

AFGØRELSE

(Elforsyning)

energi

KLAGENÆVNET

Frederiksborggade 15

1360 København K

Tlf 33 95 57 85

Fax 33 95 57 99

www.ekn.dk

ekn@ekn.dk

KLAGE FRA	Energi Nord Forsyning A/S, Aalborg af 2. november 2004 over
AFGØRELSE FRA OM	Energitilsynet af 1. november 2004 Prisgodkendelse for 2002

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

NÆVNETS SAMMEN- SÆTNING I SAGEN	Fungerende nævnsformand, professor, dr.polit. Chr. Hjorth-Andersen Fungerende næstformand, professor, dr.jur. Jens Fejø Konsulent, civilingeniør Knut Berge Professor, cand.jur. & Ph.D. Bent Ole Gram Mortensen Direktør, cand.polyt. Poul Sachmann
--	---

NÆVNETS AFGØRELSE	Energitilsynets afgørelse af 1. november 2004 stadfæstes
------------------------------	--

Oversigt

<i>Den påklagede afgørelse</i>	<i>side 2</i>
<i>Klagen til Energiklagenævnet</i>	<i>side 12</i>
<i>Energitilsynets bemærkninger til klagen</i>	<i>side 24</i>
<i>Parternes yderligere brevveksling</i>	<i>side 36</i>
<i>Supplerende oplysninger om Energitilsynets vejledninger og notater</i>	<i>side 38</i>
<i>Supplerende oplysninger om Energitilsynets og det tidligere Elprisudvalgs praksis</i>	<i>side 41</i>
<i>Supplerende oplysninger om Energi Nord-koncernens selskaber</i>	<i>side 46</i>
<i>Retsgrundlag</i>	<i>side 46</i>
<i>Energiklagenævnets praksis</i>	<i>side 51</i>
<i>Energiklagenævnets bemærkninger</i>	<i>side 53</i>
<i>Energiklagenævnets afgørelse</i>	<i>side 60</i>

Ved brev af 2. november 2004 og efterfølgende endeligt klageskrift af 8. december 2004 har advokat Anders Stubbe Arndal på vegne af Energi Nord Forsyning A/S indbragt Energitilsynets afgørelse af 1. november 2004 for Energiklagenævnet.

Energitilsynets afgørelse bestod i, at Energi Nord Forsyning A/S' salgspriser til forsyningspligt kunderne i 2003-2004 skulle nedsættes med XX mio. DKK, idet transaktioner mellem Energi Nord Forsyning A/S og Energi Nord Handel A/S ikke fandtes at afspejle markedsvilkår iht. elforsyningslovens § 46, stk. 4.

Energitilsynets bemærkninger af 1. april 2005 vedrørende klagen har været forelagt klageren, hvis advokat har svaret ved brev af 28. juli 2005. Tilsynet har ved e-mail af 1. august 2005 svaret på klagers bemærkninger.

Energitilsynet fandt ved afgørelse af 17. marts 2005, at Energi Nord Forsyning A/S' avance var urimelig høj og pålagde selskabet at tilbagebetale XX mio. kr. til forsyningspligt kunderne gennem nedsættelse af priserne, jf. § 72, stk. 2. Afgørelsen er ikke påklaget til Energiklagenævnet.

Den påklagede afgørelse

Energitilsynets afgørelse, som fremgår af tilsynets skrivelse af 28. juni 2004 (korrigeret version) er meddelt virksomheden ved e-mail af 6. oktober 2004 med efterfølgende mundtlig klagevejledning af 1. november 2004. Fra afgørelsen citeres:

"[...]

Resumé

1. Energitilsynets gennemgang af de forsyningspligtige elvirksomheders priser og overskud for 2002 har givet Energitilsynet anledning til en nøjere gennemgang af forholdene i bl.a. Energi Nord Forsyning A/S.

2. Energi Nord Forsyning A/S har i 2002 indkøbt el og balanceenergi fra det koncernforbundne selskab Energi Nord Handel A/S, der omvendt har indkøbt el og balanceenergi fra det ligeledes koncernforbundne elhandelsselskab Energi Danmark Disam A/S.

3. Det er Energitilsynets vurdering, at Energi Nord Handel A/S indkøber sådanne ydelser fra Energi Danmark Disam A/S, som efterfølgende videresælges til Energi Nord Forsyning A/S, uden at Energi Nord Handel A/S bibringer transaktionen en værditilvækst eller varetager en funktion af betydning i ydelsens værdikæde, herunder eksempelvis påtager sig en risiko til fordel for Energi Nord Forsyning A/S.

4. På den anden side fremfører Energi Nord Forsyning A/S, at Energi Nord Handel A/S bibringer transaktionen en værdi, når Energi Nord Handel A/S på vegne af Energi Nord Forsyning A/S stiller en anfordringsgaranti overfor Energi Danmark Disam A/S.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 2 af 60

Men dels fremgår det ikke af aftaleforhold anmeldt til Energitilsynet, at hverken Energi Nord Handel A/S eller Energi Danmark Disam A/S kan stille krav om garantistillelse fra købers side, og dels har Energi Nord Forsyning A/S efterfølgende dokumenteret at markedsværdien af en sådan garanti udgør XX t.dkk og ikke XX mio. DKK.

5. Det er Energitilsynets vurdering, at Energi Nord Forsyning A/S reelt lige så vel kunne købe el og balanceenergi direkte hos elleverandøren eller hos anden uafhængig tredjepart og dermed spare de XX mio. DKK, som Energi Nord Handel A/S oppebærer i fortjeneste ved transaktionen. I 2003 indkøber Energi Nord Forsyning A/S netop el og balanceenergi direkte fra Energi Danmark Disam A/S.

6. Energi Nord Forsyning A/S har i det lys ikke udvekslet ydelser på markedsvilkår i overensstemmelse med elforsyningslovens § 46, stk. 4 og skal følgende tilbagebetale XX mio. DKK til virksomhedens forsyningspligt-kunder inden udgangen af 2004, jf. elforsyningslovens § 77, stk. 4.

7. Endelig er det Energitilsynets vurdering, at Energi Nord Forsyning A/S ikke har udvist effektivitet, jf. elforsyningslovens § 72, idet Energitilsynet ikke anser det for værende god forretningsskik hos et kollektivt reguleret elforsyningsselskab, når Energi Nord Forsyning A/S dels ikke straks har udfærdiget skriftlige aftaler, dels ikke tidligere i sagsforløbet har kunnet redegøre for transaktions-/forvaltningsomkostningernes andel af den samlede elindkøbsomkostning, og dels ikke har kunnet dokumentere, at have afsøgt markedet for alternative elleverandører.

8. Notatets forhold vil videre indgå i Energitilsynets effektivitetsvurdering og prisregulering af Energi Nord Forsyning A/S, jf. elforsyningslovens § 72.

Afgørelse

9. Energitilsynet vedtog at meddele Energi Nord Forsyning A/S,

- **at** Energitilsynets eventuelle prisgodkendelse af virksomhedens priser for 2002 ledsages af det vilkår, at Energi Nord Forsyning A/S fremover straks skal udarbejde fyldestgørende skriftlige aftaler inden aftalernes ikrafttræden, samt på fyldestgørende og objektiv vis afsøge markedet for alternative leverandører af ydelser af væsentligt omfang, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2. Disse aftaler skal straks anmeldes til Energitilsynet, jf. elforsyningslovens § 76 og BEK nr. 90 af 7. februar 2000.
- **at** Energi Nord Forsyning A/S' salgspriser til forsyningspligt-kunderne i 2003-2004 skal nedsættes med XX mio. DKK, jf. elforsyningslovens § 77, stk. 4, idet transaktioner mellem Energi Nord Forsyning A/S og Energi Nord Handel A/S ikke afspejler markedsvilkår, jf. elforsyningslovens § 46, stk. 4.

Sagsfremstilling

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 3 af 60

10. Energitilsynets gennemgang af de forsyningspligtige elvirksomheders priser og overskud for 2002 har givet Energitilsynet anledning til en nøjere gennemgang af forholdene i Energi Nord Forsyning A/S.

11. Det skyldes, at Energi Nord Forsyning A/S har udvekslet el og balanceenergi med koncernforbundne virksomheder, og det er ikke dokumenteret over for Energitilsynet, hvorvidt prisen for disse ydelser afspejler markedsvilkår i overensstemmelse med elforsyningslovens § 46, stk. 4.

12. Nærværende figur viser Energi Nord Forsyning A/S koncernstruktur. Ejerandele, som de fremgår af selskabernes årsregnskaber for 2002, fremgår i pct.

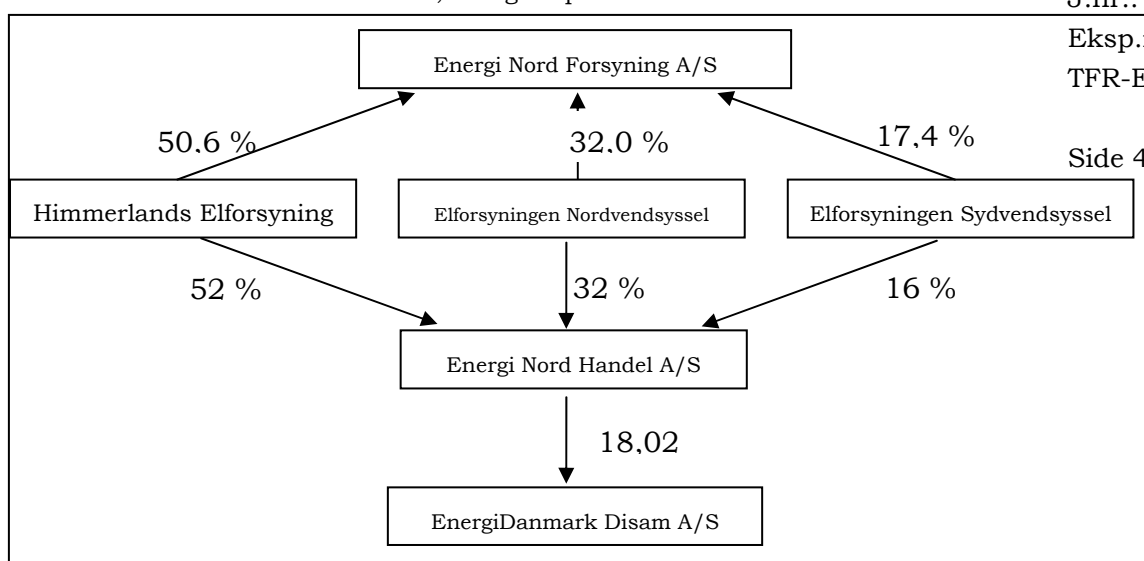
28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 4 af 60



13. Direktion og bestyrelse i Energi Nord Forsyning A/S og i Energi Nord Handel A/S var identisk i 2002. Jan Ravn, der udgjorde direktionen i begge selskaber, havde tillige en bestyrelsespost i Energi Danmark Disam A/S, hvilket dog ikke er uforeneligt med gældende elforsyningslov.

14. Energi Nord Forsyning A/S har i 2002 indkøbt el og balanceenergi fra det koncernforbundne selskab Energi Nord Handel A/S, der omvendt har indkøbt el og balanceenergi fra det ligeledes koncernforbundne elhandelsselskab Energi Danmark Disam A/S.

15. Det er uklart, hvorfor Energi Nord Forsyning A/S ikke køber el og balanceenergi direkte fra Energi Danmark Disam A/S eller fra anden uafhængig elleverandør. Energi Nord Forsyning A/S har ikke dokumenteret over for Energitilsynet, at Energi Nord Handel A/S i væsentligt omfang bidrager til ydelsens merværdi/værdikæde, eller at Energi Nord Handel A/S varetager en berettiget funktion i relation til transaktionen. Energi Nord Handel A/S optræder således umiddelbart i væsentligt omfang alene som mellemhandlerselskab.

16. Det fremgår af Energi Nord Handel A/S' årsregnskab for 2002, at "selskabets formål er at drive handel med el. Elhandlen udføres i tæt samarbejde med Energi Danmark Disam A/S. Herud-

over udfører selskabet energirådgivning for ESV Net A/S og HEF Net A/S, betjening af kundecenter og backoffice, indsamling, verifikation og videresendelse af måledata...".

17. Energi Nord Forsyning A/S har vedr. 2002 alene anmeldt af-taleforhold vedr. elhandel til Energitilsynet.

18. Således indkøber Energi Nord Handel A/S seks elhan-delskontrakter fra Energi Danmark Disam A/S til gns. **XX** DKK/MWh ekskl. balancehåndtering, som efterfølgende slås sammen til tre kontrakter, der umiddelbart videresælges til Ener-gi Nord Forsyning A/S til gns. **XX** DKK/MWh inkl. balancehånd-tering uden nogen videre indholdsmæssige ændringer. Energi Nord Forsyning A/S opgør fortjenesten til **XX** DKK for Energi Nord Handel A/S vedkommende, jf. Energi Nord Forsyning A/S brev af 12. november 2003.

19. Elhandelsaftalerne mellem Energi Nord Forsyning A/S og Energi Nord Handel A/S er i gennemsnit indgået skriftligt 60 dage efter, at Energi Nord Handel A/S tilsvarende har indgået sine elindkøbsaftaler med Energi Danmark Disam A/S. Energi Nord Forsyning A/S har ikke fremvist anden form for bekræftelse på de indgåede elhandler.

20. I Energi Nord Forsyning A/S' brev af 12. november 2003 til Energitilsynet skriver selskabet, at "*transaktions-/forvaltningsomkostningerne for hele 2002 har været ukendte mel-lem Energi Danmark Disam A/S og Energi Nord Handel A/S*". Energi Nord Forsyning A/S har således heller ikke anmeldt aftale-forhold vedr. balancehåndtering og transaktionsomkostninger vedr. elindkøb for 2002 til Energitilsynet, men blot opgjort udgif-ten hertil til hhv. **XX** mio. DKK og **XX** mio. DKK. I dette beløb ind-går ikke porteføljeudgifter til Energi Danmark Disam A/S. Porte-føljeudgifter til Energi Danmark Disam A/S indgår således alene i elindkøbsomkostningen.

21. Energi Nord Forsyning A/S har efterfølgende redegjort for en pris- og omkostningskalkule for Energi Danmark Disam A/S el-salg til Energi Nord Handel A/S til brug for videresalg til Energi Nord Forsyning A/S. Det fremgår af redegørelsen, at Energi Dan-mark Disam A/S umiddelbart oppebærer et porteføljeforvaltnings-tillæg på **XX** DKK/MWh.

22. Det står derfor heller ikke klart, hvorfor Energi Nord Forsy-ning A/S reelt dels afholder en udgift til Energi Danmark Disam A/S for at varetage virksomhedens elindkøb, og efterfølgende af-holder endnu en udgift på **XX** mio. DKK til Energi Nord Handel A/S, som alene bibringer transaktionen en tilsyneladende uklar merværdi i form af en garantiydelse, der ikke fremgår af elindkøb-saftalerne.

23. Energi Nord Forsyning A/S har overfor Energitilsynet rede-gjort for, at betalingen på **XX** mio. DKK dækker over den ydelse, at Energi Nord Handel A/S stiller en anfordringsgaranti overfor Energi Danmark Disam A/S for at varetage elindkøb overfor Energi Nord Forsyning A/S.

28. marts 2006

[J.nr.: 11-237](#)

[Eksp.nr.: 25393](#)

TFR-EKN

Side 5 af **60**

24. Det fremgår ikke af elkontrakterne mellem Energi Nord Forsyning A/S og Energi Nord Handel A/S eller andet steds, at Energi Nord Forsyning A/S er pligtig til at stille garanti eller betale Energi Nord Handel A/S for at stille en sådan garanti.

25. Det fremgår af Energi Nord Forsyning A/S' brev af 23. december 2003, at dækningsbidraget på Energi Nord Handel A/S' salg til egne elkunder og Energi Nord Forsyning A/S er hhv. XX t.dkk og XX t.dkk.

26. Energi Nord Forsyning A/S skriver i brev af 23. december 2003, at der i 2002 ikke forelå en klar rollefordeling mellem sel-skabet selv og Energi Nord Handel A/S og Energi Danmark Disam A/S, og videre står i brev af 12. november 2003, at *"transaktions-/forvaltningsomkostningerne for hele 2002 har været ukendte mellem Energi Danmark Disam A/S og Energi Nord Handel A/S"*.

27. Energi Nord Forsyning A/S' brev af 9. marts 2004 anses af Energitilsynet for en erkendelse af, at virksomheden ikke har af-søgt markedet for alternative leverandører af el og portefølje-forvaltning. Energi Nord Forsyning A/S har efterfølgende afsøgt markedet for, hvad en tilsvarende anfordringsgaranti ville koste hos den lokale bankforbindelse. Den lokale bankforbindelse har meddelt, at prisen for en sådan garanti er XX t.dkk.

28. I Energi Nord Forsyning A/S' brev af 9. marts 2004 til Energiti-lsynet vedgår virksomheden, at *"Energi Nord Forsyning A/S er enige med Energitilsynet om, at den endelige prisgodkendelse for 2002 bør tage hensyn til den gennemfakturering, der har fundet sted gennem Energi Nord Handel A/S"*.

29. Energi Nord Forsyning A/S' nettooverskud for 2002 var på 4,456 mio. DKK og virksomhedens egenkapital udgjorde 42,030 mio. DKK ultimo 2002.

Energi Nord Forsyning A/S' hovedargumenter og høringssvar

30. Energi Nord Forsyning A/S' argumenter fremgår bl.a. af virk-somhedens breve af 12. november 2003, 23. december 2003, 9. marts 2003, 18. juni 2004 og 24. august 2004.

31. I brev af 18. juni 2004 skriver virksomheden, at *"overordnet set har vi opfattet det sådan, at sagens kerne er størrelsen af det overskud, Energi Nord Forsyning A/S og Energi Nord Handel A/S samlet set har opnået ved salg af el i 2002"*.

32. Det er Energitilsynets vurdering, at sagens kerne er, hvorvidt Energi Nord Forsyning A/S har udvekslet ydelser på markedsvil-kår, jf. EfL § 46, stk. 4. Energi Nord Handel A/S er ikke underlagt Energitilsynets prisregulering.

33. Endvidere fremfører Energi Nord Forsyning A/S i brev af 18. juni 2004, at da virksomhedens salgspris er under Energitilsynets referencepris for 2002, jf. Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2000, så er det ikke relevant, hvorvidt priser og vilkår for ydelser afspejler markedsvilkår i overensstemmelse med EfL § 46, stk. 4.

34. Det er Energitilsynets vurdering, at Energitilsynets reference-pris, jf. vejledning af 27. oktober 2000, ikke er et absolut prisgod-

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 6 af 60

kendelseskriterium. Det fremgår fx såvel af pkt. 31-33, 45 og 88 i vejledningen og af EfL § 72, stk. 1, at Energitilsynet i forbindelse med sin prisgodkendelse/efterregulering anlægger en konkret vurdering af virksomhedens effektivitet. Af pkt. 88 i vejledningen står videre, at vejledningen alene er Energitilsynets udgangspunkt for prisreguleringen.

35. Energi Nord Forsyning A/S skal overholde EfL § 46, stk. 4, ligesom alle andre kollektive elforsyningsvirksomheder, uanset om virksomhedens salgspris er under Energitilsynets referencepris eller ej.

36. Dette følger også af, at det fremgår af EfL § 69, når denne bestemmelse sammenholdes med EfL § 71, at kun nødvendige omkostninger kan indregnes i salgspriserne. Og en meromkostning/pris, der ikke afspejler markedsvilkår, jf. EfL § 46, stk. 4, kan ikke med rimelighed anses som en nødvendig omkostning, der kan indregnes i virksomhedens salgspriser.

Begrundelse

Lovgrundlag

37. I elforsyningslovens § 46, stk. 4 står, at "aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår". Det fremgår af bestemmelsens bemærkninger, at den har til formål at hindre omgåelse af lovens øvrige bestemmelser. Og "navnlig hindre, at de kollektive elforsyningsvirksomheder ved at købe for dyrt eller ved at sælge for billigt overfører midler imellem koncernforbundne virksomheder, hvilket vil stride mod lovens intentioner".

38. Elforsyningslovens udgangspunkt er, at kollektive elforsyningsvirksomheder kan indregne alle nødvendige omkostninger i virksomhedernes salgspriser, jf. elforsyningslovens § 69.

39. Videre fremgår det af elforsyningslovens § 72, stk. 1, at de forsyningspligtige virksomheder kan indregne et overskud, som er rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger.

40. Det vurderes, at elforsyningslovens § 46, stk. 4 skal forstås sådan, at virksomhederne kun kan indregne omkostninger i salgspriserne, i det omfang, at omkostningerne afspejler markedsvilkår. Dette sikrer, at virksomhederne ikke kan omgå lovens intentioner og derved indirekte for koncernen som helhed, opnå et overskud, som er urimeligt højt, hvilket er i strid med elforsyningslovens § 72.

41. Det fremgår tillige af bemærkningerne til elforsyningslovens § 72, stk. 1, at "det forudsættes at virksomheden agerer effektivt ved køb af elektricitet, og at den herunder afsøger mulighederne for lang- og kortsigtede aftaler". Endvidere henviser bestemmelsen til de almindelige bemærkninger pkt. i), hvor det står, at overskuddet vil afhænge af virksomhedens effektivitet "sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet. Formålet hermed er at tvinge fortjenesten ned, hvis

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 7 af 60

virksomheden opkræver for høje priser og således beskytte forbrugerne mod, at virksomheden gennem sin indkøbspolitik fører værdier over i andre selskaber, fx et elhandelsselskab eller elproduktionsselskab under samme ejer”.

42. Det vurderes således, at virksomhederne med jævne mellemrum skal afsøge markedet for alternative leverandører af ydelser og bl.a. derved befordre, at prisen for koncerninterne ydelser til stadighed afspejler markedsvilkår. At afsøge markedet for alternative leverandører af væsentlige ydelser bør således, alt andet lige, være et væsentligt element i forståelsen af effektivitet.

43. Elforsyningsloven må således ses som udtryk for, at særligt kollektivt regulerede selskaber bør udvise omhu for, at priser for ydelser, der udveksles med koncernforbundne kommercielle virksomheder, afspejler markedsvilkår. Sådanne virksomheder varetager en særlig samfundsopgave over for forbrugere, der enten ikke kan vælge anden leverandør, eller som ikke har et økonomisk incitament af betydning til at vælge anden leverandør. Det bemærkes, at elkunder med et årsforbrug under 1 GWh/år ikke havde direkte markedsadgang i 2002.

44. Hvis virksomhederne gennem samhandel med koncernforbundne virksomheder kan overføre økonomiske midler udover, hvad almindelige markedsvilkår tilsiger, synes Energitilsynets prisregulering af branchen ikke at være udtryk for en effektiv regulering, og følgerne kan blive stigende forbrugerpriser. Derfor synes aftaler i strid med elforsyningslovens § 46, stk. 4, at høre til de mere væsentlige overtrædelser af elforsyningsloven.

Energi Nord Forsyning A/S’ samhandel med Energi Nord Handel A/S

45. Det fremgår af Energi Nord Forsyning A/S’ brev af 9. marts 2004, at virksomheden dels vedgår sig, at der blot er sket en gennemfakturering gennem Energi Nord Handel A/S og dels, at Energi Nord Forsyning A/S ikke har afsøgt markedet for alternative elleverandører.

46. Det synes ikke at fremgå af aftaler anmeldt til Energitilsynet, at Energi Nord Handel A/S bidrager til ydelsens værdikæde/merværdi i et omfang, der berettiger til en fortjeneste på XX mio. DKK, og det fremgår ikke af aftalerne, at de XX mio. DKK er udtryk for en omkostning for en leveret ydelse udover selve elindkøbet.

47. I Energitilsynets vurdering af, om fortjenesten på XX mio. DKK afspejler markedsvilkår, lægges der vægt på, at der fx ikke kan siges at foreligge en funktions- og risikoanalyse eller en velbeskrevet ydelsesbeskrivelse med angivelse af pris, der med rimelighed kan begrunde en sådan fortjeneste til Energi Nord Handel A/S.

48. Det vurderes på det foreliggende grundlag, at Energi Nord Handel A/S i form og indhold reelt optræder som mellemhandlerselskab. Energi Nord Handel A/S synes ikke at aflaste Energi Nord Forsyning A/S for en risiko, og videre synes Energi Nord

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 8 af 60

Handel A/S ikke at bibringe transaktionen en merværdi af betydning. Lignende principper anvendes i OECD guidelines for Transfer Pricing og Told- og Skats dokumentationskrav vedr. skattekontrollovens § 3 B, stk. 4.

49. Af Told & Skats rapport "Transfer Pricing; Dokumentationspligt", der er offentliggjort på www.toldskat.dk, står bl.a. at "ved transaktioner mellem uafhængige parter vil fordelingen af indtjeningen normalt afspejle de funktioner, som parterne udøver, ligesom de anvendte aktiver og formodede risici tages i betragtning. Jo flere og mere værdiskabende funktioner, desto højere afkast. Tilsvarende skal virksomheden kompenseres på en måde, som afspejler risikofordelingen mellem parterne".

50. På den baggrund vurderes det ikke, at Energi Nord Handel A/S er berettiget til en fortjeneste. Det vurderes, at Energi Nord Forsyning A/S lige såvel selv direkte kunne indkøbe de pågældende ydelser fra Energi Danmark Disam A/S eller anden uafhængig elleverandør. I lyset af den tilsyneladende høje fortjeneste til Energi Nord Handel A/S, synes det i den sammenhæng at være kritisabelt, at Energi Nord Forsyning A/S ikke har afsøgt markedet for alternative leverandører og herigennem søgt at nedbringe prisen.

51. Energitilsynets prisregulering af forsyningspligtige virksomheder for 2002 betyder, at Energitilsynet er i besiddelse af en el-handelskontrakt mellem Energi Nord Handel A/S og et anonymt og uafhængigt forsyningspligtselskab. Energitilsynet har foretaget nedenstående pris- og omkostningskalkule af denne el-handelskontrakt indgået mellem uafhængige parter.

Det uafhængige forsyningspligtselskab køber den 15. november 2001 kl. 16.00 el inklusiv balancehåndtering fra Energi Nord Handel A/S til levering i perioden 1. januar 2002 til og med den 31. december 2002. Prisen er XX DKK/MWh. Leverancen dækker forsyningspligtselskabets forbrug time for time og omfatter ikke krav om garantistillelse m.m.

Kostprisen for en sådan elleverance er med udgangspunkt i Nord Pools slutpriser den 15. november 2001:

Grundlastleverance i system for 2002 (FWYR02).....161,50 NOK/MWh

Prisområdeforskel (CfD SYARHFWYR02).....7,75 NOK/MWh

Profilomkostning (jf. prisreference for 2002).....XX DKK/MWh

Balanceomkostning (jf. Energi Nord Forsyning).....XX DKK/MWh

I alt (ved terminspris for NOK/DKK: 0,9265).....XX DKK/MWh

Det fremgår således, at Energi Nord Handel A/S umiddelbart har solgt el med et tab på ca. XX DKK/MWh til et uafhængigt forsyningspligtigt selskab.

Anmærkninger: Det bemærkes, at profil- og balanceomkostningen kan afvige fra selskab til selskab. Videre tager kalkulen udgangspunkt i Nord Pools lukkepriser og ikke priser for det eksakte handelstidspunkt. Nord Pools priser har dog været rimelig konstante den 15. november 2001 og i dagene omkring denne dato.

28. marts 2006

[J.nr.: 11-237](#)

[Eksp.nr.: 25393](#)

TFR-EKN

Side 9 af [60](#)

52. Kalkulen viser, at Energi Nord Handel A/S har solgt en sammenlignelig ydelse til en uafhængig part med tab uden, at kunden har skullet stille garanti overfor Energi Nord Handel A/S. Omvendt har Energi Nord Handel A/S solgt en tilsvarende ydelse til det koncernforbundne Energi Nord Forsyning A/S med en fortjeneste på XX mio. DKK, og virksomheden fremfører, at fortjenesten bl.a. dækker over en garantistillelse, der ikke fremgår af aftaleforholdet.

53. Kalkulen sandsynliggør imidlertid også, at såfremt Energi Nord Forsyning A/S havde udvist effektivitet/god forretningsskik og afsøgt markedet for alternative elleverandører, da havde virksomheden muligvis kunnet opnå mere fordelagtige vilkår i forhold til de indgåede elkontrakter.

54. At Energi Nord Handel A/S' avance på elhandel med Energi Nord Forsyning A/S er afgørende forskellig fra virksomhedens avance på egne øvrige elkunder fremgår tillige af Energi Nord Handel A/S interne regnskab for 2002. Det fremgår heraf, at Energi Nord Handel A/S ikke har en avance af betydning overfor egne øvrige elkunder, idet denne avance kun andrager XX t.dkk. Men på den koncerninterne elhandel med Energi Nord Forsyning A/S oppebærer Energi Nord Handel A/S en fortjeneste på XX mio. DKK.

55. I lyset af den tilsyneladende høje fortjeneste på XX mio. DKK for en ydelse, der ikke fremgår af aftalerne, er det kritisabelt, at Energi Nord Forsyning A/S tillige ikke har afsøgt markedet for alternative elleverandører. Dette er ikke udtryk for omkostningseffektivitet, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1.

56. Det synes videre kritisabelt og ikke i overensstemmelse med god effektivitet/god forretningsskik, jf. også notatets pkt. 7, at der i gennemsnit går 60 dage fra, at Energi Nord Handel A/S har indkøbt el til Energi Nord Forsyning A/S førend, at Energi Nord Forsyning A/S indgår skriftlige elindkøbskontrakter om disse ydelser.

57. Det synes særligt at være relevant at få indgået skriftlige elhandelsaftaler, når såvel Energi Nord Handel A/S som Energi Danmark Disam A/S dels udøver elsalg i konkurrence med Energi Nord Forsyning A/S, og når *"transaktions-/forvaltningsomkostningerne for hele 2002 har været ukendte mellem Energi Danmark Disam A/S og Energi Nord Handel A/S"*, og når det videre fremgår, at *"der ikke forelå en klar rollefordeling mellem Energi Nord Forsyning A/S, Energi Nord Handel A/S og Energi Danmark Disam A/S"*.

58. Særligt i sådanne situationer må det anses for risikabelt og kritisabelt, at der ikke straks udfærdiges skriftlige og fyldestgørende aftaler, idet en evt. afklaring af den selskabsmæssige situation til ulempe for Energi Nord Forsyning A/S kan afstedkomme u hensigtsmæssigheder, der bør være afklaret ex ante i et skriftligt aftaleforhold.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 10 af 60

59. Endvidere bør Energi Nord Forsyning A/S som professionel aktør være sig bevidst omkring elforsyningslovens fokus på, at aftaleforhold skal indgås på markedsvilkår. Disse forhold er ikke mindre relevante, når aftaler indgås med koncernforbundne virksomheder, jf. Efl § 46, stk. 4.

60. Det synes videre ikke urimeligt at antage, at kollektivt regulerede elforsyningsvirksomheder i særdeleshed skal udvise omhu for, at aftaler indgås skriftligt og fyldestgørende, således at Energitilsynet har adgang til et fyldestgørende dokumentationsgrundlag for sin tilsynsvirksomhed.

61. Tages der hensyn til, at værdien af de pågældende elindkøbsaftaler andrager 127,2 mio. DKK, samt det forhold, at værdien af aftalerne primært afhænger af den øjeblikkelige børspris for el på Nord Pool samt af valutakursen for NOK/DKK, bør det ikke forekomme mellem uafhængige aktører og dermed heller ikke mellem afhængige aktører, at aftaler ikke indgås skriftligt indenfor relativ kort tid efter aftalens evt. mundtlige indgåelse.

62. Energi Nord Forsyning A/S synes således ikke at have overholdt den kutyme for god effektivitet/forretningsskik, jf. også notatets pkt. 7, der med rimelighed må antages at gøre sig gældende på et råvare- og børsmarked. Der kan i den sammenhæng henvises til de anvendte procedurer på elbørsen Nord Pool, hvor elhandler bekræftes skriftligt inden for samme handelsdag, samt EFETs (European Federation of Energy Traders) generelle retningslinier for levering og accept af elhandler (General Agreement Concerning the Delivery and Acceptance of Electricity, jf. www.efet.org), der foreskriver, at aftaleparter altid kan kræve, at elhandler indgås skriftligt.

63. At Energi Nord Forsyning A/S umiddelbart ikke gør indsigelse over for Energi Nord Handel A/S, når sidstnævnte part mener sig berettiget til betaling for dennes anfordringsgaranti over for Energi Danmark Disam A/S, jf. brev af 9. marts 2004, synes ikke at være udtryk for en uafhængig handling. Uafhængigheden mellem Energi Nord Forsyning A/S og Energi Nord Handel A/S fremmes tillige ikke af, at selskabernes personsammenfald i bestyrelse og direktion er identisk, selvom at den gældende elforsyningslov i 2002 ikke forbyder et sådan personsammenfald.

64. Det må med rimelighed formodes, at såfremt aftalen var indgået mellem uafhængige parter, og at en sådan betaling for en anfordringsgaranti ikke er hjemlet i aftalegrundlaget, at Energi Nord Forsyning A/S straks ville have gjort indsigelse imod Energi Nord Handel A/S' krav om garantibetaling.

65. Havde Energi Nord Forsyning A/S eksempelvis afsøgt markedet for alternative elleverandører, synes det ikke urimeligt at antage, at hvorvidt en given elleverandør på kontraktindgåelsestidspunktet ville kræve en garantistillelse eller ej fra kunden, at det så ville kunne få betydning for Energi Nord Forsyning A/S' valg af elleverandør.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 11 af 60

66. Når der ikke er fremlagt dokumentation for, at Energi Nord Forsyning A/S skal afholde udgifter til en anfordringsgaranti følger det tillige heraf, at Energi Nord Forsyning A/S ikke kan pålægges at skulle betale for en sådan.

67. Notatets forhold vil videre indgå i Energitilsynets effektivitetsvurdering og prisregulering af Energi Nord Forsyning A/S, jf. elforsyningslovens § 72.

68. På baggrund af ovenstående vurderes det,

- **at** Energi Nord Forsyning A/S ikke har udvist effektivitet, herunder god forretningsskik, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1.
- **at** Energitilsynets eventuelle prisgodkendelse af virksomhedens salgspriser for 2002 ledsages af det vilkår, at Energi Nord Forsyning A/S som kollektiv elforsyningsvirksomhed fremover straks skal udarbejde fyldestgørende skriftlige aftaler med eksakt angivelse af pris og en dækkende ydelsesbeskrivelse inden aftalernes ikrafttræden, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2.
- **at** disse aftaler straks skal anmeldes til Energitilsynet, jf. elforsyningslovens § 76.
- **at** Energitilsynets eventuelle prisgodkendelse af virksomhedens salgspriser for 2002 ledsages af det vilkår, at Energi Nord Forsyning A/S som kollektiv elforsyningsvirksomhed på fyldestgørende og objektiv vis skal afsøge markedet for alternative leverandører af ydelser af væsentligt omfang, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2.
- **at** Energi Nord Forsyning A/S ikke har udvekslet el og balanceenergi på markedsvilkår, jf. elforsyningslovens § 46, stk. 4.
- **at** Energi Nord Forsyning A/S' salgspriser til forsyningspligt kunderne i 2003-2004 som følge heraf skal nedsættes med XX mio. DKK, jf. elforsyningslovens § 77, stk. 4.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 12 af 60

Klagen til Energiklagenævnet

Advokat Anders Stubbe Arndal fremsendte på vegne af Dansk Energi, som mandatar for Energi Nord Forsyning A/S, endeligt klageskrift af 8. december 2004, hvorfra citeres:

”[...]

For Energiklagenævnet nedlægges følgende

PÅSTANDE:

Principalt: Energi Nord Forsyning A/S' priser for 2002 godkendes.

Subsidiært: Energitilsynets afgørelse af 6. oktober 2004 ophæves og hjemvises til fornyet behandling.

SAGSFREMSTILLING:

Sagen udspringer af Energitilsynets gennemgang i 2003/2004 af de forsyningspligtige elvirksomheders priser og overskud for

2002. Energi Nord Forsyning A/S ("Energi Nord Forsyning") er en af flere forsyningspligtige virksomheder, der som en følge af gennemgangen er blevet påbudt en prisregulering af salgspriserne til forsyningspligt-kunderne i 2003/2004.

Energitilsynet har bl.a. hjemmel til at vurdere en forsyningspligtig virksomheds prisfastsættelse i elforsyningslovens § 72, jf. lov nr. 375 af 2. juni 1999, der foreskriver, at virksomheden i prisen kan indkalkulere et overskud, som er rimeligt i forhold til omsættin-gens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger.

Af loven og forarbejderne fremgår således, at de forsyningspligtige virksomheder er pålagt en prisregulering, der har som formål at sikre rimelige elpriser til forbrugerne, og rimelige overskud til de forsyningspligtige virksomheder. Denne rimelighedsstandard skal vurderes på baggrund af de forsyningspligtige virksomheders ef-fektivitet, herunder deres effektive ageren på markedet. Begre-berne "rimelighed" og "effektivitet" er ikke entydige i den juridiske terminologi og kan således ikke tillægges et tilnærmelsesvist fast begrebsindhold. Og slet ikke i forhold til noget så komplekst, som ved fastlæggelsen af elpriser og overskudsgrader.

I forvaltningsretten karakteriseres bestemmelser, hvori ord som "rimelig" er den sproglige beskrivelse af det faktum, der skal være til stede, for at retsfølgen kan indtræde (retsfaktum), som vage og elastiske lovbestemmelser. I det omfang sådanne bestemmelser lægges til grund for en konkret forvaltningsakt, skal forvaltningen udøve et skøn. Det forvaltningsretlige skøn indebærer en fastlæg-gelse og afgrænsning af de lovlige kriterier, der kan indgå i skønsudøvelsen, og en afvejning af de derved definerede kriterier. Ved fastlæggelsen af kredsen af lovlige kriterier udfyldes og sup-pleres lovbestemmelsens retsfaktum. Man søger derved sprogligt at beskrive de momenter, der i bestemmelsens kontekst sam-menhængende danner vurderingsgrundlaget "rimelighed".

Med henblik på at operationalisere en vag og elastisk lovbestem-melse, kan forvaltningen formulere interne regler, der angiver den skønsudøvende myndigheds opfattelse af, hvilke kriterier, der supplerer det i bestemmelsen angivne retsfaktum:

"Den vigtigste grund er nok behovet for forudseelighed. Jo præcisere en regel er, og jo bedre den kan kommunikeres til den kreds, den angår, jo lettere er det for de retsundergivne at indrette sig efter reglen, og jo lettere er den - alt andet lige - at anvende for forvaltningen", jf. Bent Christensen, Forvalt-ningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, 2. udgave, s. 172.

Forvaltningens anvendelse af interne regler er derfor både be-grundet i systemhensyn, herunder hensynet til administrativ konvensiens, og i retssikkerhedshensyn, herunder lighedsbetragt-ninger. Interne regler kan blandt andet gå ud på at begrænse af-vejningen, således at afvejningen først begynder, hvis fakta sva-rende til et eller flere kriterier er til stede. De interne regler kan

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 13 af 60

også gå ud på at tillægge et bestemt kriterium, eller flere i for-
ening, en bestemt prioritet under afvejningen.

I det omfang forvaltningen over for den, der skal være genstand
for forvaltningens myndighedsudøvelse, vælger at kommunikere
vurderingsgrundlaget ved afgørelser i henhold til en vag og ela-
stisk lovbestemmelse i vejledningsform, er benævnelsen "vejled-
ning", dvs. den formelle ramme, ikke tilstrækkelig til, at forvalt-
ningen kan agere helt ubundet af det i vejledningen angivne. Af-
gørende må være det materielle indhold af vejledningen. I jo høje-
re grad suppleringen af retsfaktum er præcist og detaljeret be-
skrevet, jo flere eksemplificerende forhåndsgodkendte "normal-
scenarier", der opstilles, og jo mere et teknisk kompliceret område
den vedrører, i jo højere grad bør den retsundergivne kunne ind-
rette sig i tillid til vejledningen, og jo mere normerende for skøns-
udøvelsen må den være. Dette indebærer ikke, at vejledningen
derved bliver "absolut", eller at et givent resultat "automatisk" føl-
ger af det i vejledningen angivne. Men, i takt med, at det regelsys-
tem forvaltningen opstiller, bliver mere og mere finmasket, må
retssikkerhedshensyn veje tungere, og rummet til vilkårlig ind-
dragelse af supplerende kriterier må tilsvarende indsnævres.

Inden for socialretten er ovennævnte betragtning særlig udtalt:

*"I forhold til lov- og bekendtgørelsesteksterne er vejledningerne
ofte meget ordrige. Dagtilbudsvejledningen fylder således over
100 sider. Disse vejledninger danner ofte tyngdepunktet i den
kommunale administration. Man kan næsten tale om et om-
vendt retskildeprincip", jf. Kirsten Ketcher, Socialret, Almin-
delige principper - Retssikkerhed og administration, 1. ud-
gave, s. 134.*

En vejledning er normerende for forvaltningens virksomhed, og en
forvaltningsmyndighed kan således ikke vilkårligt uden forudgå-
ende tilkendegivelse herom - eventuelt ved ændring af vejled-
ningen - fravige væsentligt fra det i vejledningen angivne, jf. Hen-
rik Zahle, Dansk forfatningsret 1, Institutioner og regulering, 3.
udgave, s. 411:

*"Hvis en vejledning ikke fortsat ønskes anvendt som norm for
administrativ virksomhed, skal og kan den ophæves. Den bort-
falder ikke af sig selv som forældet".*

Ved vejledning af 27. oktober 2000 ("Vejledningen"), [...], har
Energitilsynet redegjort for sin opfattelse af rækkevidden af elfor-
syningslovens § 72 og den praksis, virksomhederne kan forvente
vil blive fulgt.

Vejledningens primære fokus er på omkostningseffektivitet samt
opnåelse af lave og rimelige forbrugerpriser, hvilket ses udmøntet
i den i Vejledningen introducerede referencepris, der udregnes
som udgifter til elindkøb tillagt 20 DKK/MWh til dækning af øvri-
ge omkostninger og 5 DKK/MWh til avance. Referencens elind-
købsomkostning fastsættes i henhold til Vejledningen ved et mo-
delleret indkøb, hvor 50 % købes på spotprisivilkår og 50 % på
fastprisivilkår svarende til prisen for terminskontrakter med leve-

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 14 af 60

ring i det relevante reguleringsår købt i november og december måned før det relevante reguleringsår.

[...]

I overensstemmelse [med vejledningens pkt. 82 og 88] er det i pkt. 31 i Energitilsynets afgørelse af 20. januar 2003 (KE Kunde) anført: "Indtil vejledningen udløber, vurderer Energitilsynet, at man må acceptere, at selskaber med priser under referenceprisen i 2001 vil have et krav på et reguleringsmæssigt tilgodehavende". Og videre fremgår det af pkt. 33: "Ved at købe modelporteføljen er selskabet sikker på ikke at blive efterreguleret".

Vejledningen er med virkning for reguleringsåret 2004 erstattet af vejledning af 28. april 2003 ("2003 vejledningen").

Den 27. januar 2004 blev et af Energitilsynet udarbejdet notat ("Notatet"), [...], om efterregulering af de forsyningspligtige selskaber for 2002 af Energitilsynet sendt i høring hos Dansk Energi.

De ved Notatet foreslåede principper for prisregulering brød afgørende med Vejledningen og Energitilsynets praksis i forbindelse med efterreguleringen for 2001, idet avancen ikke længere fandtes at skulle bedømmes udfra den fastsatte referencepris. Hvor de forsyningspligtige virksomheder, i overensstemmelse med Vejledningen, i 2001 således havde kunnet indregne den fulde forskel mellem virksomhedens salgsindtægter og omkostninger, når blot virksomheden var effektiv, var forslaget nu, at overskuddet under ingen omstændigheder måtte overstige 5 DKK/MWh.

Ved brev af 4. februar 2004 anførte Dansk Energi heroverfor, at efterregulering på grundlag af notatet ville indebære en generel og ikke uvæsentlig praksisændring i forhold til Vejledningen og Energitilsynets regulering af 2001-priserne, som baseredes på netop Vejledningen, og at en sådan praksisændring, i overensstemmelse med almindelige forvaltningsretlige principper, alene ville kunne gennemføres under behørig hensyntagen til de forventninger, den hidtidige praksis kan have fremkaldt hos borgerne. Således anføres af Jens Garde m.fl. i "Forvaltningsret - almindelige emner", 3. udgave, s. 107 samt s. 121:

"Det forekommer derfor nærliggende, at domstolene kan tage stilling til, om reglerne er fulgt, og hvilke konsekvenser det kan få, hvis de ikke er det. Forudsætningen for, at interne regler kan indgå i bedømmelsesgrundlaget for forvaltningsakter er naturligvis, at de ikke er i strid med overordnede regler i lov, anordninger og almindelige retsgrundsætninger[...]"

Man må dog være opmærksom på, at interne regler ofte ikke foreligger i en så gennearbejdet form som anordninger, ligesom de ofte ikke fastlægger rammer for et skøn på en udtømmende måde, eller det kan være forudsat, at de skal fraviges i særlige tilfælde. Det kan derfor være nærliggende, at der ved fortolkningen lægges større vægt på forvaltningens forståelse af reglerne end ved love og anordninger. Omvendt kan den omstændighed, at interne regler i stigende omfang offent-

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 15 af 60

liggøres, medføre, at der ved fortolkningen må tages hensyn til berettigede forventninger om, at reglerne følges, indtil en ændring af reglerne evt. offentliggøres eller varsles.

Synspunktet kommer klart frem i den tidligere omtalte ØLD 113 1994, TfS 1994, s. 579, hvor landsretten udtaler, at de offentliggjorte ligningsvejledninger må antages at være udtryk for den praksis, som ligningsmyndighederne følger, og som skatteborgerne derfor som udgangspunkt bør kunne indrette sig i tillid til som værende udtryk for gældende ret på området."

I overensstemmelse hermed anføres i Gammeltoft-Hansen m.fl.: "Forvaltningsret", 2. udgave, s. 360:

"Forvaltningen har ret til selv at opstille prioriteringsregler blot de holder sig inden for den ramme som følger af lovgivningen og af ulovbestemte retsprincipper for prioritering. Sådanne (interne) prioriteringsregler findes i meget stort tal [...]. Opstillingen af prioriteringsregler vil i praksis have en vis normerende virkning idet det vil stride mod lighedsbetragtninger at fravige reglen i enkeltstående tilfælde medmindre der gør sig særlige forhold gældende der taler for en sådan fravigelse. Dette hindrer dog ikke at en prioriteringsregel ændres med virkning for fremtiden, forudsat at ændringen er sagligt begrundet og gennemføres under behørig hensyntagen til de forventninger reglens eksistens kan have fremkaldt hos borgerne, jf. UfR 1963. 679 Ø og UfR 1996. 583 Ø."

Videre bemærkede Dansk Energi, at alene den tidsmæssige faktor taget i betragtning, fandtes en efterregulering for 2002 på grundlag af de i notatet indeholdte væsentligt ændrede principper at være vanskeligt forenelige med god forvaltningsskik.

Dansk Energi modtog herpå den 9. februar 2004 mundtlig meddelelse fra Energitilsynet om, at sagen havde været forelagt Kammeradvokaten til fornyet overvejelse, og at Dansk Energi kunne betragte notatet som trukket tilbage.

På et møde den 23. februar 2004 traf Energitilsynet imidlertid på ny afgørelse om reguleringen af de forsyningspligtige selskaber for 2002. Ved afgørelsen er et rimeligt overskud for de forsyningspligtige virksomheder før skat i 2002, samlet set, i udgangspunktet fastsat til ikke over 3 DKK/MWh, svarende til i gennemsnit 8,70 % i forrentning af egenkapitalen primo reguleringsåret, jf. afgørelsens pkt. 11 og 44. Afgørelsen er forløberen for en lang række efterfølgende konkrete afgørelser, der samlet set kun kan tages som udtryk for, at Energitilsynet netop har foretaget en generel praksisændring, der reelt er udtryk for en generel fravigelse af og ændring til Vejledningen, som virksomhederne ellers har disponeret i tillid til ville være gældende også for 2002. Afgørelsen rettet mod Energi Nord Forsyning, [...], er endnu et konkret eksempel herpå.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 16 af 60

Energi Nord Forsyning havde i 2002 en afregningspris, der lå under Vejledningens referencepris, og realiserede for året som helhed en indkøbspris, der lå under spotprisen.

I denne sag ændrer Energitilsynet med tilbagevirkende kraft praksis i forhold til retningslinierne i den gældende Vejledning og den praksis, der forelå på grundlag heraf på en for virksomhederne uforudsigelig måde.

Sagen vedrører således spørgsmålet om, hvorvidt Energitilsynet i administrationen af elforsyningslovens § 72 kan træffe afgørelser uafhængigt af det i en af Tilsynet selv udarbejdet materielt detaljeret Vejledning om elforsyningslovens § 72 rettet mod de forsyningspligtige elvirksomheder, herunder gennemføre en ændring og ændret vægtning af de i Vejledningen beskrevne relevante kriterier, uden forinden at tilkendegive og vejlede de forsyningspligtige elvirksomheder om ændringen.

Afgørelsen angiver alene elforsyningslovens § 46, stk. 4, som hjemmel for den påbudte prisregulering. Derudover bemærker Afgørelsen, at de til grund for afgørelsen liggende forhold efterfølgende vil indgå i vurderingsgrundlaget for Energitilsynets prisregulering efter elforsyningslovens § 72. Formelt fremstår Afgørelsen, og dermed spørgsmålet om aftaleindgåelse mellem koncernforbundne virksomheder, som værende grundlæggende adskilt fra spørgsmålet om prisreguleringen efter elforsyningslovens § 72 og den på grundlag heraf udarbejdede Vejledning. Vejledningen er kun nævnt i Afgørelsens pkt. 33 og 34, og er ikke i videre udstrækning inddraget i Energitilsynets fremlæggelse af sagen, herunder ved en eventuel omtale af hjemmelsgrundlaget. Ikke desto mindre er Energitilsynets administration af prisreguleringen udtryk for, at Tilsynet med tilbagevirkende kraft i realiteten inddrager kriteriet samhandel mellem koncernforbundne virksomheder i skønsudøvelsen, og oven i købet tillægger det en afgørende vægtning.

I Energitilsynets 2003 vejledning fremgår, at:

"(formålet med vejledningen er) at sikre, at aftaler som forsyningspligtselskabet indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder indgås på markedsbestemte vilkår, jf. Elforsyningslovens § 46 og kapitel 10, dvs. "arms length" i den interne fakturering", jf. pkt. 1, og

"Formålet er at undgå uhensigtsmæssig krydssubsidiering mellem koncernforbundne selskaber. Tilsynet ønsker at sikre "arms length" i den interne fakturering med koncernforbundne selskaber som fx. elhandelsselskaber. Forsyningspligtselskabet skal således når det køber og sælger produkter og ydelser af enhver art af et andet selskab (særligt koncernforbundne selskaber) sikre, at det sker til markedspriser og vilkår samt på behørig vis være i stand til at dokumentere dette overfor Tilsynet", jf. pkt. 4.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 17 af 60

2003 vejledningen har først virkning fra 1. juli 2003, og den økonomiske regulering hvad angår årene 2002 og 2003 er fortsat underlagt Vejledningen, jf. 2003 vejledningen, pkt. 7.

I Notatet fra 2004, der jo angiver Energitilsynets opfattelse af grundlaget for efterreguleringen af forsyningspligtselskaber for 2002, fremgår endnu tydeligere, at Tilsynet med dets administration af prisreguleringen har tilsigtet en praksisændring:

"Prisreguleringen for 2002 er strammet op i forhold til prisreguleringen for 2001, idet overskuddet ikke må være urimeligt højt og skal afspejle afkastet i sammenlignelige brancher med en tilsvarende risiko.

Som følge heraf er prisreguleringen for 2002 ændret og justeret på en række områder i forhold til principperne for 2001 ", jf. pkt. 2 og 3,

"I Tilsynets forståelse af effektivitet i forhold til efterreguleringen i 2001 indgår i stigende omfang en vurdering af, om virksomheden dels har udvist god forretningssskik og afsøgt markedet fyldestgørende og objektivt for alternative leverandører af ydelser af væsentligt omfang, samt dels i hvilket omfang virksomheden kan føre fyldestgørende skriftlig dokumentation herfor over for Tilsynet, herunder at dette er rettidigt anmeldt til Tilsynet. Dette synes særligt at gøre sig gældende for handler mellem interesseforbundne selskaber, jf. EfL § 46, stk. 4", jf. pkt. 40, og

"Tilsynet foretager løbende en række undersøgelser m.h.p. virksomhedernes effektivitet, herunder at disse, når de handler med interesseforbundne selskaber, indgår aftaler på markedsvilkår, jf. EfL § 46, stk. 4. Udfaldet af disse undersøgelser vil, hvis Tilsynet finder anledning hertil, kunne afstedkomme en nedsættelse af den enkelte virksomheds avance for 2002 og evt. også medføre et egentligt underskud. Dette gælder tillige, såfremt det anmeldte grundlag til brug for Tilsynets effektivitetsvurdering skulle vise sig til at være mangelfuldt eller fejlbehæftet", jf. pkt. 48.

Det er således karakteristisk, at præcis de intentioner som Energitilsynet udtrykte i Notatet, men som Tilsynet af hensyn til forbudet mod ændring af retstilstanden med tilbagevirkende kraft formelt måtte se sig nødsaget til at trække tilbage, nu med fuld styrke i realiteten bliver administreret i overensstemmelse med det i Notatet anførte.

Når Energitilsynet formelt begrundes Afgørelsen med henvisning til elforsyningslovens § 46, stk. 4, er det i realiteten udtryk for, at Tilsynet i væsentlig grad fraviger Vejledningens beskrivelse af retsfaktum og ændrer vægtningen af de i Vejledningen angivne kriterier, uden forinden at tilkendegive over for de forsyningspligtige virksomheder, at grundlaget, som de har indrettet sig i tillid til, er ændret. Dette endog med tilbagevirkende kraft.

I øvrigt fastslår elforsyningslovens § 46, stk. 4, blot det i forvejen i dansk ret gældende udgangspunkt, at handel med koncernfor-

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 18 af 60

bundne virksomheder skal ske på markedsvilkår. Men hverken af bestemmelsen selv, forarbejderne eller Energitilsynets praksis før 2003 vejledningen og Notatet, fremgår, at handel mellem koncernforbundne virksomheder præsumptivt skal vurderes som værende ikke effektive, eller at der opstilles et væsentligt anderledes dokumentationskrav end hvad der kræves i almindelige aftaler.

I det følgende skal jeg forholde mig til enkelte konkrete punkter i Energitilsynets Afgørelse. De nedenfor anførte punkter henviser til de tilsvarende punkter i Afgørelsen.

Ad 3)

Det er korrekt, at Energi Nord Forsyning har indkøbt el og balanceenergi fra Energi Nord Handel A/S ("Energi Nord Handel"), hvori Energi Nord Forsyning indirekte har en ejerandel på 32%. Det er ligeledes korrekt, at Energi Nord Handel har indkøbt el og balanceenergi fra Energi Danmark DISAM A/S ("Energi Danmark DISAM"), hvori Energi Nord Handel har en ejerandel på 18,02%. Det er derimod ikke korrekt, at Energi Nord Handel ikke har tilført transaktionen værdi.

I hele 2002 stillede Energi Nord Handel således en garanti over for Energi Danmark DISAM for de indkøb, der er foretaget med henblik på videresalg til Energi Nord Forsyning. Derudover varetog Energi Nord Handel for Energi Nord Forsyning opgaver i relation til kundebetjening, afregning og måledatahåndtering. Vederlaget for disse ydelser blev beregnet på en for markedet gennemsigtig måde, som et tillæg til kWh-leverancen. Energi Nord Handel er derfor på ingen måde blot et "mellemhandlerselskab", som påstået i Afgørelsens pkt. 15 og 48, og der er ikke blot sket en "gennemfakturering", som påstået i Afgørelsens pkt. 45.

Samtidig skal det erindres, at udover at opnå rationaliseringsgevinster gennem effektiviseringer og synergier, er formålet med de forbrugerejede HEF Himmerlands Elforsyning A.m.b.A., ENV A.m.b.A. og ESV A.m.b.A.'s etablering af Energi Nord Handel at samles om et større indkøbsvolumen til at sikre bedre forhandlingspositioner, og dermed ultimativt lavere priser til forbrugerne. Og som forudsat i Vejledningen, skal denne lavere elektricitetspris lægges til grund ved en vurdering og helhedsbetragtning af forsyningspligtselskabernes levering af elektricitet til forbrugerne på rimelige vilkår til konkurrencedygtige priser.

Der gælder ingen formodning for, at samhandel mellem koncernforbundne selskaber per definition ikke afspejler markedsvilkår. I det omfang, at Energitilsynet skal træffe en afgørelse baseret på energiforsyningslovens § 46, stk. 4, må Tilsynet derfor supplere lovens beskrivelse af retsfaktum: "markedsvilkår". Fastlæggelsen af kredsen af lovlige kriterier er ikke retligt ubundet, og må nødvendigvis tage udgangspunkt i energiforsyningslovens øvrige referenceramme. Dette bekræftes især af den i Afgørelsens pkt. 9 og 68 nævnte § 77, stk. 4 i energiforsyningsloven:

"Energitilsynet kan træffe bestemmelse om, at en kollektiv elforsyningsvirksomhed skal ændre forbrugerpriserne, hvis

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 19 af 60

virksomheden har foretaget en disposition, der ikke kan anses for rimelig for forbrugerne [min fremhævnning] [...]".

Energitilsynet angiver i Vejledningen detaljeret, hvad der skal forstås ved rimelig og effektiv. Ikke desto mindre fraviger Tilsynet fundamentalt de i Vejledningen angivne kriterier, og inddrager i stedet helt nye kriterier som eksempelvis OECD guidelines for Transfer Pricing, Told- og Skattestyrelsens dokumentationskrav vedrørende skattekontrollovens § 3 B, stk. 4, og Told & Skats rapport "Transfer Pricing; Dokumentationspligt", jf. Afgørelsens pkt. 48 og 49. Det er ikke Energitilsynets opgave at anvende kriterier, der tjener realiseringen af formål, der forfølges af en anden forvaltningsmyndighed (skattemyndighederne), jf. Jon Andersen, Forvaltningsret. Sagsbehandling. Hjemmel. Prøvelse, 5. udgave, s. 95. Det forekommer derfor åbenlyst, at Energitilsynet krænker det organisatoriske specialitetsprincip, og derved inddrager ulovlige kriterier i Afgørelsen, jf. også pkt. 50: *"På den baggrund [min fremhævnning] vurderes det ikke, at Energi Nord Handel A/S er berettiget til en fortjeneste"*.

Ad 7)

Energitilsynet nævner i flere punkter det at kunne dokumentere at have afsøgt markedet for alternative leverandører, som væren- de en betingelse for at have udvist effektivt, se eksempelvis pkt. 42. I pkt. 7 omtales forholdet i relation til elforsyningslovens § 72. Tilsynet henviser eller omtaler ikke Vejledningen, der ellers på de- taljeret vis angiver Tilsynets opfattelse af supplerende kriterier i forståelsen af effektivitet på tidspunktet for de omtalte transakti- oners foretagelse.

Ved ikke at inddrage de i Vejledningen omtalte kriterier krænker Energitilsynet det forvaltningsretlige krav om, at en begrundelse skal være objektiv rigtig: en begrundelse skal angive de lovregler, hovedhensyn og fakta, som efter gældende ret skal lægges til grund for afgørelsen, jf. Carl Aage Nørgaard og Jens Garde, For- valtningsret. Sagsbehandling, 4. udgave, s. 258.

En vejledning er normerende for forvaltningens virksomhed, og en forvaltningsmyndighed kan ikke vilkårligt uden forudgående til- kendegivelse herom - eventuelt ved ændring af vejledningen - fra- vige væsentligt fra det i vejledningen angivne. Alligevel anvender Energitilsynet kravet om dokumentation for at have afsøgt mar- kedet for alternative leverandører, som et nyt kriterium, og ind- drager på ingen måde de i Vejledningen omtalte kriterier. Dette er i fuld overensstemmelse med henholdsvis den senere gældende 2003 vejledning og Notatet, men Energitilsynet har ikke på tids- punktet for transaktionernes foretagelse tilkendegivet denne æn- dring af Vejledningen over for de forsyningspligtige virksomheder. Idet Energitilsynet har den holdning, at dokumentationskravet er skærpet i forhold til, hvad almindelig ageren på markedet måtte tilsige, jf. pkt. 60, er den særlige vægtning af dokumentationskra- vet således udtryk for en praksisændring med tilbagevirkende kraft.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 20 af 60

Ikke desto mindre er selve etableringen af Energi Nord Forsyning og Energi Nord Handel et klart udtryk for en effektiv ageren på markedet, jf. hele formålet med de forbrugerejede HEF Himmerlands Elforsyning A.m.b.A., ENV A.m.b.A. og ESV A.m.b.a.'s ønske om at sikre en stærkere forhandlingsposition på markedet.

Ad 13)

Energitilsynet bemærker, at det ikke på nogen måde strider mod elforsyningsloven, at der er overensstemmelse mellem en enkelt person i de involverede selskabers direktion og bestyrelse. Alligevel inddrager Energitilsynet personsammenfaldet i Afgørelsen. Dette kunne tyde på, at Tilsynet har ladet sig påvirke af det ellers lovlige personsammenfald, og derved inddraget et ulovligt kriterium i skønsudøvelsen, jf. også pkt. 63. Dette indebærer, at begrundelsen er subjektiv urigtig, idet andre hovedhensyn og faktiske omstændigheder, end hvad fremgår af begrundelsen, har været tillagt betydning ved Afgørelsen, jf. Carl Aage Nørgaard og Jens Garde, Forvaltningsret. Sagsbehandling, 4. udgave, s. 257.

ANBRINGENDER:

Til støtte for de for Energiklagenævnet nedlagte påstande, gøres det gældende:

- at en vejledning er normerende for den udstedende forvaltningsmyndigheds virksomhed, og en forvaltningsmyndighed kan ikke uden forudgående tilkendegivelse herom - eventuelt ved ændring af vejledningen - fravige væsentligt fra det i vejledningen angivne;
- at i jo højere grad suppleringen af retsfaktum er præcist og detaljeret beskrevet, jo flere eksemplificerende forhåndsgodkendte "normalscenarier", der opstilles, og jo mere teknisk kompliceret område en vejledning vedrører, i jo højere grad bør den retsundergivne kunne indrette sig i tillid til vejledningen, og jo mere normerende for skønsudøvelsen må den være;
- at Energitilsynets Vejledning fortsat er gældende;
- at det af Vejledningen fremgår, at en forsyningspligtig virksomhed vil opnå et regulatorisk tilgodehavende, såfremt virksomhedens salgspris ligger under den af Energitilsynet fastsatte referencepris, jf. pkt. 83;
- at det i overensstemmelse hermed i pkt. 31 i Energitilsynets afgørelse af 20. januar 2003 (KE Kunde) er anført: "Indtil vejledningen udløber, vurderer Energitilsynet, at man må acceptere, at selskaber med priser under referenceprisen i 2001 vil have et krav på et reguleringsmæssigt tilgodehavende" og videre i pkt. 33: "Ved at købe modelporteføljen er selskabet sikker på ikke at blive efterreguleret";
- at Energitilsynets Vejledning må antages at have været offentligtgjort for at give de forsyningspligtige virksomheder en indikation af, hvilken praksis Energitilsynet ville anlægge, således at virksomhederne ved deres budgetlæg-

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 21 af 60

ning og tilrettelæggelse af driften i øvrigt har kunnet tage højde herfor;

at de forsyningspligtige virksomheder, i overensstemmelse med Vejledningen, i 2001 kunne indregne den fulde forskel mellem virksomhedens salgsindtægter og omkostninger som avance, når blot virksomheden blev vurderet effektiv ved at holde sig under referenceprisen;

at der hverken i Energitilsynets 2003 vejledning, pkt. 1, 4. afsnit og pkt. 7, sidste afsnit, eller i Energitilsynets afgørelse af 16. december 2003 ses noget anført, der oplyser eller blot antyder, at Energitilsynet vil introducere en væsentlig praksisændring i prisreguleringen for 2002;

at Energitilsynet ved ikke at offentliggøre Notatet tilkendegiver, at praksis ikke kan ændres med tilbagevirkende kraft, og derved understøtter antagelsen om, at den administrative praksis for 2002 ikke er ændret;

at det således er det klare udgangspunkt både efter Vejledningen og Energitilsynets praksis, at virksomhederne ikke efterreguleres, såfremt deres salgspriser ligger under referenceprisen, med mindre der foreligger særdeles stærke argumenter og beviser for, at en ændret regulering er påkrævet, jf. vejledningens pkt. 88. Sådanne foreligger ikke i relation til Energi Nord Forsyning;

at det efter Energitilsynets Vejledning er det klare udgangspunkt, at den normale avance vil være 3-5 DKK/MWh, svarende til en egenkapitalforrentning på 10-25 %, hvilket findes rigtigt set i forhold til lovens ordlyd og forarbejder;

at det i Vejledningens pkt. 46-49 og pkt. 53 forudsættes, at der ved høj omkostningseffektivitet kan opnås en højere avance, hvilket med rimelighed må forstås således, at en højere avance end 3-5 DKK/MWh er mulig, såfremt de generelle salgspriser ligger under referenceprisen;

at de forsyningspligtige virksomheder i 2001 kunne indregne en højere avance end 5 DKK/MWh, når blot virksomheden var effektiv;

at Energi Nord Forsyning har måttet kunne indrette sig i tillid til dette udgangspunkt og særligt i tillid til, at Energitilsynets rimeligheds- og effektivitetsvurdering ikke ændrer sig markant med tilbagevirkende kraft 2 år efter reguleringsårets begyndelse;

at der ingen indikationer har været på, at en så markant og generel praksisændring kunne finde sted eller forventes med virkning for et afsluttet reguleringsår, men at Energitilsynets afgørelse af den 20. januar 2003 og Energitilsynets 2003 vejledning tværtimod peger i den modsatte retning, nemlig imod en uændret praksis, hvorfor en ændring af Vejledningen med tilbagevirkende kraft på dette

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 22 af 60

centrale punkt må betegnes som forvaltningsretlig tvivlsom;

at der i øvrigt savnes en nærmere begrundelse for, hvilke ændringer der er indtruffet siden oktober 2000, hvor Vejledningen blev offentliggjort, og til 2002, der kan begrunde, at et rimeligt overskud nu ikke vurderes at kunne overstige 3 DKK/MWh;

at det således er urimeligt, når udgangspunktet for et rimeligt overskud i 2002 ved Energitilsynets afgørelse af 23. februar 2004 fastsættes til ikke over 3 DKK/MWh, hvilket medfører en reduktion på 40 % i forhold til den højeste del af intervallet for normalavance i forhold til Vejledningen;

at det forhold, at Energi Nord Forsynings indirekte andel af det Energi Nord Handel alene er 32 % taler klart imod, at Energi Nord Forsyning skulle have tilskyndelse til eller interesse i at betale for høje priser til Energi Nord Handel;

at omkostningseffektiviteten som udgangspunkt er dokumenteret ved, at Energi Nord Forsyning har opnået en konkurrencedygtig salgspris;

at Energitilsynet med tilbagevirkende kraft ændrer praksis i forhold til retningslinierne i Vejledningen og den praksis, der forelå på grundlag heraf, på en for virksomhederne uforudsigelig måde;

at Energitilsynet med den formelle henvisning til elforsyningslovens § 46, stk. 4, i realiteten med tilbagevirkende kraft inddrager kriteriet samhandel mellem koncernforbundne virksomheder i skønsudøvelsen;

at Energitilsynet med tilbagevirkende kraft ændrer den ifølge Vejledningen gældende praksis til den i Notatet fremførte;

at der ikke gælder en almindelig formodning for, at samhandel mellem koncernforbundne selskaber per definition ikke afspejler markedsvilkår;

at Energitilsynet ved sin supplering af "markedsvilkår" ifølge energiforsyningslovens § 46, stk. 4, og § 77, stk. 4, i sin rimelighedsvurdering skal tage udgangspunkt i de i Vejledningen angivne kriterier;

at Energitilsynet krænker det organisatoriske specialitetsprincip ved at lade OECD guidelines for Transfer Pricing, Told- og Skattestyrelsens dokumentationskrav vedrørende skattekontrollovens § 3 B, stk. 4, og Told & Skats rapport "Transfer Pricing; Dokumentationspligt", være styrende for skønsudøvelsen;

at Energitilsynet ved ikke at inddrage de i Vejledningen omtalte kriterier, krænker det forvaltningsretlige krav om, at en begrundelse skal være objektiv rigtig;

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 23 af 60

- at Energitilsynet ved ikke i begrundelsen klart at nævne, at personsammenfaldet tillægges vægt, krænker det forvaltningsretlige krav om, at en begrundelse skal være subjektiv rigtig;
- at Energi Nord Handel har tilført transaktionen værdi; og
- at Energi Nord Forsyning har indkøbt el på markedsvilkår.

Som det fremgår af nærværende klageskrift er den påklagede afgørelse efter Dansk Energi's opfattelse udtryk for en generel praksisændring fra Energitilsynets side. Energiklagenævnets afgørelse i sagen vil derfor kunne have principiel betydning for øvrige afgørelser om prisregulering i 2002 truffet af Energitilsynet. Der begæres på den baggrund mundtlig forhandling for Energiklagenævnet.

Det skal i øvrigt anmodes om, at den i bilag 1 vedlagte Afgørelse (korrigeret version) indeholdende alle de eksakte priser og beløbsangivelser, der er lagt til grund ved Energitilsynets Afgørelse, ikke offentliggøres i videre udstrækning end hvad fremgår af den allerede offentliggjorte Afgørelse, der er tilgængelig på Energitilsynets hjemmeside.

[...]"

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 24 af 60

Energitilsynets bemærkninger til klagen

Ved e-mail af 1. april 2005 svarede Energitilsynet, at tilsynets bemærkninger til klageskriftet af 8. december 2004 i al væsentlighed fremgik af Energitilsynets svarbreve af 6. oktober 2004 og 10. januar 2005 i sagerne vedrørende EnergiMidt Forsyning (og Energi Fyn Forsyningspligt), hvortil tilsynet således henviste. Det var endvidere tilsynets vurdering, at de grundlæggende principper, som var sagens kerne i afgørelsen om EnergiMidt Forsyning, var de samme som i nærværende sag og tilføjede, at Energiklagenævnet havde stadfæstet disse principper i tre afgørelser af 11. marts 2005.

Energitilsynet henviste til sin vurdering af Energi Nord Forsynings omkostningsgrundlag i henhold til elforsyningslovens §§ 46, stk. 4 og 69 (hvorefter kun nødvendige omkostninger kan indregnes i priserne), som fremgik af tilsynets afgørelse af 6. oktober 2004. Energitilsynet bemærkede videre, at dette omkostningsgrundlag var lagt til grund for tilsynets efterfølgende vurdering af virksomhedens effektivitet og overskud. En vurdering som fremgik af Energitilsynets breve af 1. marts 2005 og 17. marts 2005. Tilsynet anførte endvidere, at det ikke havde yderligere bemærkninger til den konkrete vurdering/afgørelse, idet Energi Nord Forsyning A/S ikke havde dokumenteret en mereeffektivitet, der kunne begrunde et yderligere overskud end det, som virksomheden allerede var tildelt, og at Energi Nord Forsyning A/S ikke havde dokumenteret at have handlet på markedsvilkår med nærtstående parter i henhold til elforsyningslovens § 46, stk. 4.

I det svarbrev, som Energitilsynet fremsendte til Energiklagenævnet ved brev af 6. oktober 2004 i sagen vedrørende EnergiMidt Forsyning, bemærkede Energitilsynet bl.a.:

"[...]

Indlægget vil være opdelt i 4 punkter: [...]

1) Forsyningspligtige virksomheders indplacering i den forskrevne selskabsstruktur efter elforsyningsloven fra 1999 samt elforsyningslovens prisregulering af forsyningspligtige virksomheder

a) Selskabsstrukturen

Elforsyningsloven fra 1999 (lov nr. 375 af 2. juni 1999 om elforsyning, lovforslag L 234/1999) var en udmøntning af den politisk indgåede El-reformaftale fra 3. marts 1999, som fastlagde rammerne for, hvordan forbrugerbeskyttelse, miljøhensyn og forsyningssikkerhed skal varetages i et liberaliseret el-marked.

På baggrund heraf var et af formålene med loven at skabe klarhed over rollefordelingen i elsektoren, således at der blev sikret en klar adskillelse mellem opgaver vedrørende offentlige forpligtelser og kommercielle aktiviteter, jf. Folketingstidende 1998-99, Tillæg A, side 5871. Selskabsreguleringen i loven tog derfor sigte på en klar adskillelse mellem monopol- og konkurrenceområder. Produktion og handel med elektricitet skulle efter loven fremover være underlagt konkurrence. Netdrift og systemansvar skulle derimod efter loven fungere som en offentlig infrastruktur, der stilles til rådighed for alle brugere af systemet.

Med henblik på at sikre el-forbrugerne levering af elektricitet foreskrev loven herudover, at der skulle etableres såkaldte forsyningspligtige virksomheder. Disse defineres i lovens § 5 som "*virksomhed med bevilling, der forsyner forbrugere, som ikke har eller ikke gør brug af muligheden for valg af egen leverandør, med elektricitet*". Samtidig indførte loven begrebet "netvirksomheder", som er defineret som "*virksomhed med bevilling, der driver distributionsnet*", jf. § 5 i loven.

Disse to nye typer af virksomheder skulle etableres ved, at de hidtidige distributionsselskaber (som havde det grundlæggende ejerskab i elsektoren på daværende tidspunkt) udskilte øvrige aktiviteter i særskilte selskaber, herunder navnlig forsyningspligtig virksomhed, men også handelsvirksomhed, jf. Folketingstidende 1998-99, Tillæg A, side 5881. De hidtidige distributionsselskaber blev herefter benævnt netvirksomheder.

Ejerstrukturen i elsektoren er herefter overordnet set, at netvirksomhederne - i større eller mindre omfang - er ejere af forsyningspligtig virksomhed, handelsvirksomhed og f.eks. også produktionsvirksomhed. Ofte vil der bestå et egentlig koncernforhold mellem disse virksomheder, således som dette begreb er defineret i aktieselskabsloven.

b) Prisreguleringen af forsyningspligtige virksomheder

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 25 af 60

Reglerne om prisregulering af forsyningspligtige virksomheder - og øvrige kollektive elforsyningsvirksomheder, så som net-, transmissions- og systemansvarlig virksomhed - findes i elforsyningslovens kapitel 10. Efter bestemmelsen i § 69, stk. 1, skal priserne for ydelserne fra de kollektive elforsyningsvirksomheder fastsættes

"under hensyntagen til virksomhedernes omkostninger til indkøb af energi, lønninger, tjenesteydelser, administration, vedligeholdelse, andre driftsomkostninger og afskrivninger samt forrentning af kapital".

Efter § 72, stk. 1, kan de forsyningspligtige virksomheder endvidere i priserne nævnt i § 69, stk. 1,

"indkalkulere et overskud, som er rimeligt i forhold til omsætteligheds størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger".

Prisfastsættelsen skal anmeldes til godkendelse hos Energitilsynet, jf. § 72, stk. 2, § 76, stk. 1, nr. 1 samt § 2, nr. 3, og § 4, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 90 af 7. februar 2000. Godkendelsen kan ledsages af vilkår.

Af forarbejderne til § 72, stk. 1, fremgår, at prisreguleringen skal sikre, at de forsyningspligtige virksomheder skal kunne agere kommercielt. Endvidere fremgår, at

"[o]verskuddet skal fastsættes ud fra en konkret vurdering af den enkelte forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, der er for at agere effektivt på markedet. Det forudsættes således, at virksomheden agerer effektivt ved køb af elektricitet, og at den herunder afsøger mulighederne for lang- og kortsigtede aftaler og sikrer sig tilstrækkelige reserveleverancer. Endvidere forudsættes det, at virksomhedens egne omkostninger holdes på et effektivt niveau. Der henvises i øvrigt til de almindelige bemærkninger om priser og betingelser for elektricitet pkt. i)," jf. Folketingstidende 1998-99, Tillæg A, side 5921 (understreget her).¹

Af de almindelige bemærkninger det nævnte sted fremgår tillige, at der årligt vil blive foretaget en konkret regulering af det forsyningspligtige selskab. Herudover er det understreget, at formålet med prisreguleringen er at beskytte forbrugerne imod, at den forsyningspligtige virksomhed via sin indkøbspolitik fører værdier - betalt af forbrugerne - over i andre selskaber, som ikke er undergivet en prisregulering efter elforsyningsloven. Det er forklaret på følgende måde, jf. Folketingstidende 1998-99, Tillæg A, side 5883:

"Prisreguleringen af forsyningspligtige virksomheder har som overordnet formål at sikre alle forbrugere elleverancer til rimelige priser. Prisreguleringen skal især sikre, at også de små forbrugere får del i gevinsterne ved åbningen af elmarkedet. Der kan ikke på forhånd fastlægges bindende rammer for virksomhedernes indtægter, fordi indkøbsprisen på el afhænger af markedsforhold. Den

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 26 af 60

¹ Energiklagenævnets fodnote: Energitilsynets understregning.

pris, som den forsyningspligtige virksomhed opkræver for den leverede el hos forbrugerne, fastsættes ved årets start ud fra et budget, hvori der indgår fortjeneste til virksomheden. Ved årets slutning reguleres avancen, således at den realiserede fortjeneste vil afhænge af den forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet. Formålet hermed er at tvinge fortjenesten ned, hvis virksomheden opkræver for høje priser og således beskytte forbrugerne mod, at virksomheden gennem sin indkøbspolitik fører værdier over i andre selskaber, fx. et elhandelsselskab eller elproduktionsselskab under samme ejer". (understreget her)²

Elhandelsselskabers og elproduktionsselskabers salg af elektricitet vil efter 1999-elforsyningsloven skulle fastsættes ved aftale, og prissætningen sker derfor også kommercielt og ikke efter elforsyningslovens prisreguleringsregler, jf. herved også Folketingstidende 1998-99, Tillæg A, side 5882.

En yderligere foranstaltning for at modvirke det incitament, der kan være i en koncern (eller hos interesseforbundne selskaber) mod at begunstige typisk elhandelsselskaber på bekostning af forsyningspligtig virksomhed, fandtes i den i 2002 gældende elforsyningslovs § 46, stk. 4, (lig den nugældende § 46, stk. 1) der havde følgende ordlyd:

"Aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår".

I forarbejderne til 1999-loven er det uddybet, at bestemmelsen navnlig skal hindre, at "de kollektive elforsyningsvirksomheder ved at købe for dyrt eller ved at sælge for billigt overfører midler imellem interesseforbundne virksomheder, hvilket vil stride mod lovens intentioner", jf. Folketingstidende 1998-98 [rettelig: 1998-99], Tillæg A, side 5910.

Såfremt bestemmelsen i § 46, stk. 4, ikke blev overholdt, havde Energitilsynet efter elforsyningslovens § 77, stk. 4, mulighed for, at beslutte, at forbrugerpriserne skulle ændres. Bestemmelsen havde følgende ordlyd:

"Energitilsynet kan træffe bestemmelse om, at en kollektiv elforsyningsvirksomhed skal ændre forbrugerpriserne, hvis virksomheden har foretaget en disposition, der ikke kan anses for rimelig for forbrugerne. Energitilsynet kan herunder bestemme, at virksomheden i nærmere angivet omfang skal anvende overskud til ændring af priserne."

I relation til de forsyningspligtige virksomheder bør det fremhæves, at såfremt en sådan virksomhed indgår i et koncernforhold med et eller flere elhandelsselskaber (som også sælger elektricitet til forbrugere) og/eller elproduktionsselskaber, vil der være et incitament til, at de el-indkøbsaftaler, der er indgået af elhandels-selskabet på de dårligste vilkår, "placeres" i den forsyningspligtige

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 27 af 60

² Energiklagenævnets fodnote: Energitilsynets understregning.

virksomhed. Tilsvarende vil der være et incitament til, at elproduktionsselskabet sælger elektricitet til den forsyningspligtige virksomhed på dårligere vilkår end til elhandelsselskabet. Incitamentet til en sådan fordeling af aftaler følger dels af elforsyningslovens § 69, stk. 1, hvorefter prisen for forsyningspligtige virksomheders ydelser fastsættes navnlig under hensyntagen til omkostninger til indkøb af energi, dels af det forhold, at der ikke efter elforsyningsloven gælder noget "loft" for det overskud, som et elhandelsselskab og et elproduktionsselskab kan opnå - i modsætning til § 72, der begrænser de forsyningspligtige virksomheders overskud til "kun" at være et rimeligt overskud.

Såfremt Energitilsynet ikke håndhævede navnlig § 72, stk. 2, og påså at overskuddet var rimeligt - set i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger - ville der være stor risiko for, at forbrugernes interesser ikke blev varetaget. Tilsvarende ville være tilfældet ved manglende håndhævelse af lovens § 46, stk. 4, jf. § 77, stk. 4, som nævnt ovenfor.

Endvidere kan henvises til elforsyningslovens § 73, stk. 1, hvorefter

"de kollektive elforsyningsvirksomheders prisfastsættelse af deres ydelser efter §§ 69-72 skal ske efter rimelige, objektive og ikke-diskriminerende kriterier i forhold til, hvilke omkostninger de enkelte køberkategorier giver anledning til".

2) *Energitilsynets "praksis" om regulering af forsyningspligtige virksomheder*

a) *Vejledningen af 27. oktober 2000*

Energitilsynet udsendte den 27. oktober 2000 "*Vejledning om forsyningspligtige elvirksomheder, herunder Energitilsynets godkendelse af virksomhedernes prisfastsættelse*" (herefter vejledningen).

Formålet med vejledningen var at informere dels generelt om elforsyningslovens regler om forsyningspligtige elvirksomheder, dels om tilsynets udgangspunkt og vurderingsgrundlag specifikt i forbindelse med tilsynets godkendelse af de forsyningspligtige virksomheders prisfastsættelse efter lovens § 72, stk. 2, "*herunder også om grundlaget for tilsynets pris- og avanceregulering ved årets slutning*", jf. vejledningen punkt 2 og 3. Det var tilsigtet, at vejledningen skulle gælde frem til 1. januar 2003.

Vejledningen lagde hermed i indledningen - i overensstemmelse med § 72 og dennes forarbejder - op til, at der årligt skulle ske en konkret pris- og avanceregulering af de forsyningspligtige virksomheder. At der skulle foretages en konkret vurdering var også gentaget og uddybet i punkt 31-33, 45, 76 og 88.

Det fremgik af vejledningen, at Energitilsynets effektivitetsvurdering og den heraf følgende pris- og avanceregulering ville basere sig på en referenceprismodel. Effektivitetsvurderingen ville således ske ved, at tilsynet ved sin konkrete vurdering af den enkelte virksomhed ved et års slutning tog udgangspunkt i en beregnet referencepris, jf. punkt 45, og sammenlignede den med den for-

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 28 af 60

syningspligtige virksomheds gennemsnitlige årlige salgspris, jf. f.eks. punkt 76.

Referenceprisen betegnede Energitilsynets forventede elpris for forbrugeren (kWh-pris) ved normal, effektiv drift, jf. punkt 51 og 80.

[...]

Og for det andet var det et gennemgående og helt grundlæggende punkt i vejledningen, at referenceprisen kun udgjorde udgangspunktet for Energitilsynets konkrete vurdering af, om der skulle ske efterregulering af en forsyningspligtig virksomheds avance, jf. herved punkt 82 og navnlig punkt 88, der havde følgende ordlyd:

"Energitilsynet skal understrege, at modellen er tilsynets udgangspunkt for pris- og avancereguleringen af de forsyningspligtige virksomheder. Energitilsynet kan anlægge en konkret vurdering over for den enkelte virksomheds effektivitet, især i tilfælde, hvor en virksomhed kan godtgøre, at særlige forhold uden for virksomhedens indflydelse øger omkostningerne" (min understregning).³

I det omfang virksomhedens prissætning, som fremgik af virksomhedens anmeldte regnskab, afveg fra den referencepris, Energitilsynet havde beregnet, ville der blive tale om efterregulering i form af ændret avancestørrelse i den efterfølgende periode. Efterreguleringen kunne resultere i en ændring af avancen både i opad- og nedadgående retning, jf. punkt 82.

[...]

I denne forbindelse skal det dog for en ordens skyld bemærkes, at Dansk Energi og ELFOR blev hørt flere gange i forbindelse udarbejdelse af vejledningen, og Dansk Energi og ELFOR gav her flere gange udtryk for, at referenceprisen ikke var absolut, jf. [...] (uddrag af høringssvar mv.), hvilket også var anført i Dansk Energis medlemscirkulære nr. 85/2000 om Energitilsynets vejledning (jf. navnlig punkt 3, [...]). Tilsvarende gav ELFOR i forbindelse med efterreguleringen af forsyningspligtige elselskaber for 2001 udtryk for, at *"referenceprisen ikke [kan] tillægges absolut betydning"*, jf. f.eks. notat af 31. maj 2002 [...]), og at en regulering byggende på brug af en referencepris som absolut godkendelseskriterium var såvel *"uhensigtsmæssig som i strid med gældende regler"*, jf. ELFOR's notat af 4. april 2002 [...]).

Vejledningen af 27. oktober 2000 blev med virkning for reguleringsåret 2004 erstattet af vejledning af 28. april 2003, idet vejledningen var blevet forlænget til også at gælde 2003, jf. Energitilsynets afgørelse af 16. december 2002.

b) Energitilsynets efterregulering i 2001

[...]

For 2001 efterprøvede Energitilsynet således kun konkret priserne for selskaber med priser over referenceprisen. I den forbindel-

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 29 af 60

³ *Energiklagenævnets fodnote: Energitilsynets understregning.*

se traf tilsynet den 25. november 2002 afgørelse vedrørende El-gas, hvis gennemsnitlige priser også var over referenceprisen. Ved denne afgørelse besluttede tilsynet - ud fra en konkret begrundelse - ikke at foretage en regulering af avancen på trods af, at den gennemsnitlige salgspris var over referenceprisen. Begrundelsen var, at tilsynet fandt, at den forhøjede salgspris ikke var udtryk for ineffektiv drift, jf. bl.a. afgørelsens punkt 12.

Tilsynet efterprøvede dog også konkret priserne for ét selskab med en gennemsnitlig salgspris under referenceprisen, jf. afgørelse af 20. januar 2003 vedrørende KE Kunde. Det skyldtes, at dette selskab, KE Kunde, havde rettet henvendelse til Energitilsynet om muligheden for indregning af uudnyttet avance i næste års priser, jf. punkt 7 i afgørelsen. Afgørelsen vedrørte derfor dette spørgsmål.

Klageren har påpeget [...], at Energitilsynet i KE Kunde-afgørelsens punkt 31 har anført, at "*[i]ndtil vejledningen udløber, vurderer Energitilsynet, at man må acceptere, at selskaber med priser under referenceprisen i 2001 vil have krav på et reguleringsmæssigt tilgodehavende*", samt i punkt 33, at "*[v]ed at købe modelporteføljen er selskabet sikker på ikke at blive efterreguleret*".

Klagerens bemærkninger vedrørende afgørelsen vil blive kommenteret nærmere under punkt 4. I denne forbindelse skal det blot fremhæves, at det specifikt i afgørelsen var angivet, at det var af ressourcehensyn, at handelsstrategierne for de effektive selskaber (dvs. de selskaber med priser under referenceprisen) ikke blev efterprøvet konkret, jf. punkt 7 og til dels punkt 40.

For fuldstændighedens skyld bemærkes, at Energitilsynet kun har behandlet spørgsmålet om forsyningspligtige virksomheders priser på ét andet møde, nemlig den 29. oktober 2001. På mødet skete der en foreløbig godkendelse af priserne pr. 1. juli 2001 for forsyningspligtige virksomheder. Henset til de efterfølgende endelige godkendelser for 2001 er afgørelsen for så vidt uden relevans for sagen.

c) Energitilsynets efterregulering for 2002

Som nævnt af klager sendte Energitilsynet den 27. januar 2004 et notat om efterregulering af de forsyningspligtige selskaber for 2002 i høring hos Dansk Energi. Dansk Energi fremskom med sine kommentarer den 4. februar 2004. Eftersom Energitilsynet den 9. februar 2004 meddelte Dansk Energi, at notatet efter fornyet overvejelse var trukket tilbage, vil det ikke blive omtalt nærmere her.

Energitilsynet traf herefter på et møde den 23. februar 2004 afgørelse om regulering af de forsyningspligtige virksomheder for 2002, i alt 40 virksomheder. Energitilsynet fastsatte ved afgørelsen den generelle referencepris for Vestdanmark og Østdanmark til hhv. 210,2 og 222,7 DKK/MWh for 2002, jf. punkt 27 i afgørelsen. Samtidig fastsatte tilsynet, at udgangspunktet for et rimeligt overskud i 2002 var ikke over 0,3 øre/kWh, dvs. 3 DKK/MWh

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 30 af 60

(svarende til i gennemsnit 8,7 procent i forrentning af egenkapitalen primo reguleringsåret), jf. punkt 8, 11 og 44. Resultatet af prisreguleringen var, at seks virksomheder faldt ud som ikke værende effektive (dvs. salgsprisen var over referenceprisen). Det resultat dannede baggrund for prisreguleringen for 2002, idet det i afgørelsen (punkt 13) var anført, at der ville ske en prisgodkendelse, hvis ikke sekretariatet efterfølgende foretog en konkret vurdering af virksomheden.

Efterfølgende har Energitilsynets sekretariat udsendt konkrete afgørelser angående pris - og avanceregulering. En af afgørelserne angår selskabet EnergiMidt Forsyning. Inden afgørelsen angående denne virksomhed kommenteres nærmere, vil argumentationen for tilsynets afgørelse af 23. februar 2004 kort blive opridset her:

I punkt 28 var det refereret, at Energitilsynets forventning til en rimelig avance i henhold til vejledningen var 3-5 DKK/MWh. Det blev dog understreget, at dette kun var et generelt udgangspunkt. I punkt 29 var det nemlig fremhævet, at vejledningen var Energitilsynets generelle udgangspunkt, hvorfor tilsynets sekretariat i tillæg hertil ville foretage en række konkrete vurderinger af enkelte virksomheder. De konkrete vurderinger ville dels omfatte virksomheder, der oppebar en avance, der samlet set var større end Energitilsynets forventning, jf. ovenfor, og dels virksomheder, der af andre årsager ikke kunne anses som værende effektive, f.eks. virksomheder, der evt. havde udvekslet ydelser med interesseforbundne virksomheder på andet end markedsvilkår, jf. § 46, stk. 4, i elforsyningsloven.

Videre var det i punkt 30 anført, at udfaldet af disse konkrete undersøgelser ville - hvis Tilsynet fandt anledning hertil - kunne afstedkomme en nedsættelse af den enkelte virksomheds avance for 2002 og eventuelt også medføre et egentligt underskud.

[...]"

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 31 af 60

Svarbrevet sammenfattede derpå EnergiMidt-sagen i et resuméafsnit. Herefter fortsatte svarbrevet:

"3. Klagerens argumenter

Klagerens argumenter falder i to dele:

For det første anfører klageren otte helt generelle indsigelser imod, at Energitilsynet overhovedet har foretaget den pågældende regulering efter elforsyningslovens § 72. [...]

For det andet anfører klageren flere indsigelser imod den konkret foretagne regulering. [...]

4. Energitilsynets bemærkninger

Helt generelt bemærkes, at klagerens påstande om principalt godkendelse af selskabets priser for 2002, subsidiært ophævelse og hjemvisning af Energitilsynets afgørelse af 13. juli 2004 begge forudsætter, at Energitilsynets afgørelse af 13. juli 2004 tilside-sættes som ugyldig. Klageren har imidlertid ikke gjort gældende,

at afgørelsen skulle være ugyldig. Klageren har kun gjort gældende, at den ændring af 2000-vejledningen med tilbagevirkende kraft, som klageren mener, er sket, skulle være "forvaltningsretlig tvivlsom".

Allerede af denne grund kan klagen ikke føre til det ønskede resultat. Til klagerens to overordnede indvendinger bemærkes endvidere følgende:

a) Klagerens generelle indvendinger

I relation til klagerens generelle indvendinger er det for det første tilsynets opfattelse, at hverken vejledningen eller Energitilsynets praksis kan anses som udtryk for, at der er et (klart) udgangspunkt om, at virksomhederne ikke efterreguleres, såfremt deres salgspriser ligger under referenceprisen. Med andre ord hverken skal eller kan referenceprisen tillægges absolut betydning. Dette fremgår tydeligt af lovens ordlyd, dens forarbejder og vejledningen, hvor det fremgår, at der årligt skal ske en prisregulering ved en konkret vurdering med henblik på at sikre forbrugerne elleverancer til rimelige priser. Der henvises til det ovenfor under punkt 1b anførte, idet herfra navnlig skal fremhæves, at det af de specielle bemærkninger til § 72 fremgår, at *"[o]verskuddet skal fastsættes ud fra en konkret vurdering af den enkelte forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, der er for at agere effektivt på markedet"*. Tillige skal fremhæves de almindelige bemærkninger pkt. i), hvor det bl.a. er anført, at *"der ikke på forhånd kan fastlægges bindende rammer for virksomhedernes indtægter, fordi indkøbsprisen for el afhænger af markedsforhold"*. Endelig skal vejledningens punkt 31-33, 45, 76 og 88 fremhæves.

[...]

Afgørelsen vedrørende KE Kunde var meget konkret begrundet, idet selskabet fik tilsynets godkendelse til at indregne uudnyttet avance for 2001 i priserne for 2002, fordi salgsprisen lå under referenceprisen, og fordi en konkret afprøvning af KE Kundes elindkøbsstrategi viste, at KE Kunde i et vist omfang havde indkøbt el billigere end den gældende markedspris pga. effektivitet og ikke en heldig handelsstrategi, jf. punkt 5, 6 og 34-35 i afgørelsen. KE Kunde fik heller ikke tilsynets godkendelse til at indregne den fulde forskel mellem prisreferencen og virksomhedens salgspris som uudnyttet avance, men alene den del, som virksomheden kunne dokumentere skyldtes mere effektive/billigere elindkøb end den formodede markedspris, jf. punkt 8, 32-39 (KE Kunde havde anmodet om et regulatorisk tilgodehavende på kr. 25,2 mio., mens tilsynet kun godkendte et tilgodehavende på kr. 13,8 mio.)

Energitilsynet har derfor været berettiget og forpligtet til at foretage en konkret vurdering af EnergiMidt Forsynings priser for 2002 med henblik på godkendelse efter elforsyningslovens § 72, stk. 2.

For det andet er Energitilsynet uenig i, at der kan siges at være sket en ændring af administrativ praksis - som hævdet af klager -

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 32 af 60

allerede fordi der ikke har foreligget nogen fast administrativ praksis, som kunne ændres.

Energitilsynet har tidligere redegjort for disse synspunkter i brev af 27. maj 2004 til klageren, hvorfra det skal fremhæves, at 2001 var det første år, hvor Energitilsynet foretog en prisregulering som følge af den nye elforsyningslov. Afgørelserne vedrørende prisreguleringen i 2001 kan derfor ikke siges at udgøre en egentlig administrativ praksis – og endnu mindre en fast administrativ praksis. For at der kan siges at foreligge en fast administrativ praksis, må der være et større antal afgørelser om samme eller beslægtede spørgsmål – som skal være i overensstemmelse med udstedte vejledninger, der også må anses som administrativ praksis, jf. her ved *Jens Garde m.fl.*, Almindelige emner, 4. udgave, side 141f. Energitilsynets afgørelse af 28. oktober 2002 om, at tilsynet ikke foretog regulering af avancen for året 2001, såfremt den gennemsnitlige salgspris var under referenceprisen, var en konkret afgørelse baseret på forholdene i 2001, og det er åbenbart, at der for 2002 kunne træffes en ny afgørelse afpasset efter forholdene i 2002.

Hertil kommer for det tredje, at afgørelsen – i hvert fald set i sammenhæng med vejledningen og de øvrige afgørelser vedrørende 2001 nævnt under punkt 2b – ikke kan læses sådan, at der ikke skulle kunne ske efterregulering af gennemsnitlige årlige salgspriser, som ligger under referenceprisen. Således fremgår det f.eks. af afgørelsen af 20. januar 2003 vedrørende KE Kunde i punkt 27-28, at Energitilsynet i 2001 har valgt til fordel for virksomhederne kun at tage hensyn til disse fordyrende elementer i de konkrete vurderinger for 2001, men at tilsynet kunne skærpe effektivitetsvurderingen i forhold til prisreferencen, f.eks. hvis en elhandelsstrategi havde resulteret i billigere elindkøb end forudsat i referenceprisen. Der kan endvidere henvises til punkt 4 og 5 i afgørelsen samt til det ovenfor anførte om, at der skal foretages en konkret vurdering.

Når det samtidig for det fjerde tages i betragtning, at den fulgte fremgangsmåde for i 2001 var begrundet i manglende ressourcer til at foretage en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde, jf. navnlig punkt 7 i KE Kunde-afgørelsen, kan det ikke bebrejdes Energitilsynet eller betegnes som "forvaltningsretlig tvivlsomt", at tilsynet har foretaget en mere intensiv prøvelse af de forsyningspligtige virksomheders priser i 2002, og så meget desto mindre kan det resultere i, at tilsynets afgørelse vedrørende klager tilsidestattes som ugyldig.

[...]

b) Klagerens konkrete indsigelser

I relation til klagerens konkrete indsigelser bemærkes for det første, at det ikke følger af elforsyningsloven, at det påhviler Energitilsynet at redegøre for eller sandsynliggøre, at forsyningspligtige virksomheder ikke har handlet omkostningseffektivt, førend tilsynet kan foretage en prisregulering efter elforsyningslovens § 72, stk. 2. Tværtimod følger det af forarbejderne til bestemmelsen, at

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 33 af 60

"[d]et forudsættes, at virksomheden agerer effektivt ved køb af elektricitet, og at den herunder afsøger mulighederne for lang- og kort-sigtede aftaler og sikrer sig tilstrækkelige reserveleverancer," (understreget her) jf. ovenfor under punkt 1b. Heraf fremgår klart, at bevisbyrden påhviler virksomheden, hvilket også er det mest naturlige og rimelige.

I den forbindelse henvises tillige til, at Elprisudvalget den 25. oktober 1999 vedrørende interessenters indkøbspriser fra Sjællandske Kraftværker fastslog, at det fandt, at princippet om indregning af nødvendige udgifter (i lov nr. 486 af 12. juni 1996) indbar, *"at distributionsselskaberne må undersøge markedet for elektricitet med henblik på indkøb til de lavest mulige omkostninger, og over for udvalget godtgøre en sådan undersøgelse samt sandsynliggøre, at omkostningerne herved lå under de alternative tilbud"*. Det fremgik endvidere, at disse markedsundersøgelser skulle have et vist større omfang.

For det andet bemærkes, at det er tilsynets opfattelse, at tilsynet rent faktisk har redegjort for eller sandsynliggjort, at EnergiMidt Forsyning ikke har handlet omkostningseffektivt. Der henvises her til de momenter, som tilsynet lagde vægt på ved den foreløbige afgørelse den 5. marts 2004, jf. punkt 1c ovenfor, navnlig at EnergiMidt Forsyning havde foretaget alle elindkøb gennem det interesseforbundne selskab Dan Energi A/S uden at dokumentere, at markedet havde været afsøgt. Og at disse elindkøb resulterede i, at virksomhedens gennemsnitssalgspris var 7,93 DKK/MWh højere end gennemsnitssalgsprisen for Vestdanmark, svarende til at virksomheden havde den 19. bedste salgspris ud af 30 selskaber i Vestdanmark.

Det er i øvrigt ikke klart for Energitilsynet, hvilken dokumentation EnergiMidt Forsyning henviser til, når det i klagen anføres, at virksomheden har dokumenteret at have handlet omkostningseffektivt. Energitilsynet finder selvsagt, at der ikke er fremkommet en sådan dokumentation.

[...]

Elforsyningsloven bygger - som megen anden lovgivning - på den almindelige erfaring, at der er en nærliggende risiko for, at interesseforbundne selskaber som EnergiMidt og Dan Energi A/S i deres samhandel ikke agerer på markedsvilkår, jf. elforsyningslovens § 46, stk. 4, og forarbejderne hertil.

[...]"

Energitilsynet bemærkede herefter videre vedrørende EnergiMidt-sagen i brev af 10. januar 2005:

"[...]

2. Klagerens generelle bemærkninger om forvaltningens skøn og interne reglers betydning (side 1, sidste afsnit - side 4, 2. afsnit)

Klager anfører korrekt side 1-2, at de for denne sag relevante regler i elforsyningsloven overlader Energitilsynet et skøn i og med, at tilsynet i forbindelse med godkendelse af elpriserne for forsy-

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 34 af 60

ningspligtige virksomheder skal påse effektivitet og rimelighed (navnlig af overskud og priser, jf. svarnotatet punkt 1, b).

På baggrund af visse mere generelle bemærkninger om interne regler (som for eksempel en vejledning), der opstilles af forvaltningen til brug for afvejningen i forbindelse med skønsudøvelsen, er det imidlertid klagerens konklusion, at en forvaltningsmyndighed ikke vilkårligt uden forudgående tilkendegivelse kan ændre eller væsentligt fravige det angivne i en vejledning, jf. side 3, 4. og sidste afsnit.

Hertil bemærkes, at den relevante vejledning af 27. oktober 2000 - som det udførligt er redegjort for i svarnotatets punkt 2a) - ikke er udformet således, at den opstiller faste regler/et resultatskema, hvilket ellers synes at være klagerens opfattelse. Derimod angiver vejledningen kun et udgangspunkt for Energitilsynets vurdering (som er referenceprisen). [...]

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 35 af 60

3. Ad klagerens bemærkninger om prisregulering af forsyningspligtige virksomheder (punkt ad 1b - side 4)

[...]

Klageren gør for det andet gældende, at der skulle påhvile Energitilsynet en bevisbyrde for at dokumentere eller sandsynliggøre, at der er overført midler fra EnergiMidt Forsyning A/S til Dan Energi A/S. Som redegjort for i svarnotatet, jf. punkt 4b, påhviler der ikke Energitilsynet en sådan bevisbyrde, men derimod må virksomheden bevise, at den har ageret effektivt, hvilket ikke er sket i denne sag.

4. Ad klagerens bemærkninger side 5-7 om Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2000, Energitilsynets praksis og efterreguleringen for 2001 og 2002

Klageren har for det første [...] anført, at Energitilsynet ikke ved pris- og avancereguleringen for 2002 har fokuseret på kWh-priserne for forbrugerne, som det ellers er foreskrevet i vejledningen, at Energitilsynet skal. Det er derimod klagerens opfattelse, at tilsynet - uberettiget - har fokuseret på skønnet effektivitet og på "virksomhedernes evne til at fremlægge skriftlig dokumentation til afkræftelse af formodninger om effektivitet opstillet af Energitilsynet," [...].

Hertil bemærkes, at Energitilsynets prisregulering i 2002 er sket i overensstemmelse med elforsyningsloven, dens forarbejder og vejledningen - og at der derfor også er blevet fokuseret på kWh-priserne for forbrugerne i kraft af den generelle referencepris, jf. herved punkt 2c i svarnotatet.

Herudover er der også blevet taget stort hensyn til effektivitet og til, om virksomhederne kunne fremlægge dokumentation for, at de havde handlet effektivt på trods af, at dette ikke syntes at være tilfældet ud fra en benchmarking af de forskellige virksomheder. [...] Der henvises nærmere til redegørelsen i svarnotatet punkt 1b

om elforsyningslovens regler og punkt 2a om vejledningen af 27. oktober 2000.

For det andet har klageren [...] henvist til KE Kunde afgørelsen fra 20. januar 2003. Energitilsynet [bemærker], at tilsynet i 2001 på grund af ressourcemæssige hensyn afstod fra at afprøve handelsstrategier for effektive selskaber generelt, jf. punkt 7 og 40 i afgørelsen. Tilsynet afstod således pga. ressourcehensyn ikke kun fra at efterprøve regulatoriske tilgodehavender, som ellers antydtes af klageren det anførte sted.

For det tredje har klageren [...] opfordret tilsynet til at redegøre for, hvilke omstændigheder der har bevirket, at pris- og avancereguleringen i 2002 adskiller sig fra reguleringen 2001. Begrundelsen er - som klageren også selv nævner [...] - ressourcehensyn, jf. svarnotatet punkt 4, a.

Og endelig for det fjerde bemærkes i relation til det af klageren anførte [...] om, at tilsynet - i strid med vejledningen fra 2000 - har lagt vægt på, at elindkøb er foretaget via et interesseforbundet selskab, at tilsynet herved blot har henholdt sig til elforsyningslovens § 46, stk. 4.

[...].”

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 36 af 60

Parternes yderligere brevveksling

Ved brev af 28. juli 2005 bemærkede klagers advokat følgende:

”[...]

De i Klageskriftet nedlagte påstande ændres til følgende:

PÅSTANDE:

Principalt: Energi Nord Forsyning A/S’ priser for 2002 godkendes.

Subsidiært: Energitilsynets afgørelse af 6. oktober 2004 er ugyldig, ophæves og hjemvises til fornyet behandling.

SUPPLERENDE SAGSFREMSTILLING:

Energitilsynets bemærkninger og nye oplysninger fremkommet i forbindelse hermed giver anledning til at supplere, præcisere og uddybe de i Klageskriftet angivne anbringender og bevisligheder.

Praksisændring

Der henvises til anbringender om retssikkerhedshensyn redegjort for i Klageskriftet i relation til Vejledningen [...], og almindelige forvaltningsretlige principper, herunder behørig hensyntagen til de forventninger, som Vejledningen berettiget har fremkaldt hos elseskaberne. Det fastholdes således, at Tilsynets praksisændring med tilbagevirkende kraft på baggrund af Energitilsynets afgørelse af 23. februar 2004, som de facto medfører en gennemførelse af Notatet [...], der efterfølgende er trukket tilbage, er uforenelig med god forvaltningsskik.

I Energitilsynets notat ”Forsyningspligtige elseskaber, prisgodkendelse 2002” [...], som er udateret, er det under punktet ”Hvor-

dan afgør Energitilsynet, om et elforsyningspligtselskab er effektivt eller ej?" anført, at

"Energitilsynet har udarbejdet en referenceprismodel til vurdering af, om det enkelte forsyningspligtselskabs priser er udtryk for en effektiv drift. Referenceprismodellen er udførligt beskrevet i notat af 27. oktober 2000.

Referenceprismodellen er en maksimal prismodel eller prisloftmodel, derved at forsyningspligtvirksomheder med priser over referenceprisen vurderes at være ineffektive, mens forsyningspligtvirksomheder med priser under referenceprisen vurderes at være effektive".

Tilsynet har således i sin vejledning af forsyningspligtselskaberne tilkendegivet, at det enkelte selskabs priser er udtryk for, hvorvidt driften i selskabet er effektiv.

I Tilsynets indlæg af 6. oktober 2004 i sagen vedrørende Energi-Midt Forsyning A/S (Klagenævnets j.nr. 11-224) er det anført, at

"Det er Energitilsynets opfattelse, at referenceprisen i vejledningen ikke kan anses for at være absolut, idet den kun danner udgangspunkt for Energitilsynets prisgodkendelse/-regulering efter elforsyningsloven af de forsyningspligtige virksomheder".

Dette er ikke i overensstemmelse med det i ovenfor nævnte notat [...] anførte, som forsyningspligtselskaberne i tiltro til det anførte har indrettet sig i henhold til.

Tilsynet har videre i førnævnte indlæg anført, at

"... det er virksomhedens opfattelse, at referenceprisen nævnt i vejledningen – navnlig den forventede forrentning på 0,3-0,5 øre pr. kWh – må anses for at være absolut, dvs. at virksomheden har krav på denne forrentning, som ikke kan fraviges ved en konkret vurdering".

Energitilsynet forsøger hermed at reducere problemstillingen til en fastlæggelse af, hvorvidt referenceprisen er absolut. Tilsynet har imidlertid ikke i denne sag dokumenteret at have foretaget en konkret vurdering, der skulle have ført til, at virksomheden har ageret ineffektivt, som kan begrunde, at referenceprisen ikke kan finde anvendelse i relation til ret til overførsel af uudnyttet avance for 2002, [...].

Gennemsnitlig salgspris

Energi Nord Forsyning havde i 2002 en gennemsnitlig salgspris på 206,53 DKK/MWh, hvilket er 16,17 DKK/MWh under Vejledningens referencepris.

El-indkøbsstrategi

Energi Nord Forsynings indkøbspris inkl. diverse omkostninger er i bilag 5 sammenholdt med spotprisen for 2002.

Det fremgår heraf, at Energi Nord Forsynings indkøbsstrategi for 2002 afspejler markedet og har været på rimelige vilkår både for så vidt angår pris og omkostninger.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 37 af 60

Effektivitet

På baggrund af de forhold, der er redegjort for såvel ovenfor som i Klageskriftet, har Energi Nord Forsyning i 2002 udvist effektivitet i driften.

Det synes derfor hverken rimeligt eller i overensstemmelse med Vejledningen, at Energitilsynet ikke godkender Energi Nord Forsynings priser for 2002.

De i Klageskriftet anførte anbringender og andre bevisligheder fastholdes.

[...]"

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Supplerende oplysninger om Energitilsynets vejledninger og notater

Af Energitilsynets "Vejledning om forsyningspligtige elvirksomheder, herunder Energitilsynets godkendelse af virksomhedernes prisfastsættelse" af 27. oktober 2000 fremgår bl.a.:

Side 38 af 60

"Indledning

1. Med lov nr. 375 af 2. juni 1999 og senere ændringer (elforsyningsloven) er en række nye virksomhedstyper blevet introduceret i dansk elforsyning. Det gælder blandt andet forsyningspligtige elvirksomheder.

2. Formålet med nærværende vejledning er for det første at informere generelt om de regler og reguleringsmæssige bestemmelser om forsyningspligtige elvirksomheder, der følger af elforsyningsloven m.v., herunder at informere om Energitilsynets generelle udgangspunkt for reguleringen af og tilsynet med de forsyningspligtige elvirksomheder.

3. Formålet med vejledningen er for det andet at informere om Energitilsynets udgangspunkt og vurderingsgrundlag specifikt i forbindelse med tilsynets godkendelse af de forsyningspligtige elvirksomheders prisfastsættelse (jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2), herunder også om grundlaget for tilsynets pris- og avanceregulering ved årets slutning.

[...]

14. [...] Energitilsynet vil være opmærksom på, at virksomhedens udbud af el-produkter ikke indebærer krydssubsidiering og ikke sker på bekostning af de forsyningspligtige virksomheders "raison d'être". Nemlig at sikre de små forbrugere elleverancer til konkurrencedygtige priser og på rimelige vilkår.

Prissætning samt pris- og avanceregulering – salg af elektricitet

[...]

30. Energitilsynet godkender de forsyningspligtige virksomheders prisfastsættelse efter anmeldelse (jf. lovens § 72, stk. 2 samt be-

kendtgørelse nr. 90 af 7. februar 2000 § 2, 3. pkt., og § 4, stk. 2). Energitilsynets godkendelse af prisfastsættelsen kan ledsages af vilkår, herunder om mere effektive og billige indkøb af elektricitet (jf. bemærkningerne til lovforslagets § 72, stk. 2).

31. Ifølge bemærkningerne til lovens § 72, stk. 1, vil de forsyningspligtige virksomheder med de foreslåede regler blive pålagt en prisregulering, som tager højde for, at virksomhederne skal kunne agere kommercielt. Overskuddet, som nævnes i lovens § 72, stk. 1, skal fastsættes ud fra en konkret vurdering af den enkelte virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet. Det forudsættes, at virksomhederne agerer effektivt ved køb af elektricitet, og at virksomhedernes øvrige omkostninger holdes på et effektivt niveau.

32. Det fremgår af lovforslagets almindelige bemærkninger, pkt. 2, i), at reguleringen af de forsyningspligtige virksomheders priser som overordnet formål har at sikre alle forbrugere elleverancer til rimelige priser. Den pris, som den forsyningspligtige virksomhed opkræver for den leverede el hos forbrugerne, fastsættes ved årets start ud fra et budget, hvori der indgår fortjeneste til virksomheden. Ved årets slutning reguleres avancen, således at den realiserede fortjeneste vil afhænge af den forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet.

33. I de nedenstående afsnit skal Energitilsynets forståelse af ovennævnte bestemmelser og det vurderingsgrundlag, som tilsynet lægger til grund ved godkendelsen af virksomhedernes prisfastsættelse, herunder også grundlaget for pris- og avancefastsættelsen ved årets slutning (i det efterfølgende kaldet pris- og avancereguleringen af de forsyningspligtige virksomheder), præciseres. De nedenstående afsnit beskriver Energitilsynets udgangspunkt for pris- og avancereguleringen, idet tilsynet foretager en konkret vurdering af den enkelte virksomheds prisfastsættelse i henhold til dens kundestruktur samt den enkelte virksomheds effektivitet.

[...]

Vurderingsgrundlag ved pris- og avancereguleringen

36. I pris- og avancereguleringen af de forsyningspligtige virksomheder er det afgørende for Energitilsynet, at virksomhederne gennem reguleringen tilskyndes til at agere effektivt, såvel hvad angår indkøb af elektricitet, som hvad angår virksomhedens øvrige drift. Målet for tilsynet er at sikre lave og rimelige forbrugerpriser under hensyntagen til forsyningspligtvirksomhedernes forpligtelser og under hensyntagen til de faktiske forhold i elmarkedet.

37. Tilsynet finder det endvidere væsentligt, at virksomhederne inden for vide rammer har mulighed for selv at træffe beslutninger om virksomhedens drift, sådan at beslutningskompetence og økonomisk ansvar følges ad.

38. Endelig lægger Energitilsynet vægt på enkelthed og administrerbarhed i det valgte vurderingsgrundlag.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 39 af 60

39. Tilsynet vil i sine vurderinger fokusere på den kWh-pris, som forbrugeren betaler til den forsyningspligtige virksomhed for den leverede elektricitet.

[...]

83. Hvis den fastlagte efterregulering omvendt er større end nul og virksomheden har opkrævet en mindre pris end den kunne ved effektiv drift, kan virksomheden indregne differencen som en højere avance i den kommende periode.

[...]

88. Energitilsynet skal understrege, at modellen er tilsynets udgangspunkt for pris- og avancereguleringen af de forsyningspligtige virksomheder. Energitilsynet kan anlægge en konkret vurdering overfor den enkelte virksomheds effektivitet, især i tilfælde, hvor en virksomhed kan godtgøre, at særlige forhold uden for virksomhedens indflydelse øger omkostningerne.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 40 af 60

[...]

106. De rammer, der fremgår af nærværende vejledning, danner indtil videre udgangspunkt for Energitilsynets pris- og avanceregulering af de forsyningspligtige elvirksomheder. Tilsynet vil fremkomme med ændringer heri, hvis de erfaringer med virksomhedernes drift, der indhøstes i den kommende tid, måtte tilsige det.

107. Energitilsynet den 27. oktober 2000."

Fra Energitilsynets "Vejledning for forsyningspligtige elselskaber" af 28. april 2003 citeres:

"4. Indgåelse af aftaler med koncernforbundne og andre virksomheder (arms length i den interne fakturering)

[...]

Formålet er at undgå uhensigtsmæssig krydssubsidiering mellem koncernforbundne selskaber. Tilsynet ønsker at sikre "arms length" i den interne fakturering med koncernforbundne selskaber som fx. elhandelsselskaber. Forsyningspligtselskabet skal således når det køber og sælger produkter og ydelser af enhver art af et andet selskab (særligt koncernforbundne selskaber) sikre, at det sker til markedspriser og vilkår samt på behørig vis være i stand til at dokumentere dette overfor Tilsynet"

[...]"

Fra Energitilsynets notat af 23. februar 2004 om "Regulering af forsyningspligtselskaber - efterregulering for 2002" citeres:

"10. Det besluttes,

11. at et rimeligt overskud før skat i 2002, samlet set, i udgangspunktet fastsættes til ikke over 3 DKK/MWh, svarende til i

gennemsnit 8,70 % i forrentning af egenkapitalen primo reguleringsåret.

12. *at* et rimeligt overskud før skat i 2004, samlet set, jf. punkt 5.3.4 i Energitilsynets nye vejledning af 28. april 2003, fastsættes til 8,00 % af egenkapitalen primo reguleringsåret.

13. *at* resultatet, der fremgår af notatets tabel 2, danner udgangspunkt for prisreguleringen for 2002, og afstedkommer en prisgodkendelse for virksomhederne i de tilfælde, hvor sekretariatet ikke efterfølgende foretager en konkret vurdering af virksomheden. Efter at afgørelsen er bekendtgjort virksomheden har den 4 uger til at gøre indsigelse, herunder at anmode Energitilsynet om at virksomhedens særegne forhold inddrages i prisreguleringen.

[...]

44. Energitilsynet finder det derfor ikke urimeligt, at et rimeligt overskud før skat i 2002, samlet set, i udgangspunktet fastsættes til ikke over 3 DKK/MWh eller i gennemsnit 8,70% forrentning af primo egenkapitalen.

[...]”

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 41 af 60

Supplerende oplysninger om Energitilsynets og det tidligere Elprisudvalgs praksis

Fra Elprisudvalgets afgørelse af 25. oktober 1999 vedrørende Sjællandske Kraftværkers (SK's) elsalg til selskabets 4 interessenter citeres bl.a.:

”Beslutning

[...]

Det meddeles videre SEAS, NVE, NESA og Frederiksberg kommune, at udvalget finder, at princippet om indregning af nødvendige udgifter efter gennemførelsen af lov nr. 486 indebærer, at distributionsselskaberne må undersøge markedet for elektricitet med henblik på indkøb til de lavest mulige omkostninger, og over for udvalget godtgøre en sådan undersøgelse samt sandsynliggøre, at omkostningerne herved lå under de alternative tilbud.

Det meddeles herudover, at selskaberne ikke har forholdt sig som anført og ikke har kunnet godtgøre, at der på beslutningstidspunktet havde fundet en større markedsundersøgelse sted, som kunne danne grundlag for beslutning om valg af elleverandør.

Det meddeles endelig SEAS, NVE, NESA og Frederiksberg kommune, at på baggrund af den usikkerhed, der herskede i efteråret 1998 omkring elselskabernes fremtidige vilkår og struktur, finder Elprisudvalget dog, at de 4 interessenter ved prisfastsættelsen for 1999 kan indregne omkostningerne til elindkøb i henhold til rammeaftalen mellem Sjællandske Kraftværker og interessenterne i priserne som en nødvendig omkostning, jf. elforsyningslovens § 9, stk. 1.

Baggrund

Ad de fremtidige forpligtelser

I redegørelserne rejses indledningsvis spørgsmålet om interessenterne hæfter for og under den ny elforsyningslov kan indregne omkostninger fra SK's i priserne, der er en følge af beslutninger truffet forud for Konkurrencerådets ophævelse af aftageforpligtelsen subsidiært forud for konkurrencelovens ikrafttrædelse.

Et af formålene med den ny elforsyningslov, lov 375, er at skabe konkurrence på elområdet. Et af de elementer, der indgår, er en klar adskillelse mellem monopol- og konkurrenceområder, hvor kraftværkerne sammen med handel med elektricitet skal operere på konkurrenceområdet, medens netdrift skal fungere som en offentlig infrastruktur.

Bestemmelser i de privatretlige aftaler elforsyningerne har indgået og som strider mod lov 375, viger for denne lov. Dette forhold mellem ny lovgivning og bestemmelser i aftaler indgået forud for den ny lov har været almindeligt gældende i energiprisudvalgenes arbejde og er også gældende på konkurrencelovsområdet. Dette var baggrunden for, at Konkurrencerådet kunne ophæve aftalen om interessenternes aftageforpligtelse.

[...]

Ad forskelsbeløbet på 6 øre/kWh

På mødet den 30. august besluttede Elprisudvalget som nævnt, at de 4 interessenter skulle redegøre for, hvorfor deres indkøbspris fra SK lå ca. 6 øre over SK's salgspris for anden afsætning.

Til belysning heraf har interessenterne indsendt enslydende redegørelser for, hvad de alternativt kunne have indkøbt til.

[...]

Med hensyn til størrelsen af de øvrige elementer hersker der stor usikkerhed om de foretagne beregninger. Specielt én post påkalder sig imidlertid opmærksomhed: Tillægget for leveringsgaranti på Sjælland på 7,85 øre/kWh. Interessenterne har ikke godtgjort, at der ved bortfald af de 30% indkøb på Sjælland [...] ikke vil være tilstrækkelig kapacitet til at varetage balanceansvaret. [...] En beregning på dette grundlag er ikke foretaget.

I øvrigt har interessenterne ikke været på markedet for at afsøge prisen for balancekraft, heller ikke hos SK-energi.

[...]

Interessenterne har ikke ved den alternative beregning påvist, at indkøbsprisen hos Sjællandske Kraftværker samlet set var det bedste alternativ på beslutningstidspunktet. Interessenterne har ikke indhentet tilbud fra anden side og har dermed ikke opfyldt deres forpligtelse til at undersøge markedet for elektricitet med henblik på indkøb til lavest mulige omkostninger. Herved har de ikke kunnet sandsynliggøre, at omkostningerne til det valgte elindkøb herved ligger under de alternative tilbud.

Imidlertid må det medgives interessenterne, at der på beslutningstidspunktet var usikkerhed om indholdet i elreformen, de strukturmæssige konsekvenser heraf, kraftværkernes og distribu-

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 42 af 60

tionsselskabernes fremtidige rolle, samt den på det tidspunkt uafsluttede konkurrencelovssag vedrørende den vedtægtsmæssige aftageforpligtelse, der bestod indtil den 1. 5. 1999. Som følge af denne usikkerhed finder udvalget det betænkeligt at anse den prispåvirkende effekt af de indgåede leveringsaftaler med Sjællandske Kraftværker for stridende mod elforsyningslovens § 9, stk. 1 med den virkning at det pålægges interessenterne at nedsætte deres priser.

[...]"

Fra Energitilsynets afgørelse "Efterregulering af de forsyningspligtige el-selskaber for 2001" af 17. juni 2002 citeres:

"1. Energitilsynet skal regulere de forsyningspligtige el-selskabers overskud i forhold til effektiviteten af det enkelte selskab, jf. lovens § 72, stk. 1.

2. Til det formål har Energitilsynet udviklet en referenceprismodel, hvor referenceprisen udgør tilsynets bud på prisen for en kWh elektricitet i en effektiv drevet forsyningspligtvirksomhed. Modellen er offentliggjort i en vejledning, jf. vejledning af 27. oktober 2000.

[...]

6. Ved at sammenligne referenceprisen med forsyningspligtselskabernes gennemsnitlige salgspriser fås et mål for effektiviteten. Selskaber med priser over referenceprisen vurderes at være ineffektive og vil få reguleret overskuddet herefter, jf. afsnit 82-84 i vejledningen. Selskaber med priser under referenceprisen vil ikke blive efterreguleret.

[...]

11. Efterreguleringen på basis af individuelle markedsbaserede elindkøbsomkostninger for de 4 selskaber resulterer i tilbagebetaling af 8,3 mio. kr. for 2001. Det svarer til lidt under 0,5 procent af den samlede omsætning i de 36 selskaber i 2001.

Afgørelse

12. Energitilsynet vedtog at godkende efterreguleringen af de forsyningspligtige el-selskabers regnskab for 2001 med henvisning til elforsyningslovens § 72, stk. 1 og vejledningen af 27. oktober 2000. Det betyder,

13. at selskaber med priser under referenceprisen for 2001 eller selskaber som kan retfærdiggøre deres forhøjede priser med højere individuelle markedsbaserede elindkøbsomkostninger vurderes at være effektive og vil ikke blive efterreguleret,

14. at selskaber med priser over referenceprisen for 2001 og som ikke med deres handelsstrategi kan retfærdiggøre højere individuelle markedsbaserede elindkøbsomkostninger vurderes at være ineffektive og vil blive efterreguleret,

15. og at efterreguleringen foretages ved at kræve et lavere effektivitetsreguleret overskud for disse selskaber i 2002.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 43 af 60

[...]

Begrundelse

51. Med udgangspunkt i referenceprismodellen har Energitilsynet udregnet en referencepris for 2001, der udgør tilsynets bud på prisen for en kWh elektricitet i en effektiv drevet forsyningspligt-virksomhed

52. Energitilsynets vurdering er, at forsyningspligtselskaber med gennemsnitlige salgspriser under referenceprisen er effektive, jnvf. appendiks 1. Selskaberne vil derfor ikke skulle have efterreguleret deres overskud.

53. Omvendt vil forsyningspligtselskaber med priser over referenceprisen umiddelbart vurderes som værende ineffektive, jf. vejledningens afsnit 82.

54. Da elmarkedet i 2001 var yderst volatilt, har sekretariatet inddraget handelsstrategien ved den konkrete effektivitetsvurdering af de umiddelbart ineffektive selskaber. På baggrund af handelsstrategien har Energitilsynet kunnet efterprøve de effektive elindkøbsomkostninger for de ineffektive selskaber.

55. Det er tilsynets vurdering, at såfremt de individuelle markedsbaserede elindkøbsomkostninger overstiger prisen for modelporteføljen, skal selskaberne kompenseres for de forhøjede omkostninger.

56. De forhøjede omkostninger er i en sådan situation ikke udtryk for en ikke-kommerciel disposition og kan inddrages ved den konkrete vurdering af den enkelte virksomheds effektivitet, jnvf. vejledningens afsnit 88.

57. Til gengæld er det tilsynets vurdering, at selskaber med individuelle markedsbaserede elindkøbsomkostninger under prisen for modelporteføljen vil skulle efterreguleres med forskellen ned til referenceprisen. Størrelsen af efterreguleringen udregnes ved at multiplicere ineffektiviteten med den omsatte mængde elektricitet i 2001, jf. tabel 3.

58. Endelig er det tilsynets vurdering, at umiddelbart ineffektive selskaber, der ikke kan dokumentere deres forhøjede elindkøbsomkostninger, også skal reguleres i henhold til referenceprisen."

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 44 af 60

Af Energitilsynets afgørelse af 20. januar 2003 vedrørende KE Kunde A/S fremgår bl.a.:

"6. Forsyningspligtselskaberne skal behandles symmetrisk dvs., når Energitilsynet kompenserer selskaber med høje priser, så skal Energitilsynet sikre at lave priser, der alene skyldes en i bakspejlet heldig handelsstrategi ikke kan resultere i et tilgodehaven-

7. Det er ressourcekrævende at afprøve handelsstrategier for samtlige effektive selskaber. KE Kunde er blevet valgt ud fordi de selv har rettet henvendelse til Energitilsynet om indregning af tilgodehavende i 2002 og fremover. Et princip kun[ne] her være at man kun efterprøver handelsstrategier for selskaber der henven-

der sig til Energitilsynet med henblik på at indregne tilgodehavender i efterfølgende perioder.

8. Energitilsynet vurderer at KE Kunde har et tilgodehavende. Tilgodehavendet fremkommer, fordi salgsprisen ligger under referenceprisen, og fordi en afprøvning af KE Kundes handelsstrategi viste, at de ikke kunne have foretaget deres indkøb billigere end salgsprisen.

Afgørelse

[...]

10. Energitilsynet vedtog, at det meddeles KE Kunde, at en opgørelse af KE Kundes indkøbsomkostninger i 2001 vurderes at betyde, at KE Kunde har et regulatorisk tilgodehavende på 13,8 mio. kr. Vurderingen sker med hjemmel i Elforsyningslovens § 72 og under hensyntagen til Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2000.

18. Energitilsynet har med udgangspunkt i elforsyningslovens § 72, stk. 1, udviklet en prisloftmodel, benævnt referenceprismodellen, som er beskrevet i Vejledning om forsyningspligtige elvirksomheder af 27. oktober 2000. Modellen gør Energitilsynet i stand til at vurdere hvilke forsyningspligtselskaber, der har ageret effektivt og hvilke, der har ageret ineffektivt.

19. Vejledningen foreskriver, at effektivitetsvurderingen foretages ved at sammenligne forsyningspligtselskabets gennemsnitlige årlige salgspris med en beregnet referencepris. Vejledningen forudsætter imidlertid, at referenceprisen alene er rammen for effektivitetsvurderingen. I afsnit 76 står der:

"76. Ud fra sammenligningen mellem virksomhedens prissætning og den beregnede referencepris fastlægger Energitilsynet en realiseret avance og en efterregulering af avancen. Rammen for referenceprisen og dermed avancen er ens for alle virksomheder. Referenceprisen for den enkelte virksomhed afspejler dog en konkret vurdering af virksomhedens kunde- og afsætningsstruktur."

20. Endvidere hedder det i afsnit 88 om den individuelle vurdering af selskabernes effektivitet:

"88. Energitilsynet skal understrege, at modellen er tilsynets udgangspunkt for pris- og avancereguleringen af de forsyningspligtige virksomheder. Energitilsynet kan anlægge en konkret vurdering overfor den enkelte virksomheds effektivitet, især i tilfælde, hvor en virksomhed kan godtgøre, at særlige forhold uden for virksomhedens indflydelse øger omkostningerne."

[...]

Efterregulering af overskud for 2001

[...]

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 45 af 60

31. Det er understreges, at elforsyningslovens § 72, stk. 1, efter Energitilsynets vurdering ikke forudsætter, at mere effektive selskaber kan indregne den uudnyttede avance i kommende års priser. Den gældende vejledning fortolker til gengæld loven, som om dette skal være muligt. Indtil vejledningen udløber, vurderer Energitilsynet, at man må acceptere, at selskaber med priser under referenceprisen i 2001 vil have krav på et reguleringsmæssigt tilgodehavende.

Beregning af tilgodehavende

[...]

34. En symmetrisk behandling vil betyde, at når Energitilsynet kompenserer selskaber med høje priser for bevisligt fordyrende elindkøb, så skal Energitilsynet tilsvarende skærpe, at lave priser, der alene skyldes en i bakspejlet heldig handelsstrategi ikke kan resultere i et tilgodehavende.

35. Derudover må der gælde, at eftersom selskaber med priser over referenceprisen ikke er blevet straffet for, at der er blevet taget hensyn til den individuelle handelsstrategi ved efterreguleringen, så bør selskaber med priser under referenceprisen tilsvarende heller ikke blive belønnet for, at der bliver taget hensyn til den individuelle handelsstrategi. Konkret betyder det, at et selskab med en gennemsnitlig salgspris under referenceprisen maksimalt kan have forskellen til referenceprisen til gode.

[...]"

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 46 af 60

Supplerende oplysninger om Energi Nord-koncernens selskaber

Af Energi Nord Forsyning A/S' årsrapport 2002 fremgår, at selskabet er datterselskab af HEF Net A/S, der ejer 50,6 %. Af årsrapporten for 2002 for Energi Nord Handel A/S fremgår, at selskabet ligeledes er datterselskab af HEF Net A/S, der ejer 52 %. Om ejerforholdene i Energi Danmark-Disam A/S fremgår af årsrapport 2002 for Energi Danmark-Disam A/S s. 15, at Energi Nord Handel A/S ejer 18,02 %. Af klagers sagsfremstilling i det endelige klageskrift jf. s. 8 i klageskriftet fremgår om engroshandel med el:

"[...] Det er korrekt, at Energi Nord Forsyning har indkøbt el og balanceenergi fra Energi Nord Handel A/S ("Energi Nord Handel"), hvori Energi Nord Forsyning indirekte har en ejerandel på 32%. Det er ligeledes korrekt, at Energi Nord Handel har indkøbt el og balanceenergi fra Energi Danmark DISAM A/S ("Energi Danmark DISAM"), hvori Energi Nord Handel har en ejerandel på 18,02%. Det er derimod ikke korrekt, at Energi Nord Handel ikke har tilført transaktionen værdi.

I hele 2002 stillede Energi Nord Handel således en garanti over for Energi Danmark DISAM for de indkøb, der er foretaget med henblik på videresalg til Energi Nord Forsyning.

[...]"

Bestyrelsen for Energi Nord Forsyning A/S udgjordes ifølge dette selskabs årsrapport for 2002 af Arne Nielsen, Hans Jacob Kring, Ole Larsen, Ove Hust, Jens Kristian Larsen og Erik Skovgaard. Direktør var Jan Ravn.

Bestyrelsen for Energi Nord Handel A/S udgjordes ifølge dette selskabs årsrapport for 2002 af Arne Nielsen, Hans Jacob Kring, Ole Larsen, Ove Hust, Jens Kristian Larsen og Erik Skovgaard. Direktør var Jan Ravn.

Jan Ravn var endvidere medlem af bestyrelsen i Energi Danmark-Disam A/S ifølge dette selskabs årsrapport for 2002.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Retsgrundlag

Af den på tidspunktet for regnskabsåret 2002 gældende elforsyningslov, jf. lovbekendtgørelse nr. 767 af 28. august 2001, fremgår bl.a.:

Side 47 af 60

”§ 1. Lovens formål er at sikre, at landets elforsyning tilrettelægges og gennemføres i overensstemmelse med hensynet til forsyningssikkerhed, samfundsøkonomi, miljø og forbrugerbeskyttelse. Loven skal inden for denne målsætning sikre forbrugerne adgang til billig elektricitet og fortsat give forbrugerne indflydelse på forvaltningen af elsektorens værdier.

Stk. 2. Loven skal i overensstemmelse med de i stk. 1 nævnte formål særligt fremme en bæredygtig energianvendelse, herunder ved energibesparelser og anvendelse af kraftvarme, vedvarende og miljøvenlige energikilder, samt sikre en effektiv anvendelse af økonomiske ressourcer og skabe konkurrence på markeder for produktion og handel med elektricitet.

§ 46. [...]

Stk. 4. Aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår.

§ 69. Priserne for ydelser fra de kollektive elforsyningsvirksomheder fastsættes under hensyntagen til virksomhedernes omkostninger til indkøb af energi, lønninger, tjenesteydelser, administration, vedligeholdelse, andre driftsomkostninger og afskrivninger samt forrentning af kapital. Ved fastsættelsen af priserne tages desuden hensyn til udgifter, som afholdes som følge af, at virksomhederne hæfter for gældsforpligtelser i medfør af § 46, stk. 3, eller for andre elforsyningsvirksomheders gældsforpligtelser stiftet inden lovens ikrafttræden.

Stk. 2. [...]

§ 72. Forsyningspligtige virksomheder kan i deres priser som nævnt i § 69, stk. 1, indkalkulere et overskud, som er rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger.

Stk. 2. Energitilsynet godkender prisfastsættelsen efter anmeldelse, jf. § 76. Godkendelsen kan ledsages af vilkår. Økonomi- og erhvervsministeren kan fastsætte regler om indholdet af vilkårene.

§ 76. De kollektive elforsyningsvirksomheder skal til Energitilsynet anmelde

- 1) priser, tariffer og betingelser for ydelser, der omfattes af bevil-
lingerne, samt grundlaget for fastsættelsen af disse, herunder
leveringsaftaler efter Energitilsynets nærmere bestemmelse,
- 2) [...]
- 3) dokumentation for udskillelse af kommercielle aktiviteter,
- 4) [...]
- 5) [...]
- 6) [...]

Stk. 2. [...]

Stk. 3. Energitilsynet kan fastsætte regler om anmeldelser efter stk. 1 og 2.

§ 77. Hvis Energitilsynet finder, at priser og leveringsbetingelser må anses for at være i strid med bestemmelserne i denne lov, kan tilsynet give pålæg om ændring af priser og betingelser.

Stk. 2. Hvis et urimeligt forhold i forbindelse med forhandlinger om netadgang ikke kan bringes til ophør ved pålæg efter stk. 1, kan Energitilsynet udstede pålæg til bevillingshavere om at indgå en aftale om forholdet på sædvanligt gældende vilkår for tilsvarende aftaler.

Stk. 3. Finder Energitilsynet, at priser, betingelser eller aftaler må anses for at give en miljømæssig eller samfundsøkonomisk uensigtsmæssig anvendelse af energi, kan tilsynet efter forhandling med parterne give påbud om ændring heraf.

Stk. 4. Energitilsynet kan træffe bestemmelse om, at en kollektiv elforsyningsvirksomhed skal ændre forbrugerpriserne, hvis virksomheden har foretaget en disposition, der ikke kan anses for rimelig for forbrugerne. Energitilsynet kan herunder bestemme, at virksomheden i nærmere angivet omfang skal anvende et overskud til ændring af priserne. ”

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 48 af 60

Med virkning fra 1. januar 2005 er elforsyningslovens § 46 affattet således:

”§ 46. Aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår.

Stk. 2. De af stk. 1 omfattede aftaler skal foreligge i skriftlig form på aftaletidspunktet. Virksomhederne skal på begæring fra Energitilsynet forelægge tilstrækkelig dokumentation for, hvordan priser og vilkår for væsentlige aftaler er fastsat.”

Fra forarbejderne til elforsyningsloven, herunder til lovens § 72 (lovforslag nr. L 234, Folketinget 1998-99), citeres:

"i) Priser og betingelser for elektricitet:

Kollektive elforsyningsvirksomheder vil være omfattet af prisregulering, hvor det fælles udgangspunkt er, at virksomhedernes ydelser prisfastsættes under hensyntagen til virksomhedernes omkostninger ved opretholdelse af deres bevillingspligtige aktiviteter. Elproduktions- og handelsvirksomheders salg af elektricitet fastsættes fremover ved aftale, og prissætningen er således kommerciel. [...]

I det omfang selskaberne gennem effektivitetsforbedringer, der går videre end krævet i rammen, kan holde omkostningerne under indtægtsrammen opnår selskaberne et overskud. Overskuddet bruges til at finansiere selskabets fremtidige investeringer, aktiviteter og udgifter i øvrigt samt til forrentning af indskudskapital. Selskabet kan endvidere få godkendt en del af overskuddet som ekstraordinære effektiviseringsgevinster, der kan anvendes frit. Hermed indbygges i prisreguleringen af net- og transmissionsvirksomheder en begrænset overskudsmulighed, der skaber incitament til effektivitetsforbedringer. Miljø- og energiministeren fastsætter regler om, hvad der kan anses for ekstraordinære effektiviseringsgevinster og om hvor meget heraf, der kan disponeres frit. Virksomhedens mulighed for forrentning af kapital, herunder eventuel indskudskapital vil således også afhænge af virksomhedens evne til at reducere omkostningerne i forhold til den udmeldte indtægtsramme.

[...]

Prisreguleringen af forsyningspligtige virksomheder har som overordnet formål at sikre alle forbrugere elleverancer til rimelige priser. Prisreguleringen skal især sikre, at også de små forbrugere får del i gevinsterne ved åbningen af elmarkedet. Der kan ikke på forhånd fastlægges bindende rammer for virksomhedernes indtægter, fordi indkøbsprisen på el afhænger af markedsforhold. Den pris, som den forsyningspligtige virksomhed opkræver for den leverede el hos forbrugerne, fastsættes ved årets start ud fra et budget, hvori der indgår fortjeneste til virksomheden. Ved årets slutning reguleres avancen, således at den realiserede fortjeneste vil afhænge af den forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet. Formålet hermed er at tvinge fortjenesten ned, hvis virksomheden opkræver for høje priser og således beskytte forbrugerne mod, at virksomheden gennem sin indkøbspolitik fører værdier over i andre selskaber, fx et elhandelsselskab eller elproduktionsselskab under samme ejer.

[...]

Alle priser, tariffer og betingelser skal anmeldes til Energitilsynet, som kontrollerer, godkender og offentliggør oplysningerne.

[...]

Til § 46

[...]

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 49 af 60

Bestemmelsen har ligesom stk. 1 til formål at sikre, at værdierne i de kollektive virksomheder alene anvendes i overensstemmelse med lovens prisbestemmelser og at hindre omgåelse af disse bestemmelser. Bestemmelsen i stk. 3 skal navnlig hindre, at de kollektive elforsyningsvirksomheder ved at købe for dyrt eller ved at sælge for billigt overfører midler imellem interesseforbundne virksomheder, hvilket ville stride mod lovens intentioner.

Til § 72

Forsyningspligtige virksomheder vil efter forslaget blive pålagt en prisregulering, som tager hensyn til, at virksomhederne skal kunne agere kommercielt. Det foreslås i stk. 1, at de forsyningspligtige virksomheder kan indregne de kategorier af omkostninger, som er nævnt i § 69, samt et overskud, som er rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger. Overskuddet skal fastsættes ud fra en konkret vurdering af den enkelte forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet. Det forudsættes således, at virksomheden agerer effektivt ved køb af elektricitet, og at den herunder af søger mulighederne for lang- og kortsigtede aftaler og sikrer sig tilstrækkelige reserveleverancer. Endvidere forudsættes det, at virksomhedens egne omkostninger holdes på et effektivt niveau. Der henvises i øvrigt til de almindelige bemærkninger om priser og betingelser for elektricitet pkt. i).

Ifølge forslagets stk. 2 skal Energitilsynet godkende prisfastsættelsen på grundlag af anmeldelse fra virksomheden. Godkendelsen kan ledsages af vilkår, herunder om mere effektive og billige indkøb af elektricitet. Det foreslås videre, at miljø- og energiministeren kan fastsætte regler om indholdet af vilkårene.”

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 50 af 60

Lov nr. 494 af 9. juni 2004 om ændring af lov om elforsyning, lov om naturgasforsyning og lov om varmforsyning, som trådte i kraft den 1. juli 2004, bestemmer i § 4, stk. 4:

”Efterreguleringen af de forsyningspligtige virksomheders priser for perioden fra 2002 indtil ikrafttrædelsen af denne lovs prisregulering af forsyningspligtige virksomheder sker efter de hidtil gældende regler. Efterreguleringen sker i den enkelte virksomheds priser, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1, henholdsvis indkalkuleres i Energitilsynets fastsættelse af den enkelte virksomheds balancerings- og administrationsbidrag, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2 og 3. Denne efterregulering afsluttes senest i 2006.”

Fra bekendtgørelse nr. 90 af 7. februar 2000 om regler for anmeldelse af priser og andre betingelser for transport og levering af elektricitet samt hel eller delvis salg af ejerandele i elforsyningsvirksomheder fremgår:

”§ 1. Anmeldelsespligt efter denne bekendtgørelse påhviler de kollektive elforsyningsvirksomheder, dvs. offentligt eller privat ejede virksomheder med bevilling, som på offentligt regulerede vilkår har til formål at udføre aktiviteter som net-, transmissions-, forsyningspligtig eller systemansvarlig virksomhed.

§ 2. Anmeldelsespligten omfatter de i § 1, nævnte virksomheders

- 1) hele eller delvise afståelse af egne ejerandele i elproduktionsvirksomheder eller andre kollektive elforsyningsvirksomheder, jf. lovens § 39,
- 2) oplysninger om hvilke virksomheder, der besidder ejerandele i virksomheden, i det omfang virksomheden er bekendt med dette, jf. lovens § 39,
- 3) priser, tariffer og betingelser for ydelser, der omfattes af bevillingen, samt grundlaget for fastsættelse af disse herunder leveringsaftaler, jf. lovens § 76, stk. 1, nr. 1,
- 4) anmodninger og aftaler om transit herunder forhandlede priser og betingelser, jf. lovens § 76, stk. 1, nr. 2,
- 5) dokumentation for adskillelse af kommercielle aktiviteter, jf. lovens § 76, stk. 1, nr. 3,
- 6) opgørelse af indskudskapital og kapital, som ønskes forrentet, jf. lovens § 76, stk. 1, nr. 4 samt lovens § 74,
- 7) opgørelse over dækning af realiserede tab ved sideordnet virksomhed efter bestemmelserne i § 9, stk. 6, i lov nr. 54 af 25. februar 1976 om elforsyning med senere ændringer,
- 8) regnskaber, budgetter og andre oplysninger til brug ved fastsættelse af og tilsyn med de i lovens § 70 nævnte indtægtsrammer, jf. lovens § 76, stk. 1, nr. 6.”

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 51 af 60

Energiklagenævnets praksis

Fra en afgørelse af 11. marts 2005 vedrørende Energitilsynets priskontrol af forsyningspligtselskabet EnergiMidt Forsyning A/S' priser for 2002 (j.nr. 11-224) citeres:

”[...]

Resumé af sagen

I sit svarnotat, fremsendt med brev af 6. oktober 2004, har Energitilsynet givet følgende resumé af sagen:

”Tilsynet lagde herved for det første vægt på, at EnergiMidt Forsynings overskud for 2002 før skat var på kr. 3.975.638,- svarende til 6,04 DKK/MWh eller 17,0 procent i egenkapitalforrentning. Dette overskud blev ikke anset for rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1.

[...]

Som det fjerde moment blev der lagt vægt på, at samtlige disse elhandler var foretaget gennem et interesseforbundet elhan-

delsselskab, og at det ikke var dokumenteret, at markedet var afsøgt for alternative leverandører, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1. Således anførte tilsynet, at en bredere afsøgning af markedet burde have kunnet medføre en reduktion af selskabets udgifter til balance- og porteføljemanagement på hhv. 2,779 og 2,394 mio. DKK. ”

[...]

Den påklagede afgørelse

[...]

På baggrund af de af EnergiMidt Forsyning A/S anmeldte elhand-
ler vedr. 2002 kan det konstateres, at virksomheden ikke har
fulgt Energitilsynets modelportefølje/-indkøb 100% og har videre
taget en avance højere end Energitilsynets udgangspunkt.

Det skal dertil bemærkes, at modelporteføljen/-indkøbet næppe
kan følges 100% i praksis, og at der derfor netop vil forekomme
større og mindre afvigelser i forhold til Energitilsynets prisrefe-
rence.

På side 2 skriver virksomheden, at den savner en nærmere be-
grundelse for fastsættelsen af et rimeligt overskud.

Den nærmere begrundelse for, at Energitilsynet i udgangspunktet
ikke anser et overskud på over 3 DKK/MWh som rimeligt, frem-
går af Energitilsynets afgørelse af 23. februar 2004, som Energi-
tilsynet har henvist til i skrivelse af såvel 5. marts 2004 som 27.
maj 2004.

EnergiMidt Forsyning A/S skriver i brev af 20. april 2004, at
”EnergiMidts ejerandel i Dan Energi udgjorde 48,79%”. Energiti-
synet har tolket EnergiMidt som værende EnergiMidt Forsyning
A/S. EnergiMidt Forsyning A/S præciserer i brev af 23. juni
2004, at det er EnergiMidt A/S, der ejer 48,79% af Dan Energi
A/S – og ikke EnergiMidt Forsyning A/S.

Dette ændrer imidlertid ikke på, at EnergiMidt Forsyning A/S, ef-
ter Energitilsynets vurdering, er koncern-/interesseforbundet
med Dan Energi A/S, forstået sådan, at det ikke automatisk kan
antages, at EnergiMidt Forsyning A/S og Dan Energi A/S er uaf-
hængige parter, og at transaktioner indgået mellem disse parter
automatisk kan antages at være indgået på markedsvilkår.

Det er nævnt i Energitilsynets skrivelse af såvel 5. marts 2004
som 27. maj 2004, at virksomheden ikke har dokumenteret at
have afsøgt markedet for alternative elleverandører i 2002. I tillæg
hertil har Energitilsynet i mails af hhv. 24. juni 2004 og 28. juni
2004 anmodet virksomheden om dokumentation for, at virksom-
heden har afsøgt markedet for alternative elleverandører.

EnergiMidt Forsyning A/S har i mail af 29. juni 2004 ikke kunne
dokumentere at markedet er afsøgt, selvom virksomheden anfø-
rer, at det ikke kan tages som udtryk for, at virksomheden ikke
har afsøgt markedet. Der kan hertil henvises til Elprisudvalgets
afgørelse af 25. oktober 1999 (interessenternes indkøbspriser fra

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 52 af 60

Sjællandske Kraftværker) vedr. afsøgning af markedet og dokumentation herfor.

[...]

Energiklagenævnets bemærkninger

Angående køb fra et interesseforbundet selskab har klager anført, at EnergiMidt A/S' ejerdel af Dan Energi A/S på 48,79 % taler imod, at EnergiMidt Forsyning A/S skulle have tilskyndelse til eller interesse i høje priser.

EnergiMidt Forsyning A/S' elindkøb er sket gennem Dan Energi A/S, som for 48,79 % af aktiernes vedkommende ejes af EnergiMidt A/S, som er moderselskab for EnergiMidt Forsyning A/S' moderselskab. Uagtet, at EnergiMidt Forsyning A/S ikke direkte eller indirekte ejer Dan Energi A/S, omtaler EnergiMidt Forsyning A/S' årsrapport for 2002 moderselskabet EnergiMidt Net A/S og dettes moder- og søsterselskaber som nærtstående parter, idet årsrapporten bemærker, at transaktioner mellem disse er "elimineret fuldt ud i koncernregnskabet for Energi Midt A.m.b.a., hvorfor der ikke er oplyst om transaktioner med disse." Ligeledes omtaler Dan Energi A/S' årsrapport for 2002 EnergiMidt Forsyning A/S som nærtstående. Energitilsynet har derfor med føje anset selskaberne som nærtstående.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 53 af 60

Energiklagenævnets konklusion

Den overordnede konklusion på klagesagen er, at det skøn, som Energitilsynet har udøvet, ligger inden for de rammer, elforsyningsloven fastsætter, og i øvrigt er udøvet sagligt. Da klagen i det væsentligste støtter sig på vejledningen, tilføjer nævnet, at hovedsynspunktet herom må være, at Energitilsynet ikke kan fraskrive sig de vide skønsmæssige beføjelser, som er grundlaget for den type af priskontrol og prisgodkendelse, som elforsyningsloven foreskriver.

Det er derfor også nødvendigt at fastslå, at notater fra Energitilsynet ikke ville kunne begrænse den skønsudøvelse, som pålægges tilsynet ved elforsyningslovens §§ 46, 69, 72, 76 og 77, til fordel for en selvskabt tilsynspraksis. Nævnet finder ej heller bevis for, at tilsynet har ment, at dets notater skulle have haft et sådant formål eller følge. Endnu mindre er der anledning til at antage, at Energitilsynet ville eller kunne fraskrive sig ret til at revidere de holdninger eller synspunkter, notater måtte give udtryk for, på grundlag af nye erfaringer eller erkendelser, eksempelvis om den bedste måde at håndtere koncernforhold og forbrugerbeskyttelse.

Klagen er derfor i en vis forstand en klage over elforsyningslovens prisgodkendelsessystem som sådan, hvilken imidlertid falder uden for tilsynets og nævnets kompetence.

[...]"

Sagen drejer sig om Energitilsynets regulering af Energi Nord Forsyning A/S' priser for 2002. Klagers primære påstand er, at selskabets priser for 2002 godkendes. Subsidiært påstås, at Energitilsynets afgørelse af 1. november 2004 er ugyldig og skal ophæves og hjemvises til fornyet behandling i Energitilsynet.

Sagen er i det væsentlige opstået, fordi energilovgivningen har opretholdt Energitilsynets beføjelse til at foretage priskontrol. For forsyningspligtige virksomheder skærper elforsyningslovens § 72, stk. 2, kontrollen til en egentlig godkendelsesbeføjelse over for priser. Ved godkendelsen kan der ske efterregulering. Om det overordnede formål med dagældende § 72 udtalte lovbemærkningerne, at "Prisreguleringen af forsyningspligtige virksomheder har som overordnet formål at sikre alle forbrugere elleverancer til rimelige priser."

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Ifølge § 4, stk. 4, i lov nr. 494 af 9. juni 2004 skal Energitilsynet gennemføre efterreguleringen af priserne for 2002 og senere år til afslutning senest i året 2006.

Side 54 af 60

Elforsyningslovens § 69 og § 72, stk. 1, angiver detaljerede regler for, hvilke hensyn Energitilsynet kan hhv. ikke kan tage ved prisberegningen. Disse bestemmelser suppleres af anmeldelsesbestemmelserne i § 76, der opregner en række yderligere elementer og dokumenter, som Energitilsynet kan og skal tage i betragtning ved sin afvejning.

Lovens § 72, stk. 2, sammenholdt med § 46, stk. 4 (nu § 46, stk. 1), og § 77, giver Energitilsynet omfattende skønsmæssige beføjelser ved udøvelse af prisgodkendelsen, idet tilsynet skal skride ind, hvis

- tilsynet "finder", at priserne "må anses for at være" i strid med de ovennævnte bestemmelser (§ 77, stk. 1);
- der findes "urimelige forhold", hvilket efter lovbemærkningerne klart omfatter risiko for krydssubsidiering gennem koncernforhold eller aftalemæssig markedsregulering (§ 77, stk. 2);
- priserne fører til "samfundsøkonomisk u hensigtsmæssig anvendelse af energi" (§ 77, stk. 3);
- der foreligger en disposition, der "ikke kan anses for rimelig for forbrugerne" (§ 77, stk. 4); eller hvis
- der foreligger aftaler, der ikke er indgået på markedsmæssige vilkår (§ 46, stk. 4 (nu § 46, stk. 1)).

Der er ikke i sagen grundlag for at antage, at Energitilsynet ikke har lagt de her nævnte kriterier til grund for den påklagede afgørelse. Der er ej heller grundlag for at antage, at tilsynet har anvendt de her citerede lovbestemmelser ukorrekt. Nævnet fremhæver, at klageren ej heller har anført urigtig anvendelse af elforsyningsloven i sine detaljerede anbringender.

Klagen fra Energi Nord Forsyning A/S bygger således ikke primært på elforsyningsloven, men på selskabets forståelse og fortolkning af Energitilsynets praksis og de vejledninger, som tilsynet tidligere har udsendt i 2000 og 2003.

Energi Nord Forsyning A/S' hovedsynspunkter kan sammenfattes således:

1. Med tilbagevirkende kraft og på en for selskabet uforudsigelig måde har Energitilsynet markant og generelt ændret praksis i forhold til retningslinjerne i den gældende vejledning fra 2000 og den praksis, der forelå på grundlag heraf (herunder KE Kunde A/S-afgørelsen). Praksisændringen består i, at Energitilsynet nu har truffet en række konkrete afgørelser om prisregulering af de forsyningspligtige selskaber for 2002, der fraviger vejledningens udgangspunkt. Vejledningens udgangspunkt var, at de forsyningspligtige virksomheder ikke ville blive efterreguleret, såfremt deres salgspriser lå under referenceprisen, og at virksomhederne kunne indregne den fulde forskel mellem salgsindtægter og omkostninger som avance, når blot virksomheden blev vurderet effektiv ved at holde sin pris under referenceprisen. Energi Nord Forsyning A/S kunne indrette sig i tillid til vejledningens udgangspunkt og i tillid til, at tilsynets rimelighedsvurdering ikke ville ændre sig markant med tilbagevirkende kraft 2 år efter reguleringssårets begyndelse.
2. Pristillægget på XX mio. kr. til søsterselskabet Energi Nord Handel A/S er et udtryk for markedsvilkår i overensstemmelse med elforsyningslovens § 46, stk. 4, og tillægget er en nødvendig omkostning, der kan indregnes i salgsprisen, jf. elforsyningslovens § 69. Pristillæggets karakter af nødvendig omkostning kan henføres til de nødvendige opgaver, som Energi Nord Handel A/S varetager i relation til forsyningspligt opgaven: indkøb, kundebetjening, afregning og måledatahåndtering samt garantistillelse og risikoafdækning for Energi Nord Forsynings elindkøb hos Energi Danmark-Disam A/S.
3. Energitilsynet har hverken begrundet eller sandsynliggjort, hvorfor Energi Nord Forsyning A/S ikke har handlet omkostningseffektivt. Tilsynets skønsmålinger begrænses af disse beviskrav.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 55 af 60

Vedrørende anmodningen om mundtlig forhandling skønner Energiklagenævnet, at der ikke herved vil fremkomme nye og væsentlige faktiske omstændigheder, som ikke allerede har kunnet oplyses gennem den udførlige udveksling af synspunkter, som allerede har fundet sted for nævnet.

1.

Energitilsynets vejledning

Nævnet bemærker indledende, at udgangspunktet er, at de forsyningspligtige selskaber varetager sine og kundernes interesser via indkøb på det kommercielle elmarked. Et selskabs fortjeneste afhænger af virksomhedens effektivitet sammenholdt med mulighederne for at agere effektivt på markedet, jf. herved elforsyningslovens § 1, stk. 2, vedrørende konkurrence på markeder for handel med elektricitet, og de bag lovens § 72 liggende hensyn til forsyningspligtselskabernes kommercielle fremfærd (incitamentstyring). Således frembringes selskabets resultat som udgangspunkt af adfærden på markedet – ikke af en vejlednings retningslinjer om, hvordan myndighederne ved årets udgang vil føre tilsyn med, at elforbrugernes interesser varetages.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 56 af 60

Ifølge forarbejderne til elforsyningslovens § 72 (L234, FT 1998-99) fordrer prisreguleringen ”en konkret vurdering af den enkelte forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, der er for at agere effektivt på markedet”. Elforsyningslovens udgangspunkt er, at myndigheders afgørelser skal hvile på et konkret skøn på basis af lovens regler, når der ikke er klar hjemmel for andet. Lovens § 72 giver således Energitilsynet ret og pligt til at vurdere for hvert selskab, om en prisfastsættelse kan godkendes ud fra prisbestemmelserne i loven. I tvivlstilfælde skal det afgørende hensyn for skønnets resultat være, at elforbrugerne sikres rimelige priser henset til, at pligtforsyningsvirksomhedernes eksistensberettigelse er forbrugerbeskyttelse.

Tilsynet har herved ret og pligt til efter lovens § 84 at kræve den dokumentation, der må anses for nødvendig for en fuldt oplyst vurdering af den positive eller negative efterregulering, som den enkelte virksomheds prisfastsættelse måtte give anledning til. Det samme følger med virkning fra 1. januar 2005 af elforsyningslovens § 46, stk. 2. Der er ikke i loven holdepunkter for, at Energitilsynets skøn begrænses af manglende dokumentation, særligt når krav om fremlæggelse af dokumentationen er fremsat.

Elforsyningslovens § 72 overlader Energitilsynet et skøn. Tilsynets ”Vejledning om forsyningspligtige elvirksomheder, herunder Energitilsynets godkendelse af virksomhedernes prisfastsættelse” af 27. oktober 2000, kan ikke binde tilsynets skøn på en måde, således at de forsyningspligtige selskaber generelt kan påberåbe sig vejledningen i forhold til Energitilsynet eller over for elforbrugere.⁴ Det af klager anførte desangående kan ikke ændre herpå.

Nævnet kan således ikke tiltræde, at Energitilsynet gennem vejledningen har fraskrevet sig over for de forsyningspligtige selskaber at kunne foretage en konkret vurdering fra sag til sag, eller gennem vejledningen generelt har be-

⁴ Jf. bl.a. Jens Garde m.fl., Forvaltningsret. Almindelige Emner, 3. udgave, 1997, side 222 og Gammeltoft-Hansen, Forvaltningsret, 2. udg., 2002, side 360-361.

grænset de mulige resultater af skønnet. Nævnet kan heller ikke tiltræde, at Energitilsynet ikke vil kunne ændre vejledningen.

Nævnet finder det naturligt, at Energitilsynet i notatform har klargjort prisgodkendelsens problematik både for sig selv og – som led i moderne serviceorienteret forvaltningsvirksomhed – også for berørte borgere og selskaber. Det gælder ikke mindst ved anvendelsen af retlige standarder som de i § 72 omhandlede ”effektivitet” og ”rimeligt overskud”, hvis indhold nødvendigvis må variere over tid, hvorfor vejledningen må undergå justeringer med passende mellemrum.

Nævnet nærer ingen betænkelighed ved, at tilsynet anvender en vejledning som retningslinje for en konkret vurdering. § 72 indebærer imidlertid, at der *skal* ske en konkret vurdering af virksomhedens priser og effektivitet.

Da visse interne forvaltningsregler *efter deres indhold og anvendelse* kan rejse spørgsmål om berettigede forventninger, finder nævnet anledning til at understrege, at nævnet er enig i, at vejledningen kan indgå i vurderingen af den retsstilling, de forsyningspligtige selskaber tillægges ved anvendelsen af elforsyningslovens §§ 72 og 77.

Om Energitilsynets ”Vejledning om forsyningspligtige elvirksomheder, herunder Energitilsynets godkendelse af virksomhedernes prisfastsættelse” af 27. oktober 2000 konstaterer nævnet, at vejledningen angiver at have til formål at informere generelt (pkt. 2), at vejledningens pkt. 2, 3, 11, 33, 40, 75, 88, 89 og 106 betoner, at vejledningen alene danner udgangspunkt for reguleringen, og at vejledningens pkt. 33, 45, 51, 88 og 91 udtrykkeligt bekræfter, at Energitilsynet fra sag til sag vil foretage den konkrete vurdering, som lovens § 72 pålægger tilsynet.

Nævnet finder endvidere, at der ikke etableres en fast praksis ved, at kontrollen grundet ressourcehensyn i tilsynet for ét reguleringsår har haft en lavere intensitet, end det er tilfældet for 2002. Nævnet bemærker endvidere, at en enkelt afgørelse – tilsynets afgørelse af 20. januar 2003 vedr. KE Kunde A/S – ikke etablerer en praksis. Nævnet bemærker også, at Energitilsynet i KE Kunde A/S-sagen foretog en konkret vurdering.

Nævnet finder, at der ikke er særlige grunde, der medfører, at myndighedernes almindelige beføjelse til at ændre deres vejledninger og lign. er undergivet begrænsninger i forhold til § 72.

Herudfra og i øvrigt ud fra vejledningens karakter og ordlyd finder nævnet ikke grundlag for at anse det for at være i strid med forvaltningsretlige principper, at tilsynet ikke har fulgt vejledningens udgangspunkt i denne sag. Det

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 57 af 60

forhold, at klager har indrettet sig i tillid til vejledningen, kan ikke ændre her-ved.

2.

Energi Nord Forsyning A/S' samhandel med Energi Nord Handel A/S

Energi Nord Forsyning A/S' elindkøb er sket gennem det koncernforbundne Energi Nord Handel A/S. Energi Nord Handel A/S har indkøbt el fra Energi Danmark Disam A/S og derpå videresolgt varen til Energi Nord Forsyning A/S. Handelsvirksomheden har i forbindelse med handlen ifølge klager varetaget funktionerne: indkøb, kundebetjening, afregning og måledatahåndtering samt garantistillelse og risikoafdækning for Energi Nords elindkøb hos Ener-gi-Danmark Disam A/S og oppebærer for sine ydelser det i sagen omtvistede pristillæg på XX mio. DKK fra Energi Nord Forsyning A/S. Energi Nord Han-del A/S' opgaver i forbindelse med videresalget af el er ikke dokumenteret ved fremlæggelse af de aftaler, hvoraf disse forpligtelser fremgår.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 58 af 60

Sagens kerne er således, hvorvidt dette pristillæg repræsenterer en egentlig omkostning forbundet med elindkøbet fra Energi-Danmark Disam A/S. Selve prisen på el er uden betydning for denne vurdering.

Himmerlands Elforsyning A/S er moderselskab for Energi Nord Handel A/S og Energi Nord Forsyning A/S. Energitilsynet har derfor med føje anset Ener-gi Nord Forsyning A/S og Energi Nord Handel A/S som nærtstående parter.

Af elforsyningslovens forarbejder følger, at prisreguleringen af de forsynings-pligtige selskaber blandt andet har til formål at "beskytte forbrugerne mod, at virksomheden gennem sin indkøbspolitik fører værdier over i andre selska-ber, fx et elhandelsselskab ... under samme ejer." Det følger af hensynet til prisreguleringens effektivitet og troværdighed over for elforbrugerne, at Ener-gitilsynet bør skride ind over for tegn på krydssubsidiering fra et selskabs forsyningspligtige kunder (eksempelvis til nærtstående handelsselskaber, som ikke er omfattet af Energitilsynets beføjelser). Dokumentationskravene skal sikre såvel selskabets mulighed for at agere effektivt på markedet, som Energitilsynets mulighed for at forvisse sig om, at selskabet ikke – sådan som elforsyningsloven er til hinder for – gennem sine indkøb fører værdier over i andre selskaber, eksempelvis nærtstående handelsselskaber.

Ud fra det oplyste om Energi Nord-koncernens struktur- og ledelsesforhold finder nævnet det beføjet, at Energitilsynet har øget tilsynet med Energi Nord Forsyning A/S' priser og omkostninger. Nævnet kan derfor ikke kritisere, at tilsynet har reageret over for Energi Nord Forsyning A/S' indkøbsaftaler med Energi Nord Handel A/S.

De hovedhensyn, der har været bestemmende for Energitilsynets foreløbige tilkendegivelser og senere endelige afgørelse, kan sammenfattes således:

- at Energi Nord Forsyning A/S ikke ved at henvise til anfordringsgarantien til værdi af XX. t.DKK, som Energi Nord Handel A/S stillede overfor Energi Danmark-Disam A/S i tilstrækkelig grad havde redegjort for pristillægget på XX mio. DKK til Energi Nord Handel A/S
- at Energi Nord Forsyning A/S således ikke fandtes at have dokumenteret, at pristillægget på XX mio. DKK var en nødvendig omkostning, der kunne indregnes i salgspriserne iht. elforsyningslovens § 69, og
- at pristillægget på XX mio. DKK til det koncernforbundne elhandelselskab Energi Nord Handel A/S ikke fandtes at afspejle markedsvilkår jf. elforsyningslovens § 46, stk. 4, idet virksomheden ikke kunne dokumentere at have afsøgt markedet for alternative leverandører af el og garantistillelser.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Side 59 af 60

Samtlige ovenstående hovedhensyn, der af Energitilsynet er blevet tillagt vægt i tilsynets endelige afgørelse, drejer sig om dokumentationens detaljeringsgrad.

Af bekendtgørelse nr. 90 af 20. februar 2000 samt Energitilsynets anmeldelseskemaer fremgår, at de forsyningspligtige virksomheder bl.a. skal anmelde elindkøbsaftaler/porteføljemanagementaftaler samt fakturerings- og callcenter-aftaler til Energitilsynet. Sådanne dokumentationskrav er udmøntet i overensstemmelse med elforsyningslovens § 76.

Energi Nord Forsyning A/S, der er rådig over dokumentationen for, at selskabet har ageret effektivt ved indkøb af elektricitet og afholdelse af øvrige omkostninger, er efter nævnets opfattelse også nærmest til at fremkomme med den for tilsynet, eller bære risikoen for dens fravær. Sådanne oplysninger er hverken fremlagt under sagens behandling i første eller anden instans, og nævnet tiltræder derfor, at tilsynet er gået ud fra, at pristillægget ikke var en nødvendig omkostning, der kunne indregnes i salgspriserne. Ud fra samme begrundelse tiltræder nævnet Energitilsynets vurdering, hvorefter pristillægget ikke fandtes at afspejle markedsvilkår.

Nævnet kan ej heller give klageren ret i, at en virksomhed med priser under referenceprisen alene kan reguleres, hvis Energitilsynet kan påvise forhold, der klart og utvivlsomt taler herfor. En sådan bevisbyrderegel og begrænsning af tilsynets skøn ville ikke være forenelig med elforsyningslovens krav om konkret skøn fra sag til sag, eller forbrugerbeskyttelsen som det overordnede formål.

3. Sandsynliggørelse af og begrundelse for klagers effektivitet

Efter elforsyningslovens § 84 kan Energitilsynet i forbindelse med kontrollen efter § 72 indhente de nødvendige oplysninger ud over det efter § 76 anmeldte. Eftersom klageren efter tilsynets opfattelse vægrede sig ved at begrunde sin påståede effektivitet, finder nævnet, at Energitilsynet under disse omstændigheder ikke kunne lægge til grund, at Energi Nord Forsyning A/S handlede effektivt i forhold til omkostningerne. Det var netop med henblik på at undersøge rigtigheden af denne antagelse, at Energitilsynet underkastede selskabet den kontrol, som denne klagesag drejer sig om.

Den påklagede afgørelse er efter nævnets opfattelse tilstrækkeligt begrundet i kraft af såvel den udtrykkelige henvisning til retsgrundlaget i elforsyningslovens §§ 46 og 77, som redegørelsen for selskabets markedsadfærd.

28. marts 2006

J.nr.: 11-237

Eksp.nr.: 25393

TFR-EKN

Energiklagenævnets konklusion

Den overordnede konklusion på klagesagen er, at det skøn, som Energitilsynet har udøvet, ligger inden for de rammer, elforsyningsloven fastsætter, og i øvrigt er udøvet sagligt. Da klagen i det væsentligste støtter sig på vejledningen, tilføjer nævnet, at hovedsynspunktet herom må være, at Energitilsynet ikke kan fraskrive sig de vide skønsmæssige beføjelser, som er grundlaget for den type af priskontrol og prisgodkendelse, som elforsyningsloven foreskriver.

Side 60 af 60

Det er derfor også nødvendigt at fastslå, at notater fra Energitilsynet ikke ville kunne begrænse den skønsudøvelse, som pålægges tilsynet ved elforsyningslovens §§ 46, 69, 72, 76 og 77, til fordel for en selvskabt tilsynspraksis. Nævnet finder ej heller bevis for, at tilsynet har ment, at dets notater skulle have haft et sådant formål eller følge. Endnu mindre er der anledning til at antage, at Energitilsynet ville eller kunne fraskrive sig ret til at revidere de holdninger eller synspunkter, notater måtte give udtryk for, på grundlag af nye erfaringer eller erkendelser, eksempelvis om den bedste måde at håndtere koncernforhold og forbrugerbeskyttelse.

Energitilsynets afgørelse af 1. november 2004 bør derfor stadfæstes.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 1. november 2004 stadfæstes.

Afgørelsen indebærer således, at den af Energitilsynet beregnede efterregulering skal gennemføres som en reduktion i Energi Nord Forsyning A/S' priser i 2003 og/eller 2004, og at efterreguleringen skal tilvejebringes uafhængigt af øvrig prisregulering.

Sagen har været behandlet på Energiklagenævnets møde den 23. marts 2006.

Afgørelsen er truffet i henhold til § 89 i lov om elforsyning, jf. lovbekendtgørelse nr. 286 af 20. april 2005, og kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Afgørelsen er sendt til advokat Anders Stubbe Arndal på vegne af Energi Nord Forsyning A/S samt til Energitilsynet.

P. N. V.

Chr. Hjorth-Andersen
Fungerende nævnsformand

/ Trine Frederiksen
Fuldmægtig

28. marts 2006

J.nr.: 11-237
Eksp.nr.: 25393
TFR-EKN

Side 61 af 60