte indskudskapital fastsættes til en negativ værdi.
- Når der er fastsat regler om, at indskudskapitalen kan fastsættes til 0 kr., vurderer Forsyningstilsynet, at Energistyrelsen har taget stilling til, at det forhold, at indskudskapitalen fastsættes til 0 kr., ikke kan anses som en væsentlig ulempe for virksomheder eller forbrugere, eller urimelig ulighed mellem virksomhederne, der kan give anledning til dispensation fra afskrivningsbekendtgørelsens regler.
- Forsyningstilsynet vurderer, at det ikke medfører urimelig ulighed mellem virksomhederne, da alle virksomheder skal opgøre indskudskapitalen efter de samme regler, og for alle virksomheder, hvor den anvendte indskudskapital bliver negativ, vil den anvendte indskudskapital blive fastsat til 0 kr.
- Forsyningstilsynet vurderer på denne baggrund, at der ikke vil kunne gives dispensation fra afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr.

2, med den begrundelse, at den anvendte indskudskapital efter den opgjorte metode fastsættes til en negativ værdi.

6. Retsgrundlaget

Retsgrundlaget fremgår af bilag til denne afgørelse.

7. Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Afskrivningsbekendtgørelsen giver mulighed for, at der i varmepriserne kan indregnes en markedsmæssig, systematisk risikojusteret forrentning for den del af indskudskapitalen, der anvendes til virksomhedens drift eller til investeringer i anlæg med henblik på levering af opvarmet vand, damp eller gas bortset fra naturgas, jf. bekendtgørelsens § 6, stk. 1 og stk. 2.

I afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 3 - 5, er det nærmere fastsat, hvorledes indskudskapitalen skal opgøres. Det fremgår således af bekendtgørelsens § 6, stk. 5, at indskudskapitalen, der anvendes til virksomhedens drift eller til investeringer i anlæg, fastsættes til 0 kr., såfremt opgørelsen heraf efter § 6, stk. 3, medfører en negativ værdi efter én af de tre opgørelsesmetoder.

Det fremgår videre af afskrivningsbekendtgørelsens § 11, at Energitilsynet (nu Forsyningstilsynet) kan dispensere fra bestemmelserne i bekendtgørelsens §§ 1 - 6, i tilfælde, hvor disse medfører væsentlige ulemper for virksomheder eller forbrugere eller urimelig ulighed mellem virksomhederne.

I den foreliggende sag har Forsyningstilsynet opgjort den af klager anvendte indskudskapital til en negativ værdi i henhold til afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2, og dermed fastsat indskudskapitalen til 0 kr. Forsyningstilsynet ses ikke i afgørelsen af 3. april 2019 konkret at have forholdt sig til, hvorvidt der i sagen foreligger omstændigheder, der gør, at der vil kunne dispenseres fra afskrivningsbekendtgørelsens § 6.

Om den manglende stillingtagen til dispensationsmuligheden efter afskrivningsbekendtgørelsens § 11, oplyser Forsyningstilsynet, at der ikke er grundlag for dispensation allerede fordi, det følger af bekendtgørelsens § 6, stk. 5, at forrentningsgrundlaget fastsættes til 0 kr., i de tilfælde hvor den anvendte indskudskapital opgøres til en negativ værdi efter bekendtgørelsens § 6, stk. 4. Forsyningstilsynet oplyser videre, at Energistyrelsen – efter tilsynets vurdering – i forbindelse med udarbejdelsen af afskrivningsbekendtgørelsen har taget stilling til, at det forhold, at indskudskapitalen fastsættes til 0 kr., ikke kan anses som en væsentlig ulempe for virksomheder eller forbrugere eller urimelig ulighed mellem virksomhederne, der kan give anledning til dispensation fra afskrivningsbekendtgørelsens regler, når der er fastsat regler om, at indskudskapitalen kan fastsættes til 0 kr.

Energiklagenævnet finder, at Forsyningstilsynet burde have forholdt sig til, hvorvidt betingelserne anført i afskrivningsbekendtgørelsens § 11, for en dispensation er opfyldt. Energiklagenævnet finder det ikke hensigtsmæssigt, at nævnet træffer afgørelse herom i 1. instans, hvorfor Forsyningstilsynets afgørelse af 3. april 2019 ophæves og hjemvises til fornyet behandling i tilsynet.

Energiklagenævnet bemærker i forbindelse med ovenstående, at muligheden for at opnå dispensation efter afskrivningsbekendtgørelsens § 11, vil blive illusorisk, såfremt en opgjort negativ indskudskapital efter bekendtgørelsens § 6, stk. 4, jf. stk. 5, i alle tilfælde skulle medføre, at der ikke er grundlag for en dispensation.

Energiklagenævnet har ikke herved fundet anledning til at tage stilling til de øvrige anbringender vedrørende sagens realitet.

8. Energiklagenævnets afgørelse

Energiklagenævnet ophæver og hjemviser Forsyningstilsynets afgørelse af 3. april til fornyet behandling.

Sagen har været behandlet på nævnets møde den 22. september 2020.

Energiklagenævnet beklager den lange sagsbehandlingstid.

Afgørelsen er truffet i henhold til varmemforsyningslovens § 26, stk. 1.⁹

Afgørelsen kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Søgsmål til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet efter varmemforsyningsloven eller regler, der er udstedt efter denne lov, skal være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt pågældende. Er afgørelsen offentligt bekendtgjort, regnes fristen dog altid fra bekendtgørelsen, jf. varmemforsyningslovens § 26, stk. 4.

Afgørelsen offentliggøres på hjemmesiden www.naevneneshus.dk under menu-punktet Nævnene > Energiklagenævnet > Tidligere afgørelser.

På nævnets vegne

Peter Ulrik Urskov
Nævnsformand

Rasmus Bjerre Bach
Fuldmægtig, cand. jur.

⁹ Lovbekendtgørelse nr. 1215 af 14. august 2020.

Afgørelsen er sendt til:

Frederiksberg Fjernvarme A/S
Kleist Legal Advokatfirma
Forsyningstilsynet

Bilag

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

§ 6. Energitilsynet kan tillade, at der i priser for levering af opvarmet vand, damp eller gas bortset fra naturgas indregnes en markedsrettet, systematisk risikojusteret forrentning af indskudskapital.

Stk. 2. Forrentning kan alene indregnes for den del af den i stk. 1 nævnte indskudskapital, der anvendes til virksomhedens drift eller til investeringer i anlæg med henblik på levering af opvarmet vand, damp eller gas bortset fra naturgas.

Stk. 3. Virksomheden skal opgøre den del af den i stk. 1 nævnte indskudskapital, der anvendes til virksomhedens drift eller investeringer i anlæg på baggrund af virksomhedens senest anmeldte regnskabsoplysninger til eftervisning af tariffer (priseftersvisning) efter bekendtgørelse om anmeldelse af tariffer, omkostningsfordeling på anlæg med forenet produktion og andre betingelser for levering af fjernvarme samt varmeproduktionsomkostninger til brug for fastsættelse af prisloft.

Stk. 4. Indskudskapital, der anvendes til virksomhedens drift eller til investeringer i anlæg med henblik på levering af opvarmet vand, damp eller gas bortset fra naturgas, fastsættes til den laveste af følgende tre værdier:

- 1) Indskudskapital fratrukket tilladt forrentning, der ikke er indregnet i priserne.
- 2) Anlægssaldo med tillæg af anlæg under udførelse:
 - a) fratrukket langfristede gældsforpligtelser, kortfristede gældsforpligtelser til tilknyttede og associerede virksomheder og bankgæld,
 - b) tillagt 2 pct. af virksomhedens omkostninger excl. tilladt forrentning af indskudskapital, der er indregnet i priserne i det år, som de senest anmeldte regnskabsoplysninger til eftervisning af tariffer (priseftersvisning) vedrører, og
 - c) tillagt brændselslager.
- 3) Indskudskapital:
 - a) fratrukket tilgodehavender hos tilknyttede og associerede virksomheder, likvide beholdninger samt tilladt forrentning, der ikke er indregnet i priserne,
 - b) tillagt henlæggelser og 2 pct. af virksomhedens omkostninger excl. tilladt forrentning af indskudskapital, der er indregnet i priserne i det år, som de senest anmeldte regnskabsoplysninger til eftervisning af tariffer (priseftersvisning) vedrører.

Stk. 5. Energitilsynet fastsætter den indskudskapital, der anvendes til virksomhedens drift eller til investeringer i anlæg til værdien 0, hvis opgørelsen efter stk. 3, medfører en negativ værdi.

Stk. 6. Energitilsynet afviser enhver ansøgning om genoptagelse af ansøgningssagen, når der er forløbet mere end 1 år, fra Energitilsynet har meddelt virksomheden sin afgørelse.

[...]

§ 11. I tilfælde, hvor bestemmelserne i §§ 1-6 medfører væsentlige ulemper for virksomheder eller forbrugere eller urimelig ulighed mellem virksomhederne, kan Energitilsynet undtage fra bestemmelserne.