

(Elforsyning)

Frederiksborggade 15

1360 København K

Tlf 33 95 57 85

Fax 33 95 57 99

www.ekn.dk

ekn@ekn.dk

KLAGE FRA Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S af 18. november 2004 over
AFGØRELSE FRA OM Energitilsynet af 25. oktober 2004
Indregningsberettiget omkostning, jf. elforsyningslovens § 75, stk. 3

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

NÆVNETS SAMMEN- SÆTNING I SAGEN Fungerende nævnsformand, professor, dr.polit. Chr. Hjorth-Andersen
Fungerende næstformand, professor, dr.jur. Jens Fejøl
Professor, dr.scient.adm. Ole Jess Olsen
Konsulent, civilingeniør Knut Berge
Professor, cand.jur. & Ph.D. Bent Ole Gram Mortensen

NÆVNETS AFGØRELSE Energitilsynets afgørelse af 25. oktober 2004 hjemvises

Oversigt

<i>Den påklagede afgørelse</i>	<i>side 2</i>
<i>Klagen til Energiklagenævnet</i>	<i>side 12</i>
<i>Odense Renovationsselskab m.fl.'s bemærkninger</i>	<i>side 21</i>
<i>Energitilsynets bemærkninger</i>	<i>side 27</i>
<i>Supplerende sagsfremstilling</i>	<i>side 31</i>
<i>Retsgrundlag</i>	<i>side 36</i>
<i>Energiklagenævnets bemærkninger</i>	<i>side 38</i>
<i>Energiklagenævnets afgørelse</i>	<i>side 41</i>

Ved brev af 18. november 2004 har advokat Per Hemmer på vegne af Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S indbragt Energitilsynets afgørelse af 25. oktober 2004 for Energiklagenævnet. I afgørelsen fandt Energitilsynet, at betaling af en godtgørelse fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S for forringet kapacitetsudnyttelse på Fynsværket er i strid med elforsyningslovens § 75, stk. 3 og § 58, stk. 1, samt varmemforsyningslovens § 20, da der ikke er tale om en reel indregningsberettiget omkostning.

Den påklagede afgørelse

Fra Energitilsynets afgørelse af 25. oktober 2004 med tilhørende notat citeres:

”På sit møde den 25. oktober 2004 har Energitilsynet behandlet Odense Renovationsselskab A/S m.fl.'s klage over betaling af rådighedsbeløb.

Energitilsynet vedtog, jf. § 2, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 163 af 26. februar 2000 om Energitilsynets opgaver at meddele Odense Renovationsselskab A/S m.fl., Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S, at godtgørelsen fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S ikke er i overensstemmelse med elforsyningsloven, da der ikke er tale om en reel indregningsberettiget omkostning, jf. elforsyningslovens § 75, stk. 3 og § 58, stk. 1, samt varmemforsyningslovens § 20.

Baggrunden for afgørelsen samt henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet, fremgår af det vedlagte notat tillige med de hovedhensyn, der har været bestemmende for afgørelsen.

I notatet er endvidere redegjort for de faktiske omstændigheder, som er tillagt væsentlig betydning for afgørelsen.”

Fra Energitilsynets notat af 25. oktober 2004 fremgår:

”Energitilsynets møde den 25. oktober 2004

Odense Kraftvarmeværk/Elsam – Odense Renovationsselskab klager over betaling af rådigheds-beløb (2. behandling)

Resumé

1. Energitilsynet havde i mødet den 30. august 2004 en indledende behandling af sagen. Tilsynet fandt, at det var nødvendigt med yderligere oplysninger om aftalegrundlaget, før tilsynet kunne vurdere sagen. Odense Kraftvarmeværk A/S har den 30. september 2004 sendt uddybende oplysninger. Oplysningerne har været i høring hos Odense Renovationsselskab A/S m.fl. (affaldsleverandørerne).

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 2 af 41

2. Klagen drejer sig om en tvist mellem på den ene side affaldsleverandørerne og på den anden side Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S om kraftvarmeværkets krav om, at affaldsleverandørerne ved leverancer af affald til forbrænding skal betale et særligt pristillæg. Odense Kraftvarmeværk A/S er et 100 pct. ejet datterselskab i Elsamkoncernen.

3. Opførelsen af det affaldsbaserede Odense Kraftvarmeværk betød en forøgelse af kapaciteten til produktion af varme. Da Fynsværket allerede havde en vis overkapacitet indgik der en forudsætning om, at affaldsforbrændingsanlægget ikke måtte betyde en forhøjelse af Fynsværkets priser for el og varme. Dette sikredes ved en godtgørelse fra affaldsforbrændingsanlægget til Fynsværket til dækning af den forringede kapacitetsudnyttelse. Godtgørelsen er hidtil indgået i de interne afdelingsregnskaber for Fynsværket. Dvs. at der i beregningen af affaldsbehandlingsprisen er indgået et fiktivt "omkostningsbeløb", som dækker godtgørelsen.

4. I forbindelse med igangværende forhandlinger om en ny kontrakt om affaldsleverancer har Odense Kraftvarmeværk A/S stillet krav om, at Odense Renovationsselskab A/S m.fl. skal betale et særligt pristillæg på ca. 7 kr. per GJ, der produceres på Odense Kraftvarmeværk, til dækning af overkapaciteten. Det særlige pristillæg er en udmøntning af det hidtidige fiktive "omkostningsbeløb".

5. Tilsynet skal tage stilling til, om det er i overensstemmelse med elforsyningslovens § 75, stk. 3, og varmemforsyningslovens § 20, at der i prisberegningen for den forenede produktion af elektricitet, affaldsforbrænding og varme indgår et "omkostningsbeløb" til dækning af den manglende udnyttelse af kapaciteten på Fynsværket efter etableringen af Odense Kraftvarmeværk. Der er ved "omkostning" tale om kompensation for et manglende dækningsbidrag, ikke om kompensation for en egentlig omkostning.

6. Sekretariatet finder ikke, at betalingen er udtryk for en reel produktionsomkostning på kraftvarmeværket. Den er derfor ikke i overensstemmelse med omkostningsprincipperne – hverken i elforsyningsloven eller i varmemforsyningsloven. Det forhold, at der i de politiske forudsætninger for Odense Kraftvarmeværks opførelse indgik, at opførelsen af anlægget ikke måtte betyde en forhøjelse af Fynsværkets priser for elektricitet og varme, ændrer ikke ved dette.

7. Heller ikke det forhold, at kompensationsbetalingen nu har hjemmel i en koncernintern managementaftale mellem Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S, medfører, at betalingen kan an-

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 3 af 41

ses for en indregningsberettiget omkostning. Betalingen modsvarer ikke nogen ydelse fra moderselskabet.

8. Sekretariatets vurdering af sagen fører frem til, at betaling af godtgørelsen fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S for forringet kapacitetsudnyttelse på Fynsværket er i strid med lovgivningen, jf. elforsyningslovens § 75, stk. 3 og § 58, stk. 1, samt varmemforsyningslovens § 20.

Afgørelse

9. Det meddeles Odense Renovationsselskab A/S m.fl., Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S, at godtgørelsen fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S ikke er i overensstemmelse med elforsyningsloven, da der ikke er tale om en reel indregningsberettiget udgift, jf. elforsyningslovens § 75, stk. 3 og § 58, stk. 1, samt varmemforsyningslovens § 20.

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 4 af 41

Sagsfremstilling

10. Ved brev af 21. november 2003 har advokat Hans Henrik Banke på vegne af Odense Renovationsselskab A/S m.fl. klaget over, at affaldsleverandørerne ved leverancer af affald til forbrænding på Odense Kraftvarmeværk A/S skal betale et særligt pristillæg for tabt dækningsbidrag ved flytning af varmeproduktion fra Fynsværket til Odense Kraftvarmeværk A/S.

11. Klagen har været i høring hos Elsam A/S. Advokat Per Hemmer har ved brev af 29. januar 2004 sendt Elsam A/S' kommentarer. Supplerende indlæg er modtaget fra advokat Banke ved brev af 9. marts 2004 og fra advokat Hemmer ved brev af 17. maj 2004.

12. Efter den indledende behandling af sagen i Energitilsynets møde den 30. august 2004 har sekretariatet indhentet supplerende oplysninger hos advokat Per Hemmer – brev af 30. september 2004.

13. De nye oplysninger har været i høring hos affaldsleverandørerne – brev af 8. oktober 2004.

14. Begge parter har indsendt et meget betydeligt bilagsmateriale. På grund af størrelsen er det ikke udsendt til medlemmerne.

Problemstilling

15. Klagen drejer sig om en tvist mellem Odense Renovationsselskab A/S m.fl. (affaldsleverandørerne) på den ene side og Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S på den anden. Odense Kraftvarmeværk A/S kræver, at affaldsleverandørerne skal betale et særligt pristillæg. Beløbet skal dække et tabt dækningsbidrag, som Elsam A/S finder, at det lider ved, at produktionen af el og

varme flyttes fra Fynsværket til affaldsforbrændingsanlægget Odense Kraftvarmeværk A/S.

16. Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S finder, at affaldsleverandørerne efter en gammel aftale (forudsætningerne for affaldsforbrændingsanlæggets etablering) er forpligtet til at betale rådighedsbeløbet.

17. Odense Renovationsselskab A/S finder ikke, at der er noget retligt grundlag for at afkræve affaldsleverandørerne det omhandlede rådighedsbeløb. Affaldsleverandørerne påpeger, at det ikke ændrer noget heri, at Fynsværkets daværende bestyrelse måtte have haft en forudsætning om, at etableringen af affaldsforbrændingsanlægget ikke måtte få fordyrende virkning på Fynsværkets priser.

18. Fynsværket er per 1. januar 2000 fusioneret ind i Elsam A/S. Odense Kraftvarmeværk A/S er et 100 pct. ejet datterselskab i Elsamkoncernen.

19. Fynsværkets blok 7, som er det nyeste anlæg, blev sat i drift i 1991. Sigtet med værket var el- og varmforsyning af borgerne i Odense og omegn. Samtidig hermed bad kommunalbestyrelsen i Odense Fynsværket om at etablere et affaldsforbrændingsanlæg på værket. Værket modtager affald fra 17 fynske kommuner og senere også fra Sjælland (KAVO og NOVOREN).

20. Kapaciteten på Fynsværket er (2003-tal) en samlet varmeproduktion på 24.472 TJ per år. Der produceres imidlertid kun i alt 8.297 TJ per år. Etableringen af affaldsforbrændingsanlægget (Odense Kraftvarmeværk A/S) tilførte en ekstra produktion af varme på 1.890 TJ per år. Oversigt over produktionen på Fynsværket og hos Odense Kraftvarmeværk A/S er vedlagt som **bilag 7**.

21. Opførelsen af affaldsforbrændingsanlægget betød derfor en forøgelse af overskudskapaciteten. I de politiske forhandlinger i forbindelse med opførelsen af affaldsforbrændingsanlægget drøftedes anlæggets virkninger for Fynsværkets priser for el og varme. Dette fremgår af de fremlagte oplysninger, at der har været en form for politisk enighed (forudsætning) om, at Fynsværkets priser for el og varme ikke måtte stige som følge af affaldsforbrændingsanlægget. Dette er allerede nævnt i en forundersøgelse om etablering af affaldsforbrændingsanlægget fra 1991, og er bekræftet ved behandling i flere efterfølgende byrådsmøder igennem årene. Redegørelsen indeholder en detaljeret gennemgang af aftalegrundlaget for Odense Kraftvarmeværk A/S' krav om kapacitetsbetaling.

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 5 af 41

22. Affaldsselskabernes advokat henviser til, at det historiske aftalegrundlag er uden betydning for sagens afgørelse.

23. Dette førte til, at der i affaldsbehandlingsprisen blev indregnet en godtgørelse til Fynsværket, som skulle dække den mindre indtægt, som Fynsværket fik ved den ringere kapacitetsudnyttelse, da affaldsforbrændingsanlægget blev taget i brug.

24. Aftalen om, at affaldsleverandørerne skulle betale det særlige pristillæg, blev imidlertid ikke skrevet ind i de affaldsleveranceaftaler, som parterne indgik i 1993 og 1998. Kun i de interne afdelingsregnskaber for Fynsværket findes der dokumentation for den omhandlede kapacitetsgodtgørelse.

25. Med virkning fra 1. januar 2000 blev Odense Kraftvarmeværk A/S udskilt af Fynsværket. Efter udskillelsen er der stadig overført godtgørelse for overkapaciteten fra kraftvarmeværket til Elsam A/S. Senest er der i 2003 overført ca. 10 mio. kr., svarende til 5,43 kr. per GJ.

26. I forbindelse med igangværende forhandlinger om en ny kontrakt om affaldsleverancer har Odense Kraftvarmeværk A/S imidlertid stillet krav om, at der eksplicit indgår et krav om, at Odense Renovationsselskab A/S m.fl. skal betale et særligt tillæg på ca. 7 kr. per GJ, der produceres på Odense Kraftvarmeværk A/S.

27. Det spørgsmål, som Energitilsynet skal tage stilling til er, om det er i overensstemmelse med elforsyningslovens § 75, stk. 3, og varmforsyningslovens § 20, at der i prisberegningen for den forenede produktion af elektricitet, affaldsforbrænding og varme indgår et "omkostningsbeløb" til dækning af den manglende udnyttelse af kapaciteten på Fynsværket efter etableringen af Odense Kraftvarmeværk. Der er ved "omkostning" tale om kompensation for et manglende dækningsbidrag, ikke om kompensation for en egentlig omkostning.

Odense Renovationsselskab A/S m.fl.'s argumentation

28. Affaldsleverandørernes levering af affald til Odense Kraftvarmeværk er oprindelig sket efter en kontrakt med Fynsværket fra 1993. I forbindelse med en kapacitetsudvidelse af værket indgik parterne en ny kontrakt i 1998. Ingen af disse kontrakter indeholdt bestemmelser om betaling af et særligt pristillæg for mistet dækningsbidrag ved flytning af produktionen.

29. Ændringer i andre forhold har ført til en genforhandling af affaldsleverancekontrakten. I forbindelse med disse forhandlinger mellem Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S på den ene side og Odense Renovationsselskab A/S m.fl. på den anden side om en ny kontrakt, er der stillet krav om, at affaldsleverandørerne

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 6 af 41

skal betale et særligt pristillæg på ca. 7 kr. per GJ, der produceres på Odense Kraftvarmeværk A/S.

30. Affaldsleverandørerne finder, at Energitilsynet i sit grundlag for afgørelsen i det hele skal se bort fra det hidtidige aftalegrundlag, herunder også Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S' opfattelse at, at affaldsleverandørerne har været bekendt med og accepteret at betale et særligt pristillæg til dækning af tabt dækningsbidrag.

31. Det er affaldsleverandørernes opfattelse,

- at der ikke er noget retligt grundlag for at opkræve affaldsleverandørerne det pågældende tillæg, og at en accept af tillægget vil være i strid med elforsyningsloven
- at de hidtidige kontrakter mellem parterne ikke giver Elsam A/S hjemmel til at opkræve tillægget uanset, at det måtte være en forudsætning for Fynsværkets bestyrelse. Der peges dels på, at synspunktet ikke fremgår af kontrakterne, dels på aftaleretlige forhold om hvem, der var parter i den gamle aftale
- at en accept af tillægget vil medføre, at affaldsleverandørerne kommer til at betale en højere pris end efter "hvile-i-sig-selv"-princippet, jf. elforsyningslovens § 75, stk. 3
- at betaling af tillægget betyder, at der i strid med bestemmelserne i lovens § 102, stk. 1, vil blive overført midler fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S
- at en accept af tillægget betyder, at Elsam A/S holdes skadesløs for konkurrence. Hvis affaldsleverandørerne havde valgt at etablere værket i eget regi, ville det være åbenbart, at Elsam A/S ikke ville have kunnet kræve et pristillæg af affaldsleverandørerne
- at Elsam A/S ikke i tiden fremover vil lide noget tab som følge af overkapaciteten. Selskabet har i den tiårsperiode, som er gået siden etableringen af affaldsforbrændingsanlægget, haft mulighed for at tilrettelægge produktion og investeringer, således at uheldige følgevirkninger kunne undgås.

32. Affaldsleverandørerne peger på, at en eventuel management-aftale mellem Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S er en koncernintern aftale og afviser, at den kan være relevant ved afgørelsen af, hvad der kan indregnes i affaldsprisen efter elforsyningslovens § 75, stk. 3.

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 7 af 41

33. Endelig afviser affaldsleverandørerne, at Energistyrelsen har godkendt åbningsbalancen for Odense Kraftvarmeværk A/S. I forbindelse med affaldsleverandørernes klager over godkendelsen af åbningsbalancen blev det ved et møde, hvor også Kammeradvokaten deltog, fastslået, at behandlingen af spørgsmålet om kompensation lå uden for Energistirelsens kompetence, idet man opfattede spørgsmålet som et prisspørgsmål, der henhører under Energitilsynet.

Elsam A/S' argumentation

34. Odense Kraftvarmeværk A/S redegør indledningsvis for den historiske baggrund.

35. Der har siden den affaldsbaserede kraftvarmeproduktion blev sat i drift været indregnet en godtgørelse fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S i affaldsbehandlingspriserne. Baggrunden for betalingen var, at I/S Fynsværket, efter den nye blok 7 blev sat i drift i 1991, havde tilstrækkelig kapacitet til produktion af el og varme. Kapaciteten ville være tilstrækkelig mange år ud i fremtiden.

36. Da kommunalbestyrelsen i Odense herefter bad Fynsværket om at etablere et affaldsforbrændingsanlæg på værket, opstod en overkapacitet i relation til produktion af el og varme, og Fynsværket ville ikke længere kunne påregne at få den samme kapacitetsudnyttelse af investeringen, hvilket kunne føre til øgede priser på el og varme.

37. Det oplyses videre, at kapacitetsgodtgørelsen var en forudsætning for projektets lovlighed, og at det ville være urimeligt, hvis opførelsen af Odense Kraftvarmeværk, som skulle modtage affald fra 17 fynske kommuner, og som – efter Elsam A/S' opfattelse – blev opført i affaldsleverandørernes interesse, skulle belaste el- og varmemeforbrugerne i Odense Kommune og omegn.

38. Størrelsen af godtgørelsen er fastsat med udgangspunkt i den halve kraftvarmefordel¹ og reguleres den 1. januar hvert år efter brændselsprisen. For 2003 udgør kapacitetsgodtgørelsen ca. 10 mio. kr. Elsam A/S oplyser samtidig, at det reelle tab kan opgøres til næsten 25 mio. kr.

39. Odense Kraftvarmeværk A/S peger på, at Energitilsynet ikke skal tage stilling til selve aftalegrundlaget eller rettigheder eller pligter efter dette. Det er derfor uden betydning, at Elsam A/S har udskilt Odense Kraftvarmeværk A/S i et selvstændigt datter-

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 8 af 41

¹ Ved samtidig produktion af både elektricitet og varme opnås en bedre samlet udnyttelse af det givne anlæg. Denne deltes normalt lige mellem elsidens og varmesidens. Elsidens fik herved kompensation for en mindre elproduktion ved den samtidige produktion.

selskab. Til støtte for opkrævningen af kapacitetsgodtgørelsen anfører selskabet følgende forhold:

- at kapacitetsbetalingen var en afgørende forudsætning for, at Odense Kraftvarmeværk A/S blev etableret, og værket er retligt forpligtet til at betale kompensationen til Elsam A/S. Den retlige forpligtelse er udmøntet i en managementaftale med Elsam A/S. Kapacitetsbetalingen er derfor en nødvendig omkostning for værket, der efter elforsyningslovens § 75, stk. 3, kan indregnes i affaldsbehandlingspriserne
- at affaldsleverandørerne ikke ved indregningen af pristillægget kommer til at betale en pris, som overstiger "hvile-i-sig-selv"-prisen. Odense Kraftvarmeværk er retligt forpligtet til at betale pristillægget. Uden tillægget vil Odense Kraftvarmeværk have et underskud på værket, som så skal dækkes ind fra anden side. Alternativerne vil være, at varmemeforbrugerne i Odense og omegn skulle betale for, at affaldsbehandlingsprisen for de øvrige kommuner på Fyn og i KAVO og NOVOREN-områderne² blev lavere
- at affaldsforbrændingsanlæg efter forarbejderne til elforsyningslovens § 75, stk. 3, først og fremmest er etableret for at håndtere affald, og at varmekunderne og Elsam A/S derfor må holdes skadesløse
- at betalingen er at ligne med den effektbetaling, som varmemeforsyningen nogle steder betaler for varme leveret fra kraftvarmeværkerne. Denne går til betaling for nedsat eleffekt som følge af varmemeproduktion og er anerkendt som en nødvendig omkostning
- at godtgørelsen ikke betyder, at der overføres midler til Elsam A/S i strid med elforsyningslovens § 102, stk.1. Energistyrelsen har ved sin godkendelse af Odense Kraftvarmeværks åbningsbalance påsat, at denne bestemmelse blev overholdt
- at der ikke er tale om at holde Elsam A/S skadesløs for virkningerne af konkurrence. Fynsværket ville ikke uden en aftale om kompensation have opført kraftvarmeværket
- at overkapaciteten er permanent, da kapaciteten ikke kan ændres eller flyttes efter, at anlægget er bygget.

40. Der er endelig peget på, at affaldsbehandlingsprisen på Odense Kraftvarmeværk A/S er ca. 90 kr. per ton (i 2003) og dermed

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 9 af 41

² KAVO og NOVOREN er to regionale affaldsselskaber på Sjælland

blandt de laveste i Danmark. Af oversigter over sammenlignelige affaldsbehandlingspriser og varmepriser udarbejdet af Elsam A/S, fremgår det, at såvel priserne for behandling af affald som produktion af varme er lave.

Begrundelse

41. Bestemmelserne i energiforsyningslovene giver Energitilsynet kompetence til at pålægge de omfattede energivirksomheder at ændre priser og/eller betingelser og på varmeforsyningsområdet tillige pålæg om ændring af omkostningsfordeling. Tilsynets afgørelser er fremadrettede og har alene virkning for fremtiden.

42. Affaldsbaserede kraftvarmeværker er omfattet både af bestemmelser i elforsyningsloven og varmeforsyningsloven. Produktionen er forenet produktion af de tre produkter elektricitet, affaldsforbrænding og varme. Prisfastsættelsen skal ske således, at der nås frem til såvel rimelige varmepriser som rimelige affaldsbehandlingspriser. Herunder at varmeprisen ikke er højere end varmen kan købes til hos en alternativ leverandør. Elektricitet holdes uden for beregningen ved, at indtægterne anses for at modsvare omkostningerne ved elproduktionen.

43. Elforsyningslovens § 75, stk. 3, lyder: "Virksomheder, som producerer elektricitet ved forbrænding af affald, skal økonomisk hvile i sig selv. Ejere af affaldsforbrændingsanlæg må ved fastsættelsen af priser og betingelser for affaldsbehandling og for levering af fjernvarme ikke udnytte deres stilling til at fordele deres omkostninger på en måde, der anses for urimelig for brugerne af affaldsbehandlingsanlægget eller for fjernvarmeforbrugerne." I bestemmelsens stk. 4, har økonomi- og erhvervsministeren en ikke udnyttet bemyndigelse til at fastsætte regler om omkostningsfordelingen.

44. "Hvile-i-sig-selv"-princippet betyder, at det er affaldsbehandlingsvirksomheden som helhed, dvs. inklusive indtægterne fra den tilknyttede elproduktion, der økonomisk skal hvile i sig selv.

45. Selve prisberegningen for elektriciteten skal efter bestemmelserne i elforsyningslovens § 58, stk. 1, jf. BEK 786 af 21. august 2000 om elafregningspriser for decentrale elproducenter, ske efter et omkostningsprincip. Det fremgår således, at elektriciteten skal aftages til en pris, der svarer til omkostningerne ved at producere og transportere elektriciteten, herunder brændsels- og driftsomkostninger mv. og langsigtede anlægsomkostninger.

46. For så vidt angår priserne for varme skal disse fastsættes i overensstemmelse med prisberegningsreglerne i varmeforsyningslovens § 20, der opregner de omkostningsarter, som kan indreg-

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 10 af 41

nes i varmepriserne. Energitilsynet har ikke nogen kompetence i forbindelse med selve fastsættelsen af affaldsbehandlingsprisen.

47. I det konkrete tilfælde indgår der i Odense Kraftvarmeværk A/S' regnskab en post til dækning af en godtgørelse til Elsam A/S for den ringere kapacitetsudnyttelse, som opførelsen af kraftvarmeværket har medført for Fynsværket. Dvs. at der overføres et beløb fra kraftvarmeværket til Elsam A/S. Beløbet belaster prisberegningen i kraftvarmeværket og indgår – således som sagen må forstås – som en indtægt hos Fynsværket, der alt andet lige skulle føre til lavere priser.

48. Energitilsynet må afvise, at der er tale om en betaling, der er at lignede med den effektbetaling, som varmemforsyningen nogle steder betaler til dækning af nedsat eleffekt som følge af, at der også skal produceres varme. Effektbetalingen er dækning af en omkostning, mens der i den konkrete sag reelt er tale om, at der overføres "overskud" fra kraftvarmeværket til moderselskabet – Elsam A/S.

49. Der kan ikke på baggrund af det af Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S fremlagte dokumentationsmateriale være tvivl om, at det ved værkets etablering var en forudsætning, at etableringen ikke måtte føre til forhøjelse af Fynsværkets priser for elektricitet. Dette gør imidlertid ikke kompensationsbetalingen til en indregningsberettiget omkostning.

50. Heller ikke det forhold, at kompensationsbetalingen nu har hjemmel i en koncernintern managementaftale mellem Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S, medfører, at betalingen kan anses for en indregningsberettiget omkostning. Betalingen modsvarer ikke nogen ydelse fra moderselskabet.

51. Da betalingen således ikke er udtryk for en reel produktionsomkostning på kraftvarmeværket, er den ikke i overensstemmelse med omkostningsprincipperne i hverken elforsyningsloven eller i varmemforsyningsloven.

52. Sekretariatets vurdering af sagen fører frem til, at betaling af godtgørelse fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S for forringet kapacitetsudnyttelse på Fynsværket er i strid med lovgivningen, jf. elforsyningslovens § 75, stk. 3 og § 58, stk. 1, samt varmemforsyningslovens § 20. Indregningen af godtgørelsen betyder, at priserne for affaldsforbrænding og for varme har været fastsat på et for højt niveau.

Virkninger på affaldsprisen

53. Energitilsynet har ikke i hverken elforsyningsloven eller varmemforsyningsloven kompetence for så vidt angår fastsættelsen af

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 11 af 41

priserne på affaldssiden, jf. Energiklagenævnets afgørelse af 29. september 2004 om *"Klage fra Haderslev Kraftvarmeværk A/S v/advokat Per Hemmer over afgørelse fra Energitilsynet af 20. november 2002 om udstedelse af pålæg til Sydjysk Affaldsvarme I/S"*

54. Fra en indirekte overførsel ønsker Elsam A/S nu en eksplicit opkrævning af et pristillæg hos affaldsleverandørerne til dækning af kompensationen for den forringede kapacitetsudnyttelse. En forøget betaling fra affaldsleverandørerne til Odense Kraftvarmeværk A/S skal indgå i det samlede "hvile-i-sig-selv"-regnskab for kraftvarmeværket og i omkostningsfordelingen mellem affaldssiden og varmesiden."

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Klagen til Energiklagenævnet

Advokat Per Hemmer klagede på vegne af Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S til Energiklagenævnet ved brev af 18. november 2004. Fra klagen citeres:

Side 12 af 41

"1. Anbringender

Til støtte for klagen til Energiklagenævnet gøres det gældende,

at der ved etableringen og den efterfølgende udvidelse af Odense Kraftvarmeværk blev indgået en aftale mellem I/S Fynsværket og affaldsleverandørerne om, at etableringen af Odense Kraftvarmeværk ikke måtte få fordyrende virkning på Fynsværkets priser for el og varme,

at affaldsleverandørerne derfor forpligtede sig til at betale et kapacitetsbeløb, der skulle kompensere Fynsværket for dårligere kapacitetsudnyttelse ved flytning af el- og varmeproduktion fra Fynsværket til Odense Kraftvarmeværk,

at denne aftale var lovlig efter den gamle elforsyningslov.

Det gøres endvidere **gældende**,

at elforsyningslovens § 48, § 75, stk. 3 og § 102, som blev indført ved elreformen i 1999, ikke indebærer, at den gamle aftale, indgået mellem I/S Fynsværket og affaldsleverandørerne, må anses for ulovlig eller bortfaldet og derfor ikke kan opretholdes,

at Odense Kraftvarmeværk A/S efter udskillelsen i et selvstændigt selskab, jf. elforsyningslovens § 48, har påtaget sig at opkræve kapacitetsbetalingen hos affaldsleverandørerne og videreføre denne til Fynsværket (Elsam A/S),

at der derfor ikke er tale om, at der optjenes et overskud i Odense Kraftvarmeværk A/S.

Endelig gøres det **gældende**,

at elforsyningslovens § 75, stk. 3 ikke indeholder en begrænsning i, hvilke omkostningselementer, der kan indregnes i affaldsbehandlingsprisen,

at Odense Kraftvarmeværk A/S derfor kan indregne kapacitetsbeløbet i henhold til den gamle aftale og overføre dette til Elsam.

[...]"

Ved brev af 8. februar 2005 fremsendte advokat Hemmer på vegne af Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S et supplerende klageskrift, hvorfra citeres:

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 13 af 41

"I forlængelse af mit brev af 18. november 2004 vil jeg i det følgende uddybe Odense Kraftvarmeværk A/S' klage over Energitilsynets afgørelse af 25. oktober 2004.

Der er tale om en samlet sagsfremstilling med tilhørende anbringender, hvor det relevante fra mine indlæg til Energitilsynet er medtaget.

1. Sagsfremstilling

Fynsværket består af 2 kulfyrede blokanlæg, blok 3 og blok 7, med en samlet varmeproduktionskapacitet på 24.472 TJ/år. Værket er etableret med henblik på elproduktion og varmeforsyning af borgerne i Odense og omegn.

Fynsværkets blok 7 blev sat i drift i 1993.

Umiddelbart efter idriftsættelsen af blok 7 anmodede kommunalbestyrelsen i Odense Kommune det daværende I/S Fynsværket om at etablere et affaldsfyret kraftvarmeværk på Fynsværket. Formålet var at løse et lokalt affaldsbortskaffelsesproblem.

I/S Fynsværket besluttede at efterkomme denne anmodning under forudsætning af, at etableringen af det affaldsfyrede kraftvarmeværk ikke måtte få fordyrende indvirkning på Fynsværkets salgspriser for el og varme.

Baggrunden for denne forudsætning var, at I/S Fynsværket efter idriftsættelsen af blok 7 havde tilstrækkelig kapacitet mange år frem i tiden til produktion af el og varme.

Med etableringen af et affaldsfyret kraftvarmeværk ville Fynsværket derfor få en ringere kapacitetsudnyttelse, hvilket ville medføre øgede enhedspriser på el og varme.

Parterne var enige om, at I/S Fynsværket skulle kompenseres for den ringere kapacitetsudnyttelse ved indregningen af en kapacitetsbetaling i affaldsbehandlingsprisen.

Der var en tilsvarende enighed herom i forbindelse med udvidelsen af affaldsforbrændingskapaciteten i 1998. En udvidelse, der tilsvarende blev foretaget efter anmodning fra affaldsleverandørerne. At der var enighed om forudsætningerne for etableringen og udvidelsen af værket fremgår af forhandlingsforløbet ved etableringen af værket og ved udvidelsen af værket i 1998. Der henvises i det hele til mit indlæg til Energitilsynet af 30. september 2004 med bilag. Heri er der detaljeret redegjort for baggrunden for etableringen af Odense Kraftvarmeværk og for forudsætningerne for fastsættelsen af affaldsbehandlingsprisen.

Energitilsynet har i sin afgørelse af 25. oktober 2004 lagt til grund, at der ikke kan være tvivl om, at der var enighed om forudsætningerne for affaldsbehandlingsprisen i forbindelse med etableringen og udvidelsen af værket.

2. De gamle affaldsleverancekontrakter

De gamle affaldsleverancekontrakter fra 1993 (med tillæg fra 1997) og 1998 blev indgået enkeltvis med Odense Kommune og 16 øvrige fynske kommuner. 1998-kontrakten blev tillige indgået med I/S KAVO og NOVEREN I/S. Kontrakterne med affaldsleverandørerne var enslydende og svarer til de kontrakter mellem I/S Fynsværket og Odense Kommune henholdsvis Odense Renovationselskab, der er fremlagt som bilag 23, bilag 30 og bilag A.

Odense Kraftvarmeværk A/S har tidligere oplyst, at forudsætningen om, at affaldsleverandørerne skulle betale kapacitetsbetalingen, ikke blev skrevet ind i affaldsleverancekontrakterne fra 1993 (med tillæg fra 1997) og 1998 (bilag 23, bilag 30 og bilag A). Efter en nærmere gennemgang af kontrakterne og et møde med den person, som har konciperet kontrakterne, kan det imidlertid konstateres, at dette ikke er korrekt.

Forudsætningen blev således indarbejdet i tillægget til affaldsleverancekontrakterne fra 1993. Dette tillæg trådte i kraft samtidig med affaldskraftvarmeværkets idriftsættelse ultimo 1996.

I affaldsleverancekontrakterne er affaldsbehandlingsprisen opgjort på grundlag af affaldsforbrændingsanlæggets driftsudgifter, renter og afskrivninger fratrukket indtægterne ved bl.a. el- og varmesalg.

Affaldsbehandlingsprisen fremtræder således som et variabelt beløb, der afhænger af Odense Kraftvarmeværks faktiske omkostninger og indtægter. Faldende indtægter fra varmesalg medfører således en højere affaldsbehandlingspris.

Varmen produceret på Odense Kraftvarmeværk blev solgt til Fynsværket, som videresolgte varmen til sine varmekunder.

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 14 af 41

2.1 Affaldsleverancekontrakterne fra 1993

I de første affaldsleverancekontrakter fra 1993 blev prisen for varme fra Odense Kraftvarmeværk til Fynsværket fastsat til den pris, Fynsværket videresælger varmen for til varmemeforbrugerne. Fynsværkets afregningspris for fjernvarmen var opgjort til kr. 27,50 kr./GJ, jf. kontrakternes pkt. 7.3 og 7.4. Dette beløb bestod af energibetaling, fjernvarmebetaling, energiafgift og CO2-afgift. Fjernvarmebetalingen svarer til den halve kraftvarmefordel ved den kombinerede produktion af el og varme.

Ved opgørelsen af affaldsbehandlingsprisen i 1993-kontrakterne kunne der derfor fradrages en samlet indtægt fra varmesalg på kr. 18.975.000 eller kr. 165 pr. ton affald.

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

2.2 Tillæg til affaldsleverancekontrakterne

Efter indgåelsen af 1993-kontrakterne blev I/S Fynsværket og affaldsleverandørerne opmærksomme på, at kontrakterne - i strid med forudsætningerne for affaldskraftvarmeværkets etablering - ikke kompenserede Fynsværket for den ringere kapacitetsudnyttelse og det hermed forbundne tab.

Side 15 af 41

På den baggrund udarbejdede parterne i 1997 et tillæg til affaldsleverancekontrakterne, hvor den aftalte kompensation blev indbygget.

I tillægget blev affaldsbehandlingsprisen fortsat opgjort på grundlag af affaldsforbrændingsanlæggets driftsudgifter, renter og afskrivninger fratrukket indtægterne ved bl.a. el- og varmesalg.

For at kompensere Fynsværket for den ringere kapacitetsudnyttelse blev prisen for salg af varme fra Odense Kraftvarmeværk til Fynsværket fastsat uden indregning af den halve kraftvarmefordel. Fynsværket kunne med andre ord købe varmen for 10,38 kr./GJ (1997) ekskl. afgifter. Beløbet på kr. 10,38 er energibetalingen, som i 1993-kontrakterne var opgjort til 11,06 kr./GJ.

Med den lavere varmepris blev Odense Kraftvarmeværks indtægt fra varmesalg mindre, end den ville have været ved fastsættelse af varmeprisen efter almindelige principper. Værkets nettoomkostninger, der efter kontrakterne skulle dækkes af affaldsleverandørerne, blev derfor større.

På den baggrund kompenserede affaldsleverandørerne - via en højere affaldsbehandlingspris som følge af en mindre varmeindtægt - I/S Fynsværket for den ringere kapacitetsudnyttelse. Kompensationen tilgik I/S Fynsværket via en lavere udgift til køb af varme fra Odense Kraftvarmeværk.

2.3 Affaldsleverancekontrakterne fra 1998

Den i 1997-tillægget fastsatte affaldsbehandlingspris blev opretholdt i de nye affaldsleverancekontrakter, der blev indgået i 1998 i forbindelse med udvidelsen af Odense Kraftvarmeværk. Affaldsleverandørerne har derfor i overensstemmelse med forudsætnin-
gerne for værkets etablering betalt kapacitetsbetalingen til Fynsværket fra værkets idriftsættelse.

Affaldsleverandørerne har endvidere været bekendt med, at kapacitetsbetalingen blev indregnet i affaldsbehandlingsprisen på den anførte måde.

På den baggrund hviler betalingskravet vedrørende kapacitetsbetalingen på en retlig forpligtelse mellem I/S Fynsværket (nu Elsam A/S) og affaldsleverandørerne.

3. Udskillelsen af Odense Kraftvarmeværk

I/S Fynsværket blev som forberedelse til elreformen omdannet til A/S Fynsværket i 1999.

I 2000 fusionerede A/S Fynsværket med de øvrige jysk-fynske kraftværker til Elsam A/S. Fusionen skete i medfør af kraftværksaftalen af 17. november 1999 om vilkår for kraftværkernes overgang til konkurrence.

Odense Kraftvarmeværk blev som følge af elreformen, jf. elforsyningslovens § 48, udskilt i et selvstændigt selskab, Odense Kraftvarmeværk A/S, pr. 1. januar 2000.

Udskillelsen skete i overensstemmelse med elforsyningslovens § 102, som bestemmer, at en opdeling skal gennemføres, således, at der til hver enhed henføres de aktiver og passiver, der naturligt er knyttet til den aktivitet, der vil skulle udøves af den pågældende enhed.

På baggrund heraf blev retten efter affaldsleverancekontrakterne fra 1993 (med tillæg fra 1997) og affaldsleverancekontrakterne fra 1998 til at modtage kompensation for den ringere kapacitetsudnyttelse henført til Fynsværket (nu Elsam A/S).

Samtidig blev forpligtelsen til at betale kapacitetsbetalingen opretholdt over for affaldsleverandørerne, som indtil den 31. december 2000 har leveret affald i henhold til affaldsleverancekontrakterne fra 1998.

4. Den nye affaldsleverancekontrakt

Affaldsleverandørernes betalingsforpligtelse er tillige medtaget i den nye affaldsleverancekontrakt dateret 4. juni 2004, dog med forbehold for energimyndighedernes afgørelse i denne sag.

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 16 af 41

Den nye affaldsleverancekontrakt er på grund af udskillelsen af affaldskraftvarmeværket indgået mellem affaldsleverandørerne og Odense Kraftvarmeværk A/S.

I den nye affaldsleverancekontrakt indregnes kapacitetsbetalingen ikke længere indirekte via en lavere varmepris fra Odense Kraftvarmeværk til Fynsværket. Opgørelsen af kapacitetsbetalingen er dog uændret.

Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S har valgt at fastholde betalingsforpligtelsen vedrørende kapacitetsbeløbet i affaldsleverancekontrakten frem for at opretholde betalingsforpligtelsen direkte mellem affaldsleverandørerne og Fynsværket (Elsam). Fynsværket (Elsam) kunne som alternativ hertil have valgt at opkræve kapacitetsbetalingen særskilt direkte hos affaldsleverandørerne.

Der er med andre ord tale om, at Odense Kraftvarmeværk A/S i forbindelse med sin opkrævning af affaldsbehandlingsprisen har påtaget sig at opkræve kapacitetsbetalingen på vegne af Fynsværket (Elsam A/S). Kapacitetsbetalingen videreføres herefter til Fynsværket (Elsam) i henhold til den som bilag 10 fremlagte managementaftale mellem Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S.

På Fynsværket anvendes betalingen i overensstemmelse med forudsætningerne for etableringen af Odense Kraftvarmeværk til at kompensere el- og varmesiden for den ringere kapacitetsudnyttelse. Selvom kapacitetsbetalingen ikke længere indgår direkte ved fastsættelse af elpriserne, kompenseres elsiden ved værdifastsættelsen og udbytteudlodningen af aktierne i Elsam A/S.

Koncipisten af affaldsleverancekontrakterne fra 1993 (med tillæg fra 1997) og 1998, har også konciperet den varmetaftale, der blev indgået mellem Odense Kommune og Fynsværket A/S, i forbindelse med fusionen til Elsam A/S pr. 1. januar 2000. Disse aftaler er indgået under forudsætning af, at kapacitetsbetalingen indgår til Fynsværket. Alternativt ville Varmeforbrugerne i Odense og omegn - i strid med de indgåede aftaler - skulle have betalt for en lavere affaldsbehandlingspris i de øvrige fynske kommuner og i de vestsjællandske interessentskabskommuner i I/S KAVO og NOVEREN I/S.

Efter udskillelsen af Odense Kraftvarmeværk er værkets drift således fortsat med uændrede rettigheder og forpligtelser for parterne og alene med den ændring, at Odense Kraftvarmeværk A/S nu er indsat som et medlem ved affaldsleverandørernes betaling af kompensation til Fynsværket (Elsam).

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 17 af 41

Den ændrede opgørelse af betalingen er således alene af formel karakter og har ikke medført nogen realitetsændringer.

5. Det retlige grundlag for indregningen af kapacitetsbetalingen

5.1 Det daværende hvile-i-sig-selv princip

Før elreformen var Fynsværket og det affaldsbaserede kraftvarmeværk ejet af I/S Fynsværket, som var underlagt hvile-i-sig-selv princippet i den dagældende elforsyningslovs § 9.

Det dagældende hvile-i-sig-selv princip indebar, at I/S Fynsværket som en samlet enhed skulle hvile i sig selv. Hvile-i-sig-selv princippet gjaldt derimod ikke isoleret for I/S Fynsværkets enkelte anlæg, herunder for affaldsforbrændingsværket.

Det var på den baggrund ikke et krav, at der blev opgjort et særskilt hvile-i-sig-selv regnskab for affaldsforbrændingsanlægget.

Det var derfor ikke i strid med det dagældende hvile-i-sig-selv princip, at der via affaldsbehandlingsprisen blev overført en kapacitetsbetaling til Fynsværket, som blev anvendt til at opretholde uændrede el- og varmepriser på Fynsværket.

Affaldsleverancekontrakterne fra 1993 (med tillæg fra 1997) og 1998 var derfor i overensstemmelse med den gamle elforsyningslov.

5.2 Aftalens bortfald

Det følger af Energistyrelsens brev af 8. maj 2003, der fremlægges som bilag 34, at Energistyrelsen ikke finder, at en udskillelse efter elforsyningslovens §§ 48 og 102 fører til, at indgåede affaldsleverancekontrakter og varmetaftaler bortfalder.

Det følger endvidere af forarbejderne til elforsyningslovens § 75, at

"Ved de nuværende kraftvarmeanlæg indebærer bestemmelsen, at de principper for deling af kraftvarmefordelen, som parterne har fastsat i de gældende aftaler om levering af fjernvarme bliver opretholdt også fremover, således at der ikke sker en overvæltning af omkostninger på varmesiden i forhold til grundlaget for disse aftaler."

Dette princip - som efter forarbejderne også omfatter de decentrale kraftvarmeværker - indebærer, at den gamle aftale om kompensationen til Fynsværkets el- og varmemeforbrugere må opretholdes uændret efter elreformen.

Kompensationen til Fynsværket er således en aftale, der medfører en fordel for bl.a. varmemeforbrugere og som derfor ikke skal tilsi-

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 18 af 41

desættes eller bortfalde som følge af elreformen og udskillelsen af affaldskraftvarmeværket.

Hvis aftalen tilsidesættes, vil det påføre Fynsværket (Elsam) et tab, idet varmeaftalen på Fynsværket er indgået under forudsætning af, at kapacitetsbetalingen indgår til værket. Alternativt vil en tilsidesættelse af aftalen medføre en ændring af varmeaftalen og dermed højere priser for varme fra Fynsværket.

Hvis Energitilsynets afgørelse stadfæstes, vil det således medføre, at den gamle aftale med affaldsleverandørerne om betaling af kapacitetsbeløbet tilsidesættes i strid med elforsyningslovens §§ 48 og 102.

På den baggrund gøres det **gældende**, at den gamle aftale om kapacitetsbetalingen skal opretholdes uændret.

Opretholdelsen af den gamle aftale er endvidere i overensstemmelse med energimyndighedernes praksis.

Det følger således af Energiklagenævnets afgørelse af 10. maj 2004 vedrørende Måde-værket, at parterne har en vidtgående aftalefrihed, og af Energitilsynets afgørelse af 2. marts 2003 vedrørende Studstrupværket fremgår det, at "de tidligere prisudvalg i sager, hvor der skulle udøves et rimelighedsskøn i et betydeligt omfang tog aftaler til efterretning, når disse var indgået mellem ligeværdige parter med modstående interesser".

5.3 Elforsyningslovens § 75, stk. 3

Energitilsynet har i sin afgørelse lagt til grund, at kapacitetsbetalingen er i strid med elforsyningslovens § 75, stk. 3, som bestemmer, at virksomheder, som producerer elektricitet ved forbrænding af affald, økonomisk skal hvile i sig selv.

Energitilsynet har herved lagt til grund, at der ikke er tale om en indregningsberettiget omkostning, idet betalingen ikke modsvarer nogen ydelse fra Fynsværket, og at der derfor er tale om, at der overføres et overskud fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Fynsværket (Elsam).

Det gøres **gældende**, at der ikke med kapacitetsbetalingen overføres et overskud fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Fynsværket (Elsam).

Forpligtelsen til at betale kapacitetsbetalingen er en forpligtelse, affaldsleverandørerne har påtaget sig direkte over for Fynsværket.

Odense Kraftvarmeværk A/S opkræver alene kapacitetsbetalingen på vegne af Fynsværket, hvorefter kapacitetsbetalingen i overensstemmelse med affaldsleverancekontrakterne fra 1993 (med tillæg fra 1997) og 1998 overføres til Fynsværket, jf. ovenfor.

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 19 af 41

Hvis Energiklagenævnet finder, at denne tilrettelæggelse af betalingsstrømmen er i strid med elforsyningslovens § 75, stk. 3, vil betalingen derfor blive ændret, så beløbet fremover - som det skete efter affaldsleverancekontrakterne fra 1993 (med tillæg fra 1997) og 1998 og før elreformen - opkræves af Fynsværket direkte hos affaldsleverandørerne, det vil sige uden om Odense Kraftvarmeværk A/S.

Energiklagenævnet anmodes om at oplyse, om dette vil være i strid med elforsyningsloven. Det bemærkes herved, at elforsyningslovens § 75, stk. 3, ikke finder anvendelse på Fynsværket (Elsam A/S).

5.4 Modydelse

Som anført i pkt. 1 var I/S Fynsværket og affaldsleverandørerne enige om, at Fynsværket skulle kompenseres for den ringere kapacitetsudnyttelse ved indregningen af en kapacitetsbetaling i affaldsbehandlingsprisen.

Baggrunden for, at affaldsleverandørerne accepterede kapacitetsbetalingen og underskrev tillægget til affaldsleverancekontrakterne - og har betalt kapacitetsbetalingen siden Odense Kraftvarmeværks idriftsættelse - var, at indregningen af kapacitetsbetalingen var væsentlig mere fordelagtig for affaldsleverandørerne end at etablere et affaldsforbrændingsanlæg uden for Fynsværkets område.

Det fremgår således af rapporten for etableringen af affaldsforbrændingsanlægget (fremlagt som bilag 13), at placeringen på Fynsværket ville give en affaldspris, der var ca. 26 kr./ton lavere set i forhold til en ekstern placering. Det skyldes en mindre anlægsinvestering på grund af udnyttelsen af de eksisterende anlæg og lavere driftsomkostninger på grund af mindre mandskabsstyrke samt færre omkostninger til forbrugsstoffer og eget forbrug.

Hertil kommer, at det var en væsentlig fordel for affaldsleverandørerne, som ikke selv havde ekspertisen til etablering af værket, at Fynsværket forestod anlægsarbejdet. Affaldsleverandørerne har således fået sikkerhed for kommunernes affaldsbortskaffelse i 15 år uden selv at finansiere og forestå anlægsarbejdet.

Endelig gav Fynsværket ved at acceptere en etablering af værket i Odense afkald på en del af Fynsværkets varmegrundlag. En del af de varmeindtægter, der ellers ville tilgå Fynsværket blev således overført til Odense Kraftvarmeværk A/S til nedbringelse af affaldsbehandlingsprisen. Kapacitetsbeløbet er en betaling for disse

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 20 af 41

ulemper for Fynsværket, og affaldsleverandørerne får en modydelse for kapacitetsbetalingen i form af de ovenfor nævnte fordele.

Derudover var der enighed om, at det var urimeligt, hvis opførelsen af Odense Kraftvarmeværk, som skulle modtage affald fra 17 fynske kommuner, og som alene blev opført i affaldsleverandørernes interesse, skulle belaste el- og varmemeforbrugerne i Odense og omegn.

5.5 Nødvendige omkostninger

Kapacitetsbetalingen overføres i overensstemmelse med affaldsleverancekontrakterne fra 1993 (med tillæg fra 1997) og 1998 til Fynsværket. Kapacitetsbetalingen indgår derfor ikke i Odense Kraftvarmeværk A/S' hvile-i-sig-selv regnskab og i omkostningsfordelingen mellem affaldssiden og varmesiden cfr. præmis 54 i Energitilsynets afgørelse.

Elforsyningslovens § 75, stk. 3, angiver modsat varmemeforsyningslovens § 20 ikke specifikt, hvilke omkostninger, der kan indregnes i affaldsbehandlingsprisen. Da kapacitetsbetalingen må betegnes som en særømkostning for affaldssiden, tjener varmemeforsyningslovens § 20 heller ikke som fortolkningsbidrag til, hvilke omkostninger, der kan indregnes.

Det afgørende for Energiklagenævnets vurdering er derfor, om der er tale om en nødvendig ømkostning i elforsyningslovens § 75, stk. 3's forstand, og at kapacitetsbetalingen ikke kan anses for urimelig for brugerne af affaldsbehandlingsanlægget.

Da forpligtelsen til at betale kapacitetsbetalingen hviler på en gammel aftale mellem parterne, gøres det **gældende**, at der er tale om en nødvendig ømkostning, som kan indregnes i affaldsbehandlingsprisen.

Dertil kommer, at kapacitetsbetalingen kan sammenlignes med den effektbetaling, som varmemeforsyningen nogle steder betaler for varme leveret fra kraftvarmeværkerne. Denne effektbetaling dækker elforbrugernes tab ved den reducerede eleffekt som følge af varmemproduktionen. Effektbetalingen er af energimyndighederne anerkendt som en nødvendig ømkostning, som kan opkræves over varmeprisen.

På den baggrund gøres det **gældende**, at det ikke kun er egentlige produktionsømkostninger, der kan indregnes i affaldsbehandlingsprisen men tillige en ømkostning som kapacitetsbeløbet, som er betalingen for, at affaldskraftvarmeværket kunne placeres på Fynsværket.”

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 21 af 41

Bemærkninger fra Odense Renovationsselskab A/S m.fl.

Ved brev af 8. april 2005 fremsendte advokat Hans Henrik Banke på vegne af Odense Renovationsselskab A/S m.fl. bemærkninger til klagen. Herfra citeres:

”Advokat Per Hemmers klage af 18.11.2004 og uddybende klage af 08.02.2005 giver mig anledning til på vegne Odense Renovationsselskab A/S m.fl. at fremkomme med følgende bemærkninger: Det er klagers påstand, at Energiklagenævnet skal stadfæste Energitilsynets afgørelse af 25.10.2004. Grundlæggende gør affaldsleverandørerne gældende:

1. at kapacitetsbetalingen ikke var aftalt i de gamle kontrakter, men alene på en ikke synlig og ugennemskuelig måde indbygget i den pris, affaldsleverandørerne skulle betale,
2. at det i de gamle kontrakter senest i kontrakten af 02.04.1998 var aftalt, at Elsam A/S hverken kunne overdrage sine rettigheder eller pligter i henhold til kontrakterne til 3. mand. Elsam A/S har således på et aftaleretligt grundlag og uanset bestemmelsen i elforsyningslovens § 102, stk. 1 været afskåret fra at overdrage sine rettigheder, herunder en eventuel ret til kapacitetsbetaling, til Odense Kraftvarmeværk A/S.
3. at Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S i øvrigt ikke længere kan støtte ret på de gamle kontrakter, idet disse i det hele er erstattet af nye kontrakter i 2004/2005, der ikke indeholder nogen hjemmel for hverken Elsam A/S eller Odense Kraftvarmeværk A/S til at opkræve kapacitetsbetaling.
4. at Odense Kraftvarmeværk A/S og for den sags skyld tillige Elsam A/S derfor ikke har noget aftaleretligt grundlag for at opkræve kapacitetsbetaling hos affaldsleverandørerne.
5. at i konsekvens af ovennævnte er det spørgsmål, som Energiklagenævnet skal tage stilling til, om Odense Kraftvarmeværk A/S med hjemmel i elforsyningslovens § 75, stk. 3 og varmemeforsyningslovens § 20 kan opkræve kapacitetsbeløbet.

Til støtte for affaldsleverandørernes synspunkter henvises indledningsvis til det, der er gjort gældende overfor Energitilsynet i den indbragte sag. Dette gælder uanset at en del af de synspunkter, der er fremført overfor energitilsynet ikke atter behandles i det følgende.

Ad 1 Kapacitetsbetalingen var ikke aftalt i de gamle kontrakter, men alene på en ikke synlig og ugennemskuelig måde indbygget i den pris, affaldsleverandørerne skulle betale:

Affaldsleverandørerne fastholder, at der ikke noget sted i den oprindelige kontrakt (bilag 23) eller i tillægget hertil (bilag 30) eller i

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 22 af 41

1998-kontrakten er aftalt noget om, at affaldsleverandørerne skulle betale Elsam A/S for tab af dækningsbidrag.

Odense Kraftvarmeværk A/S har tidligere været enig i, at dette ikke var skrevet ind i affaldskontrakterne for 1993 (med tillæg fra 1997) og 1998 (bilag 23, bilag 30 og bilag A). I den uddybende klage anfører Odense Kraftvarmeværk A/S imidlertid, at man nu efter en nærmere gennemgang af kontrakterne og drøftelser med koncipisten finder, at affaldsleverandørernes pligt til at betale kapacitetsbetalingen blev indarbejdet i tillægget til affaldsleverancekontrakten fra 1993 (bilag 30).

Dette bestrides fortsat af affaldsleverandørerne.

I tillægget til affaldsleverancekontrakten fra 1993 fremgår alene, at varme fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Fynsværket skulle afregnes til en noget lavere pris end hidtil. Der er ikke i kontrakten anført noget om grundlaget for denne prisreduktion, og årsagen hertil kan være mangeartede.

Selve kontraktstillægget hjemler derfor ikke noget krav på nogen kapacitetsbetaling, men alene på en lav varmepris.

At kontraktstillægget efter sit eget indhold således ikke indeholder nogen bestemmelser om, at affaldsleverandørerne skulle betale for den manglende kapacitetsudnyttelse fremgår måske tydeligst af det forhold, at Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S ikke hidtil har kunnet læse dette ud af tillægget, men har været nødt til hos koncipisten at få oplyst, hvad der var baggrunden for prisreduktionen.

Odense Kraftvarmeværk A/S anfører i den uddybende klage side 2, at *"Energitilsynet har i sin afgørelse af 25. oktober lagt til grund, at der ikke kan være tvivl om, at der var enighed om forudsætningerne for affaldsbehandlingsprisen i forbindelse med etableringen og udvidelsen heraf"*.

Dette er en forvansket gengivelse af Energitilsynets præmis 48, idet Energitilsynet alene anførte, at der ikke kunne være *"tvivl om, at det ved værkets etablering var en forudsætning, at etableringen ikke måtte føre til forhøjelse...."*

Det statueres således ikke, at man var enige om denne forudsætning, og det er fortsat behæftet med stor usikkerhed om og i hvilket omfang, forudsætningen var kendelig for affaldsleverandørerne, herunder alle affaldsleverandørerne.

Ad 2 I de gamle kontrakter senest i kontrakten af 02.04.1998 var det aftalt, at Elsam A/S hverken kunne overdrage sine rettigheder eller pligter i henhold til kontrakterne til 3. mand. Elsam A/S har på et aftaleretligt grundlag og

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 23 af 41

uanset bestemmelsen i elforsyningslovens § 102, stk. 1 været afskåret fra at overdrage sine rettigheder, herunder en eventuel ret til kapacitetsbetaling til Odense Kraftvarmeværk A/S:

Den nugældende affaldsleverancekontrakt er en del af et kontraktsæt indgået i 2004/2005 mellem affaldsleverandørerne og Odense Kraftvarmeværk A/S. Dette kontraktsæt erstatter de tidligere indgåede affaldsleverancekontrakter.

De tidligere indgåede affaldsleverancekontrakter var indgået mellem den enkelte affaldsleverandør og I/S Fynsværket. For Odense Renovationsselskab A/S' vedkommende var den senest foreliggende affaldsleverancekontrakt indgået den 02.04.1998 med I/S Fynsværket (bilag 32), der efter omdannelse til aktieselskab blev fusioneret med Elsam A/S som det fortsættende selskab.

Som følge af elreformen, jfr. elforsyningslovens § 48, valgte man fra Elsam A/S' side at udskille Odense Kraftvarmeværk A/S i et selvstændigt selskab.

Denne udskillelse var ikke en nødvendig følge af elforsyningslovens § 48. Elforsyningslovens § 48 er til hinder for, at der drives affaldsbaseret elproduktion i samme selskab, som hvori der drives anden elproduktion. Adskillelsen af elproduktionen kunne derfor være sket ved, at Elsam A/S havde ladet den affaldsbaserede elproduktion forblive i Elsam A/S, og derefter udskilt de øvrige aktiviteter i et nyt selskab.

Formentlig af økonomiske årsager valgte Elsam A/S imidlertid at overdrage affaldsforbrændingsaktiviteten til et særskilt selskab og lade den øvrige aktivitet forblive i Elsam A/S.

Dette forsøg på at overdrage rettigheder og forpligtelser i henhold til affaldsleverancekontrakten med affaldsleverandørerne var imidlertid i strid med pkt. 14.1. i affaldsleverancekontrakten af 02.04.1998 (bilag 32), hvor det hedder:

"Parterne kan ikke overdrage hverken rettigheder eller pligter omfattet af nærværende kontrakt."

Som følge heraf reklamerede affaldsleverandørerne ved skrivelse af 14.03.2001 overfor Elsam A/S og meddelte, at den pågældende overdragelse udgjorde en misligholdelse af den foreliggende kontrakt og tog forbehold om at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende, såfremt der ikke opnåedes et forhandlingsresultat i sagen (bilag E).

I tilknytning hertil finder affaldsleverandørerne endnu engang anledning til at præcisere, at elforsyningslovens § 102, stk. 1, sidste punktum kun vedrører debitorskiftet, og således kun overdragelse

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 24 af 41

af forpligtelser til 3. mand, men ikke overdragelse af rettigheder. § 102 stk. 1 finder ikke anvendelse på kreditorskifte.

Hertil kommer, at § 102, stk. 1 på lignende måde som bestemmelserne om universalsuccession i henhold til aktieselskabslovens fusionsregler er deklaratorisk og kun omfatter de situationer, hvor ikke andet er aftalt, og hvor der i mangel af sådanne successionsregler skulle indhentes samtykke til debitorskifte.

I nærværende sag er det imidlertid udtrykkeligt aftalt, at overdragelse af rettigheder og pligter ikke kan ske, og § 102 stk. 1 finder derfor heller ikke anvendelse på debitorskiftet. En overdragelse af Elsam A/S' rettigheder og forpligtelser i henhold til affaldsleverancekontrakten af 02.04.1998 kan således kun ske med samtykke fra affaldsleverandørerne. Et sådant samtykke foreligger ikke, og der foreligger derfor ikke nogen gyldig overdragelse af Elsam A/S' rettigheder i henhold til den dagældende affaldsleverancekontrakt.

Ad 3 Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S kan ikke længere støtte ret på de gamle kontrakter, idet disse i det hele er erstattet af et nyt kontraktsæt, der ikke indeholder nogen hjemmel for hverken Elsam A/S eller Odense Kraftvarmeværk A/S til at opkræve kapacitetsbetaling:

I 2004 blev der opnået enighed mellem affaldsleverandørerne, Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S om et nyt sæt aftaler, og disse blev underskrevet primo 2005. Blandt andet blev der indgået en ny ramme- og samarbejdsaftale mellem affaldsleverandørerne og Odense Kraftvarmeværk A/S samt en ny managementaftale mellem Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam Kraft A/S. Af pkt. 1.6. i bilag 2 til førstnævnte aftale (bilag F) fremgår, at de nye aftaler erstatter dels de gamle affaldsleverancekontrakter, jfr. pkt. 1.3. og dels den tidligere managementaftale fra september måned 2000, jfr. pkt. 1.5.

De gamle affaldsleverancekontrakter mellem affaldsleverandørerne og Elsam A/S og managementaftalen fra september 2000 mellem Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S er således ikke længere i kraft. I de nye aftaler er der ikke aftalt noget om, at der skal betales nogen kapacitetsbetaling, hverken i ramme- og samarbejdsaftalen eller i managementaftalen. I ramme- og samarbejdsaftalen er det derimod mellem parterne aftalt, at

"Spørgsmålet om og i bekræftende fald i hvilket omfang tabt dækningsbidrag skal indregnes i affaldsbehandlingsprisen afgøres endeligt af Energiprismyndighederne eller domstolene, hvis sagen indbringes til disse myndigheder."

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 25 af 41

Ad 4 Odense Kraftvarmeværk A/S og for den sags skyld til-lige Elsam A/S har ikke noget aftaleretligt grundlag for at op-kræve kapacitetsbetaling hos affaldsleverandørerne:

Under henvisning til det, der er gennemgået under pkt. 1 - 3, kan det konstateres, at der ikke ud fra ordlyden i de gamle kontrakter er hjemmel til at opkræve kapacitetsbetaling, at Elsam A/S ikke gyldigt har overdraget sit eventuelle krav på kapacitetsbetaling til Odense Kraftvarmeværk A/S, at de gamle kontrakter er ophørte og erstattet af nye kontrakter, der ikke indeholder nogen hjemmel til opkrævning af kapacitetsbetaling, og at Odense Kraftvarmeværk A/S derfor ikke har noget aftaleretligt grundlag for at opkræve kapacitetsbetaling hos affaldsleverandørerne.

Elsam A/S har ej heller noget aftaleretligt grundlag for at opkræve kapacitetsbetaling hos affaldsleverandørerne, idet de gamle af-taler, som Elsam A/S i øvrigt havde misligholdt, er ophørte.

Ad 5 I konsekvens af fraværet af et aftaleretligt grundlag er det spørgsmål, som Energiklagenævnet skal tage stilling til, om Odense Kraftvarmeværk A/S med hjemmel i el-forsyningslovens § 75, stk. 3 og varmemforsyningslovens § 20 kan opkræve kapacitetsbeløbet hos affaldsleverandørerne:

Affaldsleverandørerne gør gældende, at kapacitetsbetalingen ikke dækker over en omkostning i Odense Kraftvarmeværk A/S. Kapa-citetsbetalingen er på ingen måde nødvendig for og har ingen sammenhæng med Odense Kraftvarmeværks løbende produktion af varme og el ved affaldsforbrænding og er derfor ikke en indreg-ningsberettiget omkostning i Odense Kraftvarmeværk A/S.

Odense Kraftvarmeværk A/S har gjort gældende, at det var for-delagtigt for affaldsleverandørerne at indgå aftale med det davæ-rende Fynsværket, og at denne fordel udgør en modydelse for ka-pacitetsbetalingen. Principalt afvises dette postulat af affaldsleve-randørerne. Subsidiært gør affaldsleverandørerne gældende, at selvom kapacitetsbetalingen måtte være betaling for denne fordel, da gør dette ikke kapacitetsbetalingen til en indregningsberettiget omkostning. En betaling for en sådan fordel er på ingen måde nødvendig for at Odense Kraftvarmeværk kan gennemføre sin lø-bende produktion af varme og el ved affaldsforbrænding.

Afslutningsvis gøres det gældende, at selvom der måtte foreligge en aftale, der aftaleretligt hjemlede Elsam A/S et krav på kapa-citetsbetaling, da ville dette krav ikke kunne gøres gældende, idet betalingen ikke dækker en omkostning i Odense Kraftvarmeværk A/S. Betalingen, der nødvendigvis måtte indregnes i Odense Kraftvarmeværk A/S' budgetter og priser, ville medføre, at der i strid med hvile-i-sig-selv kravet i elforsyningslovens § 75 stk. 3

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 26 af 41

blev genereret et til betalingen svarende overskud i Odense Kraftvarmeværk A/S, og at dette blev overført til ejerselskabet Elsam A/S i strid med princippet i elforsyningslovens § 102 stk. 1, hvorefter "ejerne i forbindelse med en opsplitning af eksisterende juridiske enheder ikke må trække kapital ud af disse", jfr. forarbejderne til bestemmelsen, lovforslag L 234 98/99 side 80, 2. spalte.

Odense Kraftvarmeværk A/S har i sin uddybende klage nederst side 8 spurgt, om det vil være i strid med elforsyningsloven, at Fynsværket ??? (der menes vel Elsam A/S) opkræver kapacitetsbetalingen direkte hos affaldsleverandørerne.

Det er affaldsleverandørernes synspunkt, at dette spørgsmål falder uden for sagen og skal afvises, idet det ikke vedrører Odense Kraftvarmeværk A/S. Hertil kommer, at spørgsmålet ikke har været behandlet af Energitilsynet, hvilket må antages at være en forudsætning for, at Energiklagenævnet kan behandle sagen, da Energiklagenævnet kun behandler klagesager (klager over afgørelser) og ikke 1. instanssager, jfr. elforsyningsloven § 89 stk. 1."

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 27 af 41

Bemærkninger fra Energitilsynet

Ved e-mail af 7. juni 2005 fremsendte Energitilsynet en udtalelse til klagen, hvoraf fremgår:

"Afgørelsen:

Sagens baggrund er en tvist mellem på den ene side Odense Renovationsselskab A/S m.fl. (affaldsleverandørerne) og på den anden side Odense Kraftvarmeværk A/S om kraftvarmeværkets krav om, at affaldsleverandørerne ved leverancer af affald til forbrænding skal betale et særligt pristillæg. Odense Kraftvarmeværk A/S er et 100 pct. ejet datterselskab i Elsamkoncernen.

Pristillægget skal dække en godtgørelse fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Fynsværket (Elsam A/S) for en ringere kapacitetsudnyttelse. Der er således tale om et pristillæg, som ønskes opkrævet hos affaldsleverandørerne og som overføres til Elsam A/S i form af en godtgørelse fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S.

Det fremgår af sagen, at der har været en form for politisk enighed (forudsætning) om, at Fynsværkets priser ikke måtte stige som følge af bygningen af affaldsforbrændingsanlægget. Derimod var det tvivlsomt, om denne forudsætning også var kendt af affaldsleverandørerne, dvs. om der en forelå "aftale" mellem sagens parter – Odense Renovationsselskab A/S m.fl. og Odense Kraftvarmeværk A/S (Elsam A/S), der gav grundlag for, at kompensationen kunne opkræves hos affaldsleverandørerne.

Tilsynet har derfor i afgørelsen alene forholdt sig til, om der er hjemmel i elforsyningsloven og/eller varmemforsyningsloven til at indregne en godtgørelse for manglende kapacitetsudnyttelse fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S i priserne.

Energitilsynet fandt, at der ikke var en sådan hjemmel og meddelte parterne, at godtgørelsen fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S ikke var i overensstemmelse med elforsyningsloven eller varmemforsyningsloven, da der ikke er tale om en reel indregningsberettiget omkostning, jf. elforsyningslovens § 75, stk. 3 og § 58, stk. 1, samt varmemforsyningslovens § 20.

Tilsynet afviste herved, at det forhold, at der i de politiske forudsætninger for Odense Kraftvarmeværks opførelse indgik, at opførelsen af anlægget ikke måtte betyde en forhøjelse af Fynsværkets priser for elektricitet og varme, var tilstrækkeligt grundlag for, at der var tale om en indregningsberettiget omkostning.

Tilsynet fandt heller ikke, at det forhold, at kompensationsbetalingen nu har hjemmel i en koncernintern managementaftale mellem Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S, vil kunne føre til, at betalingen kan anses for en indregningsberettiget omkostning.

Energitilsynet henviser herudover til gennemgangen af sagen og begrundelsen i afgørelsesnotatet.

Øvrige bemærkninger:

Tilsynets bemærkninger følger dispositionen i advokat Per Hemmers indlæg af 8. februar 2005.

Advokat Hemmer søger i sit indlæg at sandsynliggøre, at der foreligger en "aftale" mellem Odense Renovationsselskab A/S m.fl. og Odense Kraftvarmeværk A/S om kapacitetsbetalingen, der kan danne grundlag for, at affaldsleverandørerne skal betale det omstridte pristillæg.

Advokat Hemmers anfører således under **punkt 2** i sit indlæg, en række oplysninger, som efter advokatens opfattelse dokumenterer, at affaldsleverandørernes kapacitetsbetaling var skrevet ind i affaldskontrakterne.

Forudsætningen skulle således være indarbejdet i forbindelse med et tillæg til de oprindelige affaldskontrakter fra 1993, som trådte i kraft samtidig med, at affaldsforbrændingsanlægget blev sat i drift i slutningen af 1996.

I tillægget blev affaldsleverandørernes betaling af kompensation til Fynsværket bestemt ved, at der i prisberegningen indgik en lavere varmepris end den varmepris, der ville være fremkommet ved fastsættelse af varmeprisen efter almindelige principper.

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 28 af 41

Ved indgåelsen af nye aftaler i 1998 blev tillæggets prisberegningss metode videreført. Advokat Hemmer konkluderer på denne baggrund, at betalingskravet vedrørende kapacitetsbetalingen hviler på en retlig forpligtelse mellem I/S Fynsværket (Elsam A/S) og affaldsleverandørerne

Det fremgår af advokat Bankes indlæg, at affaldsleverandørerne ikke er enige i denne udlægning. Advokaten peger bl.a. på, at kontrakttillægget ikke indeholder bestemmelser om, at affaldsleverandørerne skulle betale for den manglende kapacitetsudnyttelse.

Energitilsynet fandt ikke, at der på aftaletidspunktet forelå et klart aftalegrundlag, som kunne danne grundlag for en afgørelse med udgangspunkt i aftaleforholdene mellem Odense Renovationsselskab A/S m.fl. og Odense Kraftvarmeværk A/S.

Tilsynet finder heller ikke, at der med advokat Hemmers nye oplysninger er tilvejebragt det fornødne klare grundlag for opkrævning af et pristillæg hos affaldsleverandørerne og dettes indregning i Odense Kraftvarmeværk A/S' priser.

Den fornødne afklaring af aftaleforholdene vil indebære en vurdering og bevisførelse, som ikke kan ske med de forvaltningsmæssige midler, som er til rådighed for tilsynet. Denne vurdering må foregå ved domstolene.

Tilsynet finder derfor kun at kunne kommentere advokat Hemmers indlæg ud fra de forhold, som var gældende på afgørelsetidspunktet, dvs. som om der ikke foreligger et særligt aftalegrundlag mellem Odense Renovationsselskab A/S m.fl. og Odense Kraftvarmeværk A/S om kapacitetsbetalingen. Dvs. tage stilling til, om der uden et sådant grundlag er hjemmel til i prisberegningen at indregne en "omkostning" til dækning af den manglende kapacitetsudnyttelse på Fynsværket efter etableringen af Odense Kraftvarmeværk.

Med henvisning hertil finder Energitilsynet ikke at kunne kommentere **punkt 3** i advokat Hemmers indlæg.

Advokat Hemmers **punkt 4** drejer sig om de nye affaldsleveranceaftaler (indgået 4. juni 2004), som Energitilsynet ikke har været orienteret om under sagsbehandlingen. Tilsynet har ikke bemærkninger hertil.

Under **punkt 5** anfører advokat Hemmer, at I/S Fynsværket og det affaldsbaserede kraftvarmeværk, som var ejet af I/S Fynsværket, samlet var underlagt hvile-i-sig-selv princippet. Princippet gjaldt derimod ikke isoleret for den enkelte enhed. Advokaten finder derfor ikke, at det er i strid med det dagældende hvile-i-sig-

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 29 af 41

selv princip, at der blev overført kapacitetsbetaling til Fynsværket, som blev anvendt til at opretholde uændrede el- og varmepriser på Fynsværket.

Dernæst afviser advokat Hemmer, at en udskillelse efter elforsyningslovens §§ 48 og 102 fører til, at de indgåede affaldsleveringskontrakter og varmetafter bortfalder og gør gældende, at den gamle aftale om kapacitetsbetalingen skal opretholdes uændret.

Energitilsynet har ikke nogen mulighed for i dag at vurdere, hvordan de daværende Elprisudvalg og Gas- & Varmeprisudvalg ville have vurderet et ønske fra I/S Fynsværket om at indregne en godtgørelse fra kraftvarmeværket til Fynsværket for den mindre kapacitetsudnyttelse. Overførslen af godtgørelsen er foregået inden for I/S Fynsværkets rammer og har ikke været forelagt for udvalgene.

Energitilsynet har fået kendskab til godtgørelsen i forbindelse med klagesagen. Tilsynet finder ikke, at der er tale om en reel produktionsomkostning på kraftvarmeværket. Den er derfor ikke i overensstemmelse med omkostningsprincipperne i hverken elforsyningsloven eller i varmforsyningsloven. Det forhold, at der i de politiske forudsætninger for kraftvarmeværkets opførelse indgik, at opførelsen af anlægget ikke måtte betyde en forhøjelse af Fynsværkets priser for elektricitet og varme ændrer ikke ved dette.

Herudover gør advokat Hemmer gældende

at der ikke med kapacitetsbetalingen overføres et overskud fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Fynsværket (Elsam A/S). Forpligtelsen til at betale kapacitetsbetalingen er en forpligtelse, affaldsleverandørerne har påtaget sig direkte over for Fynsværket,

at kapacitetsbetalingen må anses for nødvendig omkostning efter elforsyningsloven, da den hviler på en gammel aftale mellem parterne, og

at det ikke kun er egentlige produktionsomkostninger, der kan indregnes i affaldsbehandlingsprisen, men tillige en omkostning som kapacitetsbeløbet, som er betalingen for, at affaldsvarmeværket kunne placeres på Fynsværket. Kapacitetsbetalingen kan sammenlignes med den effektbetaling, som varmforsyningerne nogle steder betaler til dækning af den reducerede eleffekt som følge af varmeproduktionen.

Hertil skal Energitilsynet bemærke, at der i det konkrete tilfælde i Odense Kraftvarmeværk A/S' regnskab indgår en post til dækning af en godtgørelse til Elsam A/S for den ringere kapacitetsudnyttelse, som opførelsen af kraftvarmeværket har medført for Fyns-

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 30 af 41

værket. Dvs. at der overføres et beløb fra kraftvarmeværket til Elsam A/S. Beløbet belaster prisberegningen i kraftvarmeværket og indgår – således som sagen må forstås – som en indtægt hos Fynsværket, der alt andet lige skulle føre til lavere priser.

Energitilsynet må afvise, at der er tale om en betaling, der er at ligne med den effektbetaling, som varmemforsyningen nogle steder betaler til dækning af nedsat eleffekt som følge af, at der også skal produceres varme. Effektbetalingen er dækning af en omkostning, mens der i den konkrete sag reelt er tale om, at der overføres "overskud" fra kraftvarmeværket til moderselskabet – Elsam A/S. Betalingen modsvarer ikke nogen ydelse fra moderselskabet.

Da betalingen således ikke er udtryk for en reel produktionsomkostning på kraftvarmeværket, er den ikke i overensstemmelse med omkostningsprincipperne i hverken elforsyningsloven eller i varmemforsyningsloven."

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 31 af 41

Supplerende sagsfremstilling

Fra Odense kommunalbestyrelses beslutningsprotokol af 8. februar 1993 fremhæves:

"Affaldsprisen det første driftsår med balance i regnskabet er beregnet til 130 kr./ton i dagens prisniveau inkl. Bortskaffelse og deponering af aske/slagger, men ekskl. statsafgift.

Ved indregning af fjernvarmens merbetaling, dvs. økonomisk kompensation til Fynsværket for ikke-fuldstændig udnyttelse af Fynsværkets kapacitet, vil prisen blive 171 kr./ton."

Fra referatet af I/S Fynsværkets bestyrelsesmøde 2. marts 1993 citeres:

"Det indstilles til bestyrelsen, at der træffes principbeslutning om at etablere et affaldsfyret kraftvarmeanlæg på Fynsværket, med en forbrændingskapacitet på 120.000 tons pr. år, idet det er en klar forudsætning, at det affaldsfyrede kraftvarmeanlæg ikke må få fordyrende indvirkning på Fynsværkets salgspriser for el og varme.[...]"

Af referatet fra I/S Fynsværkets bestyrelsesmøde 24. juni 1997 fremgår det:

"Ved igangsætning af projektet medio 1997 vil det nye anlæg kunne idriftsættes i efteråret år 2000.

Det indstilles til bestyrelsen, at der træffes principbeslutning om udvidelse af Fynsværkets affaldsforbrændingsanlæg med en ekstra forbrændingskapacitet på 60.000 tons, idet det er en klar forudsætning, at udvidelsen ikke må få fordyrende indvirkning på Fynsværkets salgspriser på el og varme."

Ved brev af 29. januar 2004 til Energitilsynet fremsendte advokat Hemmer på vegne af Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S bemærkninger, hvoraf fremgår:

"[...]Henset hertil var det en udtrykkelig forudsætning for projektets gennemførelse, at el- og varmesiden blev holdt skadesløse, således at det affaldsfyrede kraftvarmeværk ikke måtte medføre en forhøjelse af Fynsværkets salgspriser for el og varme.

Alle parterne var enige i denne forudsætning, som klart kom til udtryk under projekteringen. Således fremgår det af referat af bestyrelsesmøde i I/S Fynsværket den 2. marts 1993, at "det er en klar forudsætning, at det affaldsfyrede kraftvarmeanlæg ikke må få fordyrende indvirkning på Fynsværkets salgspriser for el og varme." [...]

Det bemærkes herved, at Kommunalbestyrelsen i Odense på daværende tidspunkt i henhold til vedtægterne for I/S Fynsværket havde bestemmende indflydelse i I/S Fynsværkets bestyrelse og forretningsudvalg. Odense Kommune og de øvrige fynske kommuner, som var repræsenteret i I/S Fynsværkets bestyrelse, var derfor bekendt med forudsætningen, også i deres egenskab af affaldsleverandører.[...]"

Ved e-mail af 13. september 2005 fremsendte advokat Hemmer på vegne af Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S til Energiklagenævnet yderligere bemærkninger til sagen, hvoraf fremgår:

"Sammenfattende processkrift

Som advokat for Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S har jeg den 18. november 2004 påklaget Energitilsynets afgørelse af 25. oktober 2005 i sag 3/1322-0101-0274/CA. Afgørelsen har følgende ordlyd:

"Det meddeles Odense Renovationsselskab A/S m.fl., Elsam A/S og Odense Kraftvarmeværk A/S, at godtgørelsen fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S ikke er i overensstemmelse med elforsyningsloven, da der ikke er tale om en reel indregningsberettiget omkostning, jf. elforsyningslovens § 75, stk. 3 og § 58, stk. 1 samt varmforsyningslovens § 20."

Påstand

Energiklagenævnet træffer afgørelse om, at det ikke er i strid med elforsyningslovens § 75, stk. 3 og § 58, stk. 1 samt varmforsyningslovens § 20, at Odense Kraftvarmeværk A/S betaler en godtgørelse til Elsam A/S for en ringere kapacitetsudnyttelse på Fynsværket, og at denne kapacitetsbetaling kan indregnes som en

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 32 af 41

særomkostning over for Odense Renovationsselskab A/S m.fl., idet der ikke dermed er taget stilling til, om der foreligger det fornødne aftalegrundlag, som kan danne grundlag for, at Odense Kraftvarmeværk A/S kan håndhæve betalingskravet.

Sagsfremstilling

Sagen vedrører spørgsmålet om kapacitetsbetaling fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S er i strid med elforsyningslovens § 75, stk. 3 og § 58, stk. 1 samt varmforsyningslovens § 20.

Det anerkendes, at prismyndighederne ikke kan tage stilling til, om der er indgået en endelig aftale mellem parterne.

Det bør imidlertid ikke afskære Energiklagenævnet fra at tage stilling til, om Odense Kraftvarmeværk A/S kan indregne kapacitetsbetalingen fra Odense Renovationsselskab m.fl. som en særomkostning under den forudsætning, at der foreligger det fornødne aftalegrundlag.

Det fremgår af sagen, at der ved etableringen af det affaldsbaserede Odense Kraftvarmeværk opstod en forringet kapacitetsudnyttelse på Fynsværket, der ville betyde en forhøjelse af Fynsværkets priser for el og varme. Kapacitetsbetalingen blev fastsat som en godtgørelse for den forringede kapacitetsudnyttelse og er en forudsætning for varmeaftalen med Odense Kommune vedrørende levering af varme fra både Odense Kraftvarmeværk og Fynsværket.

Kapacitetsbetalingen fra affaldsleverandørerne medfører således, at varmemeforbrugerne i Odense opnår en lavere varmepris.

Energitilsynets afgørelse

Elforsyningslovens § 75, stk. 3 fastlægger, at Odense Kraftvarmeværk A/S som et affaldsforbrændingsanlæg skal "hvile-i-sig-selv".

I Energitilsynets begrundelse (47) anføres vedrørende "hvile-i-sig-selv" princippet, at kapacitetsbetalingen *"belaster prisberegningen i kraftvarmeværket og indgår således som sagen må forstås - som en indtægt hos Fynsværket, der alt andet lige skulle føre til lavere priser"*.

Det anføres videre (54), at "en forøget betaling fra affaldsleverandørerne til Odense Kraftvarmeværk A/S skal indgå i det samlede "hvile-i-sig-selv" regnskab for kraftvarmeværket i omkostningsfordelingen mellem affaldssiden og varmesiden".

Endeligt anføres det (48), at "der i den konkrete sag reelt er tale om, at der overføres "overskud" fra kraftvarmeværket til moderselskabet Elsam A/S".

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 33 af 41

Energitilsynets bedømmelse er imidlertid ikke korrekt, idet kapacitetsbetalingen er en særømkostning for affaldssiden, der skal betales som en godtgørelse for den forringede kapacitet på Fynsværket som følge af etableringen af det affaldsbaserede kraftvarmeværk. Kapacitetsbetalingen fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S belaster således ikke fællesomkostningerne ved den kombinerede produktion på affaldsbehandlingsværket, idet den modsvares af, at affaldssiden betaler denne som en særømkostning.

Odense Kraftvarmeværk A/S forestår med andre ord den administrative opkrævning af kapacitetsbetalingen fra affaldssiden og afregner denne til Fynsværket (Elsam A/S).

Indtægten hos Fynsværket (Elsam A/S) fører endvidere til lavere varmepriser, idet varmen fra Odense Kraftvarmeværk A/S videregives til varmekonsumenterne i Odense Kommune igennem Elsam A/S og afregnes i henhold til varmekontrakten mellem Elsam A/S og Odense Kommune.

Varmeprisen er i henhold til denne kontrakt fastsat under den forudsætning, at affaldssiden betaler kapacitetsomkostningerne som en særømkostning. Der er således heller ikke tale om, at der overføres et overskud fra kraftvarmeværket til Elsam A/S.

Vedrørende fastsættelsen af varmeprisen henvises til et indlæg til Energiklagenævnet den 8. februar 2005 under punkt 2.2 og 2.3.

Der henvises til det i sagen fremlagte dokumentationsmateriale, hvorefter der ikke kan være tvivl om, at det ved værkets etablering var en forudsætning, at dette ikke måtte føre til forhøjede priser på varme og elektricitet fra Fynsværket.

Dermed kan affaldssidens betaling af kapacitetsomkostningerne ikke anses at være i strid med "hvile-i-sig-selv" princippet, idet det indbetalte beløb er en forudsætning for den lavere varmepris for den varme, der leveres igennem Elsam A/S til Odense Kommune.

Da kapacitetsbetalingen fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S ikke indregnes som en ømkostning, der belaster varmeprisen, idet denne afholdes som en særømkostning af affaldssiden, kan principperne i varmemforsyningslovens § 20 ikke føre til - som anført af Energitilsynet - at *"indregningen af godtgørelsen betyder, at prisen for affaldsforbrænding og varme har været fastsat på et for højt niveau"*.

Varmemforsyningslovens § 20 skal sikre, at der finder en rimelig fordeling sted af ømkostningerne til behandling af affald og produktion af varme på affaldsforbrændingsanlæg. Den godtgørelse affaldssiden har betalt som en særømkostning er netop udtryk

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 34 af 41

for, at hensynet bag varmemforsyningslovens § 20 søges efterlevet, idet kapacitetsbetalingen samtidig medfører en fordel for bl.a. varmemeforbrugerne. Princippet i elforsyningslovens § 58, stk. 1 ses ikke at føre til noget andet resultat.

Elforsyningslovens § 75, stk. 3 tager ikke stilling til, hvilke omkostningsselementer, der kan indregnes i affaldsbehandlingsprisen, og det kan derfor ikke, som forudsat i Energitilsynets afgørelse, tillægges betydning, at kapacitetsbetalingen *"ikke er en egentlig produktionsomkostning"*.

Det vil således ikke være i strid med elforsyningslovens § 75, stk. 3 at indregne kapacitetsbetalingen som en særømkostning for affaldsleverandørerne, medmindre denne betaling i øvrigt kan anses for urimelig for brugerne af affaldsbehandlingsanlægget.

Når der henses til baggrunden for, at der opkræves et beløb til dækning af den ringere kapacitetsudnyttelse på Fynsværket, kan dette ikke føre til, at betalingen kan tilsidesættes som urimelig efter elforsyningslovens § 75, stk. 3.

Virkninger på affaldsprisen

Energitilsynet har, som nævnt i begrundelsen (53), ikke kompetence til at fastsætte priserne på affaldssiden.

Det betyder, at Energitilsynet ikke udover den kompetence, der er tillagt i elforsyningslovens § 75, stk. 3 har hjemmel til at tilsidesætte den aftale, der er indgået med affaldssiden om betaling af kapacitetsgodtgørelse, ligesom det er uden for Energitilsynets kompetence at tage stilling til, om en sådan aftale kan håndhæves.

At affaldssiden i henhold til en sådan aftale påføres en særømkostning kan derfor alene tilsidesættes efter elforsyningslovens § 75, stk. 3, såfremt denne særømkostning kan anses for urimelig. Kapacitetsbetalingen fører samlet til en lavere pris for den varme, der produceres på Odense Kraftvarmeværk A/S, og kan derfor ikke tilsidesættes som urimelig."

Ved brev af telefax af 24. oktober 2005 fremkom advokat Banke på vegne af Odense Renovationsselskab A/S m.fl. med en udtalelse til sagen, hvorfra citeres:

"Den 13.09.2005 har Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S afgivet et sammenfattende processkrift i ovennævnte sag.

Som advokat for Odense Renovationsselskab A/S m.fl. (affaldsleverandørerne) skal jeg meddele, at jeg ikke er enig i de i processkriftet anførte betragtninger.

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 35 af 41

Der henvises i den forbindelse indledningsvis til tidligere afgivne skriftlige indlæg til Energitilsynet og Energiklagenævnet.

Herudover giver advokat Per Hemmers sammenfattende proces-skrift anledning til følgende supplerende bemærkninger.

I afsnittet "*Energitilsynets afgørelse*" fremkommer advokat Per Hemmer med nogle betragtninger om kapacitetsbetalingens sammenhæng med varmepriserne og anfører herunder, at en opkrævning af kapacitetsbetalingen ikke kan sidestilles med overførsel af overskud fra Odense Kraftvarmeværk A/S til Elsam A/S.

På vegne affaldsleverandørerne skal jeg meddele, at disse betragtninger ikke kan tiltrædes.

Odense Kraftvarmeværk A/S' opkrævning af en kapacitetsbetaling hos affaldsleverandørerne vil medføre, at der opstår et overskud i Odense Kraftvarmeværk A/S. I den forbindelse bør der ikke kunne lægges vægt på, at Odense Kraftvarmeværk A/S og dets moderselskab Elsam A/S i en koncernintern aftale har etableret en forpligtelse for Odense Kraftvarmeværk A/S til at viderebetale dette overskud til Elsam A/S, - denne selvskabte forpligtelse giver ikke grundlag for at betragte overskudsbetalingen som betaling af en udgift med deraf nul-resultat til følge i Odense Kraftvarmeværk A/S.

Den manglende kapacitetsbetaling fra affaldsleverandørerne til Odense Kraftvarmeværk A/S og viderebetaling heraf til Elsam A/S vil alene have det resultat til følge, at overskuddet i Elsam A/S reduceres tilsvarende.

Det bestrides endvidere, at den manglende kapacitetsbetaling vil påvirke varmeprisen. Varmeprisen afregnes i henhold til varme-kontrakten af 05.06.2000 mellem Elsam A/S og Odense Kommune, og denne kontrakt indeholder ikke nogen bestemmelse om, at varmeprisen kan forhøjes i tilfælde af, at kapacitetsbetalingen måtte bortfalde. I følge kontrakten med bilag, er varmeprisen bundet til en række specifikke driftsomkostninger og kan alene genforhandles ved væsentlige afgiftsstigninger. Indtægter henholdsvis bortfald heraf indgår ikke i prisfastsættelsen.

Afslutningsvis fremkommer advokat Per Hemmer med nogle bemærkninger om Energitilsynets begrænsede kompetence til at tilsidesætte den gamle aftale. Heroverfor bemærkes, at der ikke eksisterer nogen gammel aftale, og at der derfor ikke er noget at tilsidesætte."

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 36 af 41

Ved brev af 22. november 2005 meddelte advokat Per Hemmer på vegne af Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S, at man ikke havde yderligere bemærkninger til sagen.

Retsgrundlag

Fra lov om elforsyning, jf. dagældende lovbekendtgørelse nr. 151 af 10. marts 2003, citeres:

§ 58. Elektricitet fra anlæg som nævnt i § 57, stk. 1, nr. 1, aftages til en betaling, der svarer til omkostningerne ved at producere og transportere elektricitet, herunder brændsels- og driftsomkostninger m.v. og langsigtede anlægsomkostninger. Ved fastsættelsen af de langsigtede anlægsomkostninger skal der tages hensyn til de i lovens § 1 nævnte formål. VE-elektricitet, herunder VE-elektricitet produceret af kraftvarmeanlæg, afregnes efter regler fastsat i medfør af § 59, jf. dog stk. 3.
Stk. 2. [...]

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 37 af 41

Af lov om elforsyning, jf. den nugældende lovbekendtgørelse nr. 286 af 20. april 2005, fremgår:

”§ 48. Virksomheder, som producerer elektricitet ved forbrænding af affald, må ikke i samme virksomhed udøve anden elproduktionsvirksomhed eller elhandelsvirksomhed.

§ 69. Priserne for ydelser fra de kollektive elforsyningsvirksomheder fastsættes under hensyntagen til virksomhedernes nødvendige omkostninger til indkøb af energi, lønninger, tjenesteydelser, administration, vedligeholdelse, andre driftomkostninger og afskrivninger samt forrentning af kapital og under hensyntagen til de andre indtægter, som opnås ved driften af den bevillingspligtige virksomhed. Ved nødvendige omkostninger forstås omkostninger, som virksomheden afholder ud fra driftsøkonomiske overvejelser med henblik på at opretholde en effektiv drift. Ved fastsættelsen af priser tages desuden hensyn til udgifter, som afholdes som følge af, at virksomhederne hæfter for gældsforpligtelser stiftet inden den 1. januar 2000 eller udgifter som følge af, at en netvirksomhed stiller sikkerhed til fordel for en elproduktionsvirksomhed, som helt eller delvis ejes af netvirksomheden, når sikkerhedsstillelsen kun omfatter gældsforpligtelser, som elproduktionsvirksomheden påtager sig med henblik på restfinansiering af anlægsarbejder påbegyndt inden den 29. april 1999. Priserne for ydelser fra en kollektiv elforsyningsvirksomhed må ikke stige som følge af det vederlag, der erlægges ved overdragelse af virksomheden.

Stk. 2.[...]

§ 75. Priser og leveringsbetingelser for elproduktionsvirksomheders salg af elektricitet fastsættes ved aftale.

Stk. 2. Ejere af kraft-varme-produktionsanlæg må ved fastsættelsen af priser og leveringsbetingelser for fjernvarme ikke udnytte deres stilling til at fordele deres omkostninger på en måde, der må anses for urimelig for fjernvarmeforbrugerne.

Stk. 3. Virksomheder, som producerer elektricitet ved forbrænding af affald, skal økonomisk hvile i sig selv. Ejere af affaldsforbrændingsanlæg må ved fastsættelsen af priser og betingelser for affaldsbehandling og for levering af fjernvarme ikke udnytte deres stilling til at fordele deres omkostninger på en måde, der anses for urimelig for brugerne af affaldsbehandlingsanlægget eller for fjernvarmeforbrugerne.

Stk. 4. Transport- og energiministeren kan fastsætte regler om fordelingen efter stk. 2 og 3.

§ 89. Energiklagenævnet behandler klager over afgørelser truffet af transport- og energiministeren eller af Energitilsynet efter denne lov eller regler udstedt i henhold til loven.[...]

§ 102. Såfremt denne lov indebærer, at en virksomhed omfattet af den tidligere gældende elforsyningslov vil skulle opdeles i flere selvstændige juridiske enheder, skal opdelingen gennemføres således, at der til hver enhed henføres de aktiver og passiver, der naturligt er knyttet til den aktivitet, der vil skulle udøves af den pågældende enhed. I relation til virksomhedens passiver har den stedfundne opdeling ikke virkning i forhold til virksomhedens kreditorer.

Stk. 2. Transport- og energiministeren påser overholdelsen af bestemmelsen i stk. 1 i forbindelse med fastlæggelsen af virksomhedernes åbningsbalancer i henhold til § 101.”

Af varmemforsyningsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 347 af 17. maj 2005, fremgår:

§ 20. Inden for de i § 20 a nævnte indtægtsrammer kan kollektive varmemforsyningsanlæg, industrivirksomheder, kraft-varme-værker med en eleffekt over 25 MW samt geotermiske anlæg m.v. i priserne for levering til det indenlandske marked af opvarmet vand, damp eller gas bortset fra naturgas indregne nødvendige udgifter til energi, lønninger og andre driftsomkostninger, efterforskning, administration og salg, omkostninger som følge af pålagte offentlige forpligtelser samt finansieringsudgifter ved fremmedkapital og underskud fra tidligere perioder opstået i forbindelse med etable-

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 38 af 41

ring og væsentlig udbygning af forsyningssystemerne, jf. dog stk. 7-11, § 20 a, stk. 7, og § 20 b.

Stk. 2.[...]”

Energiklagenævnets bemærkninger

Nævnet bemærker, at tvisten mellem klagerne på den ene side og affaldsleverandørerne på den anden side begyndte ved parternes forhandling af en ny affaldsleverancekontrakt.

Odense Kraftvarmeværk krævede ved disse forhandlinger et pristillæg på 7 kr./GJ, der produceres på Odense Kraftvarmeværk. Pristillægget skulle dække den omkostning, værket har ved betaling af godtgørelse til Fynsværket for manglende dækningsbidrag, som følge af ringere udnyttelse af Fynsværkets kapacitet efter etableringen af affaldsforbrændingsanlægget.

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 39 af 41

Som i andre sager for nævnet om værker, der afbrænder affald og producerer varme og elektricitet, synes baggrunden for sagen at være, at parternes aftalegrundlag er utilstrækkeligt. I lighed med de øvrige sager om lignende problemstillinger, som nævnet har påkendt (Måde værket, 10. maj 2004, j.nr. 21-154, og Haderslev, 29. september 2004, j.nr. 21-94, Renosyd, 11. februar 2005, j.nr. 21-193), er der derfor grundlag for at fremhæve, at det er parternes opgave og ansvar, at der er skabt et funktionelt og sammenhængende aftalegrundlag. Problemer på grund af mangler i aftalegrundlaget, som ikke kan afklares ved forhandlinger mellem parterne, må primært løses ved hjælp af domstolene eller voldgiftsafgørelser. Energitilsynet og Energiklagenævnet skal derfor i sager som denne udvise den begrænsning, at man indskrænker sig til spørgsmål, der utvivlsomt henhører under myndighedernes pligtmæssige kompetence, og som er relevante i tvistens sammenhæng.

Nævnet konstaterer, at de tidligere affaldsleverancekontrakter fra 1993 (med tillæg fra 1997) og 1998 ikke eksplicit nævner kapacitetsbidraget, der dog efter det oplyste fra Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S har været indregnet i priserne for affaldsbehandling.

Elforsyningslovens § 75, stk. 3 fastslår for affaldsforbrændingsanlæg, der producerer elektricitet, et princip om, at virksomheden skal hvile i sig selv.

Odense Kraftvarmeværk A/S må således hverken drives med underskud eller overskud. Priserne for produktion af el, varme og affaldsforbrænding må med andre ord fastlægges således, at de kun lige dækker de nødvendige omkostninger, jf. herved principperne i elforsyningslovens § 75, stk. 3 og varmforsyningslovens § 20. Heri ligger en væsentlig begrænsning af Odense Kraftvarmeværks aftalefrihed i forbindelse med prisfastlæggelsen.

Godtgørelsen til Fynsværket er en omkostning, der er afledt af etableringen af affaldsforbrændingsanlægget med deraf følgende mindre udnyttelse af Fynsværkets varmekapacitet. Nævnet finder som følge heraf, at pristillægget har karakter af en særømkostning for affaldssiden også henset til, at etableringen af affaldsforbrændingsanlægget blev udført i affaldsleverandørernes interesse. Hvorvidt denne omkostning må anses for en nødvendig omkostning for affaldsforbrændingsanlægget må bl.a. vurderes på baggrund af forudsætningerne for den oprindelige aftale mellem Fynsværket og Odense Kommune om opførelse af affaldsforbrændingsanlægget, nu Odense Kraftvarmeværk A/S.

Nævnet finder, at godtgørelsen for manglende kapacitetsudnyttelse har været en klar og kendelig forudsætning for Odense Kommune og I/S Fynsværket ved etableringen af værket, jf. Odense byråds beslutningsprotokol af 8. februar 1993.

Nævnet bemærker i øvrigt, at Odense Renovationsselskab A/S er 100 % ejet af Odense Kommune, og selskabet må derfor anses for at have været bekendt med forudsætningen om, at etableringen af affaldsforbrændingsanlægget ikke måtte få fordyrende virkning på Fynsværkets varmepriser. Ligeledes har 3 af de øvrige affaldsleverandører (Faaborg, Middelfart og Nyborg kommuner), gennem deltagelse i Fynsværkets bestyrelse ved indgåelsen af de første kontrakter i 1993, været bekendt med denne forudsætning, jf. referat fra I/S Fynsværkets bestyrelsesmøde 2. marts 1993.

Da betalingen af pristillægget for manglende kapacitetsudnyttelse således har været en klar forudsætning for Fynsværket og Odense Kommune, og i øvrigt har været afspejlet i aftalegrundlaget for samtlige affaldsleverandører via prisen på affaldsbehandling, finder nævnet, at godtgørelsen er en nødvendig driftsomkostning for Odense Kraftvarmeværk A/S, som selskabet må indregne, jf. hvile-i-sig-selv princippet i elforsyningslovens § 75, stk. 3 og varmemforsyningslovens § 20.

Nævnet finder således ikke, at kapacitetsgodtgørelsen er urimelig for affaldsleverandørerne efter elforsyningslovens § 75, stk. 3.

Nævnet bemærker, at Odense Kraftvarmeværk som følge af el-reformen i 1999 pr. 1. januar 2000 blev udskilt fra Fynsværket, jf. § 48 i elforsyningsloven. Nævnet finder ikke anledning til at påtale, at Odense Kraftvarmeværk efter aftale med Fynsværket opkræver pristillægget af affaldsleverandørerne på vegne af Fynsværket. Det af affaldsleverandørerne anførte om leveranceaftalernes uoverdragelighed kan ikke føre til et andet resultat.

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 40 af 41

Nævnet bemærker, at det ikke er aftalt mellem parterne eller fremgår af forudsætningerne for aftalegrundlaget, hvor længe Fynsværket skal godtgøres for den manglende udnyttelse af kapaciteten på værket.

Nævnet finder, at det tilkommer Energitilsynet at fastlægge, i hvilken periode det ikke vil være urimeligt at opkræve pristillægget efter hvile-i-sig-selv princippet i elforsyningslovens § 75, stk. 3.

Nævnet finder tilsvarende, at Energitilsynet bør afgøre, om størrelsen af pristillægget er udtryk for en nødvendig omkostning. Nævnet bemærker i den forbindelse, at godtgørelsen kun kan udstrækkes til betaling for manglende udnyttelse af den overkapacitet, der var til stede på Fynsværkets blok 7 ved affaldsanlæggets etablering.

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Nævnet hjemviser derfor Energitilsynets afgørelse til opgørelse af perioden for og størrelsen af det samlede pristillæg, som kan opkræves af affaldsleverandørerne.

Side 41 af 41

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse ophæves og hjemvises med den af nævnet anførte begrundelse.

Energiklagenævnet bemærker, at Vattenfall fra 1. januar 2006 har overtaget Fynsværket fra Elsam A/S.

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

Sagen har været behandlet på nævnets møder den 7. december 2005 og 23. marts 2006.

Afgørelsen offentliggøres på nævnets hjemmeside.

Afgørelsen er sendt til Odense Kraftvarmeværk A/S og Elsam A/S v/advokat Per Hemmer, Odense Renovationsselskab m.fl. v/advokat Hans Henrik Banke og Energitilsynet.

P. N. V.

Chr. Hjorth-Andersen

Fungerende nævnsformand

/ Trine Frederiksen
Fuldmægtig

28. marts 2006

J.nr.: 11-242

Eksp.nr.: 23608

TFR-EKN

Side 42 af 41