

ENERGIKLAGENÆVNETS AFGØRELSE i sag om indregning af forrentning af indskudskapital for 2020

27. januar 2021

20/04497-27

Energiklagenævnet har modtaget en klage fra Frederiksberg Fjernvarme A/S (herefter klager), som er repræsenteret ved Kleist Legal Advokatfirma, over Forsyningstilsynets afgørelse af 18. marts 2020 om indregning af forrentning af indskudskapital for 2020.

Energiklagenævnet ophæver og hjemviser Forsyningstilsynets afgørelse af 18. marts 2020 til fornyet behandling.

Nævnets sammensætning

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

ENERGIKLAGENÆVNET

NÆVNEHUS

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 15. april 2020 klagen over Forsyningstilsynets afgørelse af 18. marts 2020. Ved afgørelsen fastsatte Forsyningstilsynet indskudskapitalen til 0 kr., idet klager har opgjort den anvendte indskudskapital til en negativ værdi. Forsyningstilsynet kunne af den grund ikke fastsætte og godkende forrentning af indskudskapital for 2020.

Afgørelsen blev truffet i medfør af § 20, stk. 2, i lovebekendtgørelse nr. 120 af 6. februar 2020 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 Energistilsynets² tiltræden, forrentning af indskudskapital (herefter afskrivningsbekendtgørelsen).

2. Sagens oplysninger

Den 29. marts 2019 sendte klager en ansøgning til Forsyningstilsynet om forrentning af indskudskapitalen for 2020. Ansøgningen var vedlagt en opgørelse af indskudskapitalen pr. 1. januar 2020 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 2017, som er opgjort til 222.432.058 kr. efter metode 1, -10.683.459 kr. efter metode 2 og 148.014.962 kr. efter metode 3.

¹ Lovebekendtgørelse nr. 120 af 6. februar 2020 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 Energistilsynets 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 Energistilsynets afgørelse af 23. marts 2018 om klagers forrentning af indskudskapital for perioden 2004 – 2018, jf. Energistilsynets j.nr. 18/03917. Det oplyses i ansøgningen, at der ikke i beløbet er indregnet eventuel forrentning for 2019, samt at der ikke er foretaget indskud eller udlodninger i klager efter Energistilsynets afgørelse.

Klager gjorde i ansøgningen gældende at være berettiget til forrentning af den fulde indskudskapital pr. 1. januar 2020 som opgjort ved Energitilsynets afgørelse af 23. marts 2018, subsidiært af et forrentningsgrundlag opgjort efter afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 1 eller nr. 3.

Forsyningstilsynet sendte den 6. december 2019 et afgørelsesudkast i høring hos klager, hvoraf det fremgik, at tilsynet fandt klagers opgørelser af den anvendte indskudskapital i henhold til afskrivningsbekendtgørelsens § 6, stk. 4, nr. 2 og 3 fejlbehæftede. Forsyningstilsynet opgjorde den anvendte indskudskapital efter metode 2 til -18.612.833 kr., idet klager efter tilsynets opfattelse havde undladt at fratrække den kortfristede del af langfristet gæld med 7.929.354 kr. For så vidt angår metode 3 opgjorde Forsyningstilsynet den anvendte indskudskapital til 158.014.962 kr., idet tilsynet fandt, at klager havde undladt at fratrække henlæggelser på 10.000.000 kr.

Klager bemærkede i et høringssvar den 20. januar 2020, at klager fastholdt det i ansøgningen af 29. marts 2019 anførte vedrørende opgørelsen af den anvendte indskudskapital. Klager henviste endvidere til de supplerende synspunkter anført i et klageskrift fra sagen for Energiklagenævnet vedrørende Forsyningstilsynets afgørelse af 3. april 2019 om indregning af forrentning af indskudskapital for 2019.⁴

Forsyningstilsynet traf herefter den påklagede afgørelse.

3. Forsyningstilsynets afgørelse

Ved afgørelse af 18. marts 2020 afviste Forsyningstilsynet at tiltræde klagers ansøgning om indskudskapitalforrentning for året 2020. 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 ændret til -18.612.833 kr. og efter metode 3 blev ændret til 158.014.962 kr. 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 2020.

4. Klagers bemærkninger

Klager finder, at Forsyningstilsynets afgørelse af 18. marts 2020 skal ophæves og hjemvises til fornyet behandling ved tilsynet med henblik på godkendelse af indregning af indskudskapitalforrentning for 2020.

Til støtte for påstanden, om at klager har ret til at indregne en forrentning af indskudskapitalen i varmepriserne for 2020, har klager navnlig anført følgende:

⁴ Der er tale om klagers indlæg af 12. juni 2019 i Energiklagenævnets tidligere sag med j.nr. 19/04044. Synspunkterne anført i klagers indlæg af 12. juni 2019 er for en stor dels vedkommende enslydende med synspunkterne anført i klagen i nærværende sag, idet sagerne i det væsentligste er identiske. Synspunkterne er indarbejdet i denne afgørelse.

- Varmeforsyningsloven giver ret til at indregne forrentning af indskudskapital
 - Siden den første varmforsyningslov fra 1979 har varmforsyningsselskaber været berettiget til at indregne en rimelig forrentning af indskudskapital. Retten for varmforsyningsselskaber til at foretage en rimelig forrentning af indskudskapitalen har i det væsentligste været uændret siden 1979. Det fremgår af bemærkningerne til høringssudkastet, at der alene var tale om en sproglig tilpasning, der præciserede, at *en markedsmæssig, systematisk risikojusteret forrentning af indskudskapital per definition 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 – helt eller delvist virksomhederne fra at få forrentet indskudskapitalen, i det omfang en opgørelse efter nr. 2 fører til en lavere værdi end indskudskapitalen.
 - 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 varmemforsyningslovens bestemmelser om varmemforsyningselskabers prisfastsættelse.
- En fravigelse eller ændring af lovens bestemmelser ved en bekendtgørelse kræver klar og udtrykkelig hjemmel, jf. Justitsministeriets vejledning om udarbejdelse af administrative forskrifter,⁵ 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)⁶ klager. Ejeren af klager har stillet kapital til rådighed for driften af varmemforsyningsvirksomheden 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 kompensation, 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 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

⁵ Justitsministeriets vejledning nr. 153 af 22. september 1987.

⁶ Frederiksberg Forsyning og ultimativt Frederiksberg Kommune.

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 varmemforsyningsvirksomheder. 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 varmemforsyningslovens § 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 varmemforsyningslovens § 20, stk. 2, ikke tiltænkt en ændring af den hidtidige retstilstand. Forsyningstilsynet skal således som udgangspunkt godkende varmemforsyningsvirksomhedernes 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 at afskære indskudskapitalforrentning eller ændre forrentningsgrundlaget fra indskudskapital til noget andet (en reguleret anlægssaldo).
- Afskæring af forrentning er i strid med EU's statsstøttere regler
 - Afskæring af forrentning af indskudskapital er i strid med det EU-statsstøtteretlige forbud mod at implementere statsstøtte omfattet af artikel 107, stk. 1, TEUF,⁷ 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 (fjernvarmen 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 fordelene vil blive ydet med statsmidler (kommunale midler) og vil kunne tilregnes offentlig myndighed (Energistyrelsen og Forsyningstilsynet).
 - Den manglende forrentning af indskudskapital kan sammenlignes med den foranstaltning, der var genstand for Vestre

⁷ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde.

Landsrets dom af [25. januar 2016],⁸ og som vedrørte Sønderborg Kommunes garantistillelse uden provision til to fjernvarmeværker, der leverede varme under hvile-i sig-selv-principet. 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 2020 er i strid med EU's statsstøttere regler, 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.
- For så vidt angår Energiklagenævnets afgørelse med j.nr. 18/03306 af 19. december 2019 vedrørende VEKS bemærkes, at sagen vedrørende statsstøtteproblematikken omhandlede en historisk forrentning for perioden 1982-2006, som VEKS ikke formelt havde ansøgt om tilladelse til i den pågældende periode. Energitilsynets vurdering af statsstøtteproblemet var baseret på, at det er kommunen og den kommunale virksomhed, som har forpligtelsen til at overholde statsstøttere reglerne, og at det ikke var i strid med statsstøttere reglerne at afvise forrentning, når den kommunale virksomhed ikke (rettidigt) havde indgivet ansøgning herom.
- 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*

⁸ 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.

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 virksomhedernes adgang til forrentning af indskudskapitalen indebærer en risiko for, at indgrebet vil blive anset for ekspropriativt”.⁹

- 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. Klager gør i forbindelse hermed gældende, at Forsyningstilsynet reelt ikke har overvejet dispensationsmuligheden og heller ikke foretaget en konkret vurdering af klagers forhold.
 - Forsyningstilsynet har misforstået dispensationsbestemmelsens rækkevidde og ikke anvendt den korrekt.
 - Det må antages, at § 11 kan og bør finde anvendelse, hvor anvendelsen af de almindelige regler ellers vil føre til resultater i strid med grundlovens § 73 eller EU’s statsstøtteregler.

⁹ 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.

- Forsyningstilsynet giver udtryk for den opfattelse, at et negativt forrentningsgrundlag og dermed et afslag på forrentning er et forudset resultat af reglerne, som ikke kan give grundlag for dispensation. Denne fortolkning af dispensationsadgangen er efter klagers opfattelse forkert. Forsyningstilsynets synspunkt indebærer, at dispensationsadgangen mister enhver betydning, da der vanskeligt kan forestilles en anden – og mere – væsentlig ulempe ved anvendelsen af § 6, end at virksomheden afskæres fra at kunne opnå nogen form for forrentning af sin indskudskapital.
- Klager anfører med henvisning til nedenstående citater fra Energistyrelsens høringsnotat, at Energistyrelsen har tilkendegivet, at bekendtgørelsens resultater konkret kan medføre, at dispensationsadgangen skal anvendes, samt at det forhold, at reglerne vil føre til en lavere forrentning (for alle) ikke i sig selv kan give anledning til dispensation, men at dispensationsadgangen skal anvendes i de tilfælde, hvor en virksomhed konkret bliver særligt hårdt ramt af reglerne, hvilket Forsyningstilsynet har pligt til at vurdere konkret;

”Energistyrelsen bemærker for så vidt angår Energistilsynets bemærkninger til den tidligere bekendtgørelse, at Energistilsynet – i sagens natur – ikke skal dispensere, selvom de reviderede regler generelt kan siges at være til (væsentlig) ulempe for virksomhederne.

[...]

Energistyrelsen bemærker videre, at det er Energistilsynet, der administrerer prisreguleringen og har indsigt i virksomhedens data, hvorfor det ligeledes er Energistilsynet, der besidder den faglige kompetence, til at vurdere, hvorvidt dispensationsbestemmelsen skal finde anvendelse.”¹⁰

- Når Forsyningstilsynet anfører, at adgangen til dispensation afhænger af, hvordan sagen i øvrigt er oplyst, indikeres, at det skulle være mangel på oplysninger, der medførte, at der ikke blev meddelt dispensation. Dette er ikke i overensstemmelse med afgørelsens begrundelse, idet det intet sted fremgår, at Forsyningstilsynet manglede oplysninger for at kunne træffe en materielt korrekt afgørelse.
- Forsyningstilsynet anfører med henvisning til princippet om

¹⁰ Energistyrelsens høringsnotat af 4. juli 2017 vedrørende udkast til bekendtgørelse om indregning af driftsmæssige afskrivninger, henlæggelser til nyinvesteringer og med Energistilsynets tiltræden, forrentning af indskudskapital. Citaterne fremgår af notatets afsnit 2.6, side 23.

processuel skadevirkning, at klager har ansvaret for tilstrækkelig dokumentation for, at der er grundlag for at anvende dispensationsbestemmelsen. Dette skulle ifølge Forsyningstilsynet betyde, at klager har ansvaret for at tilvejebringe begrundelser og konkrete oplysninger, der dokumenterer, at der er tale om ekspropriation og et resultat i strid med EU's statsstøtteregler. Disse synspunkter er i strid med officialprincippet og er udtryk for en forkert retlig forståelse af en parts medvirken til sagens oplysning og princippet om processuel skadevirkning.

- Det er Forsyningstilsynets ansvar at sikre en tilstrækkelig og korrekt oplysning af sagen med henblik på at kunne træffe en materielt korrekt afgørelse.
- Klager er forpligtet til at meddele de oplysninger, som fremgår af reglerne i afskrivningsbekendtgørelsen, navnlig dennes § 6. Det er ubestridt, at klager har givet Forsyningstilsynet disse oplysninger.

5. Forsyningstilsynets bemærkninger

Forsyningstilsynet finder, at den påklagede afgørelse skal stadfæstes, idet tilsynet overordnet henviser til det i afgørelsen anførte.¹¹

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-retlige 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 forholdt sig og 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,

¹¹ Forsyningstilsynet har endvidere henvist til synspunkterne anført i tilsynets indlæg af 14. august 2019 i Energiklagenævnets sag med j.nr. 19/04044. Synspunkterne er indarbejdet i denne afgørelse.

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.
- Afskrivningsbekendtgørelsens § 11 ændrer ikke på de almindelige forvaltningsretlige principper om officialmaksimen og princippet om processuel skadevirkning, som er principper på lovniveau. § 11 fastsætter alene, at nu Forsyningstilsynet har en ret, men ikke en pligt til at dispensere i konkrete tilfælde. Om der i en konkret sag er grundlag for at dispensere afhænger af, hvordan sagen i øvrigt er oplyst.
- Efter officialprincippet er det myndighedens ansvar at oplyse sagen tilstrækkeligt, inden der træffes afgørelse. I ansøgningssager har ansøgeren dog en særlig tilskyndelse til og ansvar for at bidrage til sagsoplysningen. Hvis de nødvendige oplysninger ikke tilvejebringes vil der efter omstændighederne kunne meddeles afslag, efter princippet om processuel skadevirkning, for så vidt angår de områder, som ikke er blevet tilstrækkeligt oplyst.
- Klager har et særligt ansvar for at tilvejebringe begrundelser og konkrete oplysninger for at dokumentere, at der er tale om ekspropriation og at afgørelsen vil være i strid med EU's statsstøtteregler, og dermed et grundlag for at der kan gives dispensation. Klager har ikke bidraget med konkrete oplysninger eller dokumentation for, at der konkret er tale om statsstøtte eller ekspropriation i forhold til klager.
- Forsyningstilsynet henviser til Energistyrelsens høringsnotat til afskrivningsbekendtgørelsen med de nye forrentningsregler, hvori styrelsen har anført følgende omkring ekspropriation og muligheden for at få dispensation:

"Energistyrelsen har på baggrund af forrentningsreglernes helt særlige og usædvanlige historik i forbindelse med udarbejdelsen af bekendtgørelsen nøje forholdt sig til spørgsmålet om ekspropriationsrisiko. Det er Energistyrelsens vurdering, at en nærmere specifikation af "rimelig forrentning", herunder ændring af forrentningsgrundlaget ikke er ekspropriativt eller i strid med grundlovens § 73. Det er således

Energistyrelsens vurdering, at grundlovens § 73 ikke medfører et krav for virksomhederne til for fremtiden at kunne opnå en mindsteforrentning af indskudskapitalen.”

[...]

”Energistyrelsen bemærker indledningsvist, at der ikke lægges op til en væsentlig udvidelse af dispensationsadgangen og kan for så vidt angår ekspropriationsvurderingen henviser til afsnit 2.1.

[...]

Energistyrelsen bemærker for så vidt angår Energitilsynets bemærkninger til den tidligere bekendtgørelse, at Energitilsynet – i sagens natur – ikke skal dispensere selvom de reviderede regler generelt kan siges at være til (væsentlig) ulempe for virksomhederne. Dispensationsadgangen skal naturligvis forbeholdes de særlige tilfælde, hvor en virksomhed oplever – en ikke tiltænkt eller forudsat – væsentlig ulempe. Energistyrelsen forudsætter i øvrigt, at bestemmelserne i vid udstrækning følger tilsynets hidtidige administrative praksis for meddelelse af dispensation.”¹²

- Klager er ikke fremkommet med konkrete oplysninger, begrundelser eller dokumentation for, at klager skulle tilhøre ”de særlige tilfælde, hvor en virksomhed oplever – en ikke tiltænkt eller forudsat – væsentlig ulempe”, som skulle gøre, at Forsyningstilsynet skulle have truffet afgørelse om dispensation.
- Det forhold, at visse selskaber ville kunne få opgjort en negativ anvendt indskudskapital og dermed ingen forrentning af anvendt indskudskapital var således en forudset og tiltænkt konsekvens af de nye forrentningsregler. For klager var det forudset allerede under høringen over bekendtgørelsen i 2017, da klager i et høringssvar oplyste, at den anvendte indskudskapital ville blive negativ. Det var således tiltænkt, at visse ansøgere, herunder klager, skulle komme i den situation, at der til forskel fra de forhenværende regler ikke kan godkendes indregning af forrentning af indskudskapital efter de nye regler. På den baggrund har Forsyningstilsynet konkret vurderet, at der ikke var grundlag for at dispensere fra de nye forrentningsregler.
- Med hensyn til at Energistyrelsen forudsætter, at tilsynet følger sin hidtidige administrative praksis for meddelelse af dispensation, bemærker Forsyningstilsynet, at dispensationsbestemmelsen i § 11

¹² Energistyrelsens høringsnotat af 4. juli 2017 vedrørende udkast til bekendtgørelse om indregning af driftsmæssige afskrivninger, henlæggelser til nyinvesteringer og med Energitilsynets tiltræden, forrentning af indskudskapital. Citaterne fremgår af notatets afsnit 2.1, side 7, og afsnit 2.6, side 22 og 23.

blev udvidet fra kun at omfatte reglerne om afskrivninger og henlæggelser (§§ 1-5) til også at omfatte reglerne om forrentning (§ 6). Der er ingen praksis i forhold til forrentningsreglerne, men som det fremgår af høringsnotatet vil tilsynet administrere bestemmelsen restriktivt. Dette har Energistyrelsen ikke modsagt, jf. de ovenfor anførte citeringer i Energistyrelsens høringsnotatet.

- Forsyningstilsynet bemærker for så vidt angår spørgsmålet om statsstøtte, at Energiklagenævnet i sagen om VEKS' forrentning af indskudskapital for årene 2007 – 2018¹³ bl.a. stadfæstede Energitilsynets afgørelse med bemærkningen: *"I forhold til det af klager anførte om statsstøtte finder Energiklagenævnet ikke, at der er tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte den vurdering, som er foretaget af Energitilsynet"*. Energiklagenævnet havde ingen kritik eller indvendinger imod Energitilsynets konkrete undersøgelse og vurdering af statsstøttespørgsmålet for VEKS.

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 18. marts 2020 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,

¹³ Energiklagenævnets afgørelse af 19. december 2019 med j.nr. 18/03306.

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.

Om muligheden for at opnå dispensation oplyser Forsyningstilsynet, at afskrivningsbekendtgørelsens § 11 alene indeholder en ret, men ikke en pligt til at dispensere, og at ansøgere i ansøgningssager har en særlig tilskyndelse til og ansvar for at bidrage til sagsoplysningen. I forbindelse hermed bemærker Forsyningstilsynet navnlig, at klager har et særligt ansvar for at tilvejebringe begrundelser og konkrete oplysninger for at dokumentere, at der er tale om ekspropriation og/eller at afgørelsen vil være i strid med EU's statsstøttere regler, og dermed et grundlag for at der kan gives dispensation, samt at klager ikke har bidraget med sådanne oplysninger og dokumentation, der understøtter, at manglen på forrentning af indskudskapital er til væsentlig ulempe for klager.

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 18. marts 2020 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 18. marts 2020 til fornyet behandling.

Sagen har været behandlet på nævnets møde den 26. januar 2021.

Afgørelsen er truffet i henhold til varmemforsyningslovens § 26, stk. 1.¹⁴

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

¹⁴ Lovbekendtgørelse nr. 1215 af 14. august 2020.

inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt pågældende. Er afgørelsen offentligt bekendtgjort, regnes fristen dog altid fra bekendtgørelsen, jf. varmemeforsyningslovens § 26, stk. 4.

Afgørelsen offentliggøres på hjemmesiden www.naevneneshus.dk under menupunktet Nævnene > Energiklagenævnet > Tidligere afgørelser.

På nævnets vegne

Peter Ulrik Urskov
Nævnens formand

Rasmus Bjerre Bach
Fuldmægtig, cand. jur.

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 markedsfølsom, systematisk risikoreduceret 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 (priseftersyn) 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 (priseftersyn) 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 (priseftersyn) 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.