

AFGØRELSE

(Elforsyning)

energi
KLAGENÆVNET

Frederiksborggade 15

1360 København K

Tlf 33 95 57 85

Fax 33 95 57 99

Afgørelsen offentliggøres i anonymiseret form

www.ekn.dk

ekn@ekn.dk

KLAGE FRA	...[Klagere] af september 2005 af 27. september 2005 over
AFGØRELSE FRA	Energitilsynet af 23. september 2005
OM	Investering i fibernet

31. marts 2006

J.nr.: 11-349

Eksp.nr.: 25676

TFR-EKN

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

NÆVNETS	Energitilsynets afgørelse af 23. september 2005 stadfæ-
AFGØRELSE	stes

I Energiklagenævnets afgørelse af 28. marts 2005 i nærværende sag, var der en fejl i dateringen af nævnets afgørelse. Fejlen berigtiges ved denne afgørelse, som træder i stedet for afgørelsen af 28. marts 2005.

Sagen er indbragt for Energiklagenævnet ved brev af 27. september 2005 fra [...], hvorved Energitilsynets afgørelse af 23. september 2005 påklages. I afgørelsen fandt tilsynet ikke, at det var i strid med elforsyningslovens regler, at Thy Højspændingsværk Net A/S og Thy Højspændingsværk A.m.b.a. havde investeret provenuet fra salg af Elsam aktier i fibernet bredbånd.

Den påklagede afgørelse

Fra Energitilsynets afgørelse af 23. september 2005 fremgår følgende:

”[...]

Ved skrivelse af 5. august 2005 har De klaget til Energitilsynet over Thy Højspændingsværk Net A/S' og Thy Højspændingsværk A.m.b.A.'s forvaltning af provenuet i forbindelse med salg af Elsam aktier. Endvidere har De klaget over værkernes omgåelse af tidsfrister.

I Deres klage gør De gældende, at værkernes forvaltning bør få såvel personlige som økonomiske konsekvenser for bestyrelsen, direktøren og revisoren.

De ønsker, at Energitilsynet skal tage stilling til følgende klagepunkter:

1. **at** Thy Højspændingsværk A.m.b.A. har gennemført køb af aktier i bredbånd i strid med formålsbestemmelsen i de gamle vedtægters § 2, stk. 1, hvorefter selskabets formål er fremskaffelse og levering af elektricitet,
2. **at** selskabet efterfølgende har ændret i vedtægterne, således at selskabets formål i henhold til den nye bestemmelse i § 1, stk. 3 er fremskaffelse og levering af elektricitet samt drive anden virksomhed med tilknytning til elforsyningsvirksomhed gennem ét selskab med begrænset ansvar. De mener ikke, at ændringen legaliserer investering i bredbånd, fordi "elforsyningsvirksomhed" ikke omfatter bredbånd,
3. **at** køb af bredbandsaktier ikke er nævnt i årsrapporten og referatet for foråret 2003,
4. **at** referatet for repræsentantskabsmødet 2005 er meget mangelfuldt,
5. **at** de 25 mio. kr., som værkerne har investeret i MidtVest Bredbånd ikke vil give udbytte de første 12 år. De er af den opfattelse, at konkurrencestyrelsen siger, at investering i bredbånd skal ske på markedsmæssige vilkår og give plads til en forrentning af den investerede kapital svarende til, hvad en privatøkonomisk investor i gennemsnit vil forlange,
6. **at** formanden Hans S. Marrebæk har en dobbeltrolle i Vilhelmsminde- sagen. De mener, at advokatredegørelsen munder ud i en konklusion, som bør få formanden for værket til at trække sig,
7. **at** Thy Højspændingsværk Net A/S ikke har overholdt tidsfristen i vedtægterne for afholdelse af generalforsamling,
8. **at** udlodningen af udbytte fra Thy Højspændingsværk Net A/S på kr. 25 mio. er uforenelig med vedtægterne.

Energitilsynet sendte den 10. august 2005 klagen i høring hos Thy Højspændingsværk A.m.b.A. Bestyrelsen i Thy Højspændingsværk A.m.b.A. og Thy Højspændingsværk Net A/S afgav redegørelse i sagen den 18. august 2005.

Bestyrelsen anfører, at vedtægtsændringen dels skyldes generelle krav fra Energistyrelsen, dels ændringer i årsregnskabsloven og dels et ønske om at ændre selskabets formålsbestemmelse. Ændringen var nært knyttet til spørgsmålet om investering i bredbånd, som blev besluttet af bestyrelsen i 2004. Bestyrelsen oplyser, at bestyrelsen har vedtaget vedtægtsændringen i overensstemmelse med proceduren for vedtægtsændringer. Endvidere gør bestyrelsen gældende, at vedtægtsændringen blev vedtaget på to

31. marts 2006

J.nr.: 11-349

Eksp.nr.: 25676

TFR-EKN

Side 2 af 10

på hinanden efterfølgende repræsentantskabsmøder med mere end 70 pct. stemmemajoritet, og at ændringen er anmeldt til Energistyrelsen.

Bestyrelsen anfører endvidere, at referatet fra repræsentantskabsmødet er i overensstemmelse med de krav, der stilles til et referat, og at generalforsamlingen er afholdt i overensstemmelse med årsregnskabsloven.

Yderligere anfører bestyrelsen, at Vilhelmsminde-sagen¹ for længst er afsluttet, og at advokatredegørelsen, som blev gennemgået på det ordinære repræsentantskabsmøde i 2004, ikke gav anledning til at udtrykke nogen form for mistillid over for formanden.

Bestyrelsen gør på denne baggrund gældende, at investeringen i bredbånd er fuldt ud lovlig.

Energitilsynet har den 24. august forelagt Dem denne redegørelse.

Ved brev af 1. september 2005 til Energitilsynet har De fastholdt Deres klagepunkter.

Afgørelse

For så vidt angår punkt 1 og 2 i Deres klagepunkter, hvor De anfører, at Thy Højspændingsværk har gennemført køb af aktier i bredbånd i strid med de gamle og nye vedtægter, kan Energitilsynet oplyse, at elselskabernes investering i bredbånd er underlagt en række krav i henholdsvis elforsyningsloven, konkurrenceloven og telelovgivningen.

Energitilsynet har kompetence i henhold til elforsyningsloven.

Ifølge elforsyningslovens § 47, stk. 4, skal sideordnede aktiviteter, herunder kommercielle fibernetaktiviteter (investering i bredbånd), udskilles fra den kollektive elforsyningsvirksomhed i selvstændige selskaber med begrænset ansvar, således at elforsyningsvirksomheden og elkunderne ikke kommer til at hæfte for tab på disse aktiviteter.

Elforsyningslovens § 46 stk. 1, nr. 4, har desuden til hensigt at hindre elselskaberne i at hæve priserne for at finansiere de sideordnede aktiviteter ved at hindre krydssubsidiering fra elforsyningsvirksomheden til den sideordnede virksomhed. Det sker ved, at eventuelle aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår.

Energitilsynets kompetence ved netselskabernes fiberaktiviteter er at sikre, at elforbrugerne ikke kommer til at betale for selskabernes aktiviteter på områder, som falder uden for det bevillingspligtige område (for eksempel investering i bredbånd). En vurdering af det forretningsmæssige grundlag for den pågældende aktivitet falder udenfor tilsynets virksomhed.

31. marts 2006

J.nr.: 11-349

Eksp.nr.: 25676

TFR-EKN

Side 3 af 10

¹ *Energiklagenævnets note:* Sagen vedrørte tilbud til Vilhelmsminde Vindmøllelaug om tilslutning af vindmølle i nærmeste punkt.

Da Thy Højspændingsværk A.m.b.A. har investeret i bredbåndsaktiviteter gennem selskabet MidtVest Bredbånd A/S, har værket udskilt de kommercielle fibernetaktiviteter fra den kollektive elforsyningsvirksomhed i et selvstændigt selskab med begrænset ansvar. Værket har således overholdt bestemmelsen i elforsyningslovens § 47, stk. 4.

Energitilsynet kan endvidere oplyse, at elselskaberne siden den 1. januar 2005 frit har kunnet råde over deres egenkapital og haft mulighed for frit at anvende denne til de formål, som deres kompetente forsamlinger ønsker, herunder udrulning af fibernet til televirksomhed (investering i bredbånd). Der stilles ikke krav i lovgivningen til, at andre end elselskabernes kompetente forsamlinger skal kunne disponere over elselskabernes egenkapital, herunder krav om, at andre end elselskaberne skal bruge deres egenkapital til at nedsætte priserne.

Da værket alene har brugt sin egenkapital til investeringen i bredbånd, har Energitilsynet ikke noget at indvende mod investeringen.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt investeringen i bredbånd er i strid med formålsbestemmelsen i de gamle og nye vedtægter, kan Energitilsynet oplyse, at de kollektive elforsyningsvirksomheders vedtægter og ændringer i disse skal godkendes af energistyrelsen, jf. elforsyningslovens § 53. Energistyrelsen har både godkendt de gamle og de nye vedtægter i værket. Hvis De har spørgsmål i relation til godkendelsen af vedtægterne, skal Energitilsynet henvise Dem Energistyrelsen.

Det fremgår af de nye vedtægters formålsbestemmelse, at selskabets formål er fremskaffelse og levering af elektricitet samt drive anden virksomhed med tilknytning til elforsyningsvirksomhed gennem et selskab med begrænset ansvar.

Energitilsynet finder, at denne formulering dækker over selskabets investering i bredbånd.

Energitilsynet vurderer på denne baggrund, at selskabets investering i bredbånd ikke er i strid med elforsyningsloven.

For så vidt angår punkt 3 og 4 i Deres klagepunkter skal energitilsynet meddele, at det falder uden for Energitilsynets kompetence at vurdere, hvorvidt købet af bredbåndaktier skal angives i selskabets årsrapport og i referatet for foråret 2003, samt tage stilling til, hvorvidt referatet for repræsentantskabsmødet 2005 er meget mangelfuldt.

Energitilsynet kan i denne forbindelse henvise Dem til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med henblik på en vejledende udtalelse om, hvorvidt købet af bredbåndsaktier skal angives i selskabets årsrapport og i referatet. For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt referatet er mangelfuldt, kan tilsynet henvise Dem til domstolene.

For så vidt angår punkt 5 i Deres klage, hvor De anfører, at investeringen i bredbånd ikke overholder konkurrencelovgivningens krav om, at investering i bredbånd skal ske på markedsmæssige vilkår og give plads til en forrentning af den investerede kapital

31. marts 2006

J.nr.: 11-349

Eksp.nr.: 25676

TFR-EKN

Side 4 af 10

svarende til, hvad en privatøkonomisk investor i gennemsnit vil forlange, skal tilsynet henvise Dem til Konkurrencestyrelsen. Spørgsmål vedrørende overholdelse af konkurrencelovgivningen falder uden for Energitilsynets kompetence.

For så vidt angår punkt 6 i Deres klage vedrørende spørgsmålet om formandens habilitet i den afsluttede Vilhelmsminde-sag, falder dette ligeledes uden for Energitilsynets kompetence at tage stilling til, hvorfor tilsynet skal henvise Dem til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

For så vidt angår punkt 7 og 8 i Deres klage, skal Energitilsynet oplyse, at i henhold til varmemforsyningslovens § 21, stk. 4, kan tilsynet, hvis tilsynet finder, at tariffer, omkostningsfordeling eller andre betingelser er i strid med bestemmelserne i §§ 20, 20 a eller 20 b eller regler udstedt i henhold til loven, give pålæg om ændring af tariffer, omkostningsfordeling eller betingelser. I henhold til § 21, stk. 6 i varmemforsyningsloven finder bestemmelserne i § 21, stk. 1-5 tilsvarende anvendelse for vedtægtsbestemmelser i forbrugerejede forsyningsvirksomheder.

Bestemmelserne giver alene tilsynet hjemmel til at tage stilling til indholdet af selskabets vedtægter, hvis vedtægterne angår priser og leveringsbetingelser.

Energitilsynet kan således ikke tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt tidsfristen i vedtægterne for afholdelse af generalforsamling er overskredet, samt spørgsmålet om, hvorvidt udlodningen af udbytte fra Thy Højspændingsværk Net A/S på 25 mio. kr. er uforenelig med vedtægterne. Tilsynet kan i denne forbindelse henvise Dem til at rette henvendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

[...]"

31. marts 2006

J.nr.: 11-349

Eksp.nr.: 25676

TFR-EKN

Side 5 af 10

Klagen til Energiklagenævnet

Ved brev til Energiklagenævnet af 27. september 2005 har [...] klaget over Energitilsynets afgørelse. Fra klagen citeres:

"[...]"

Vi forstår ikke, at Energitilsynet kan give Thy Højspændingsværk (TH) medhold i investering i bredbånd.

Energitilsynet skriver, at de nye vedtægter er dækkende, men THs beslutning er jo foretaget før vedtægtsændringen, og der er endvidere indskudt penge for ændringen.

Vi har tre statsautoriserede revisorerers udtalelser om, at en vedtægtsændring ikke kan foretages med tilbagevirkende kraft.

Energitilsynet skriver endvidere, at elselskaberne siden 01.01.05 frit har kunnet råde over egenkapitalen. I TH har man taget beslutningen og foretaget investeringen i 2004 – altså inden ovennævnte dato.

Vi kan ikke se, at THs investering af kr. 25 mio. i MidtVest Bredbånd holdes adskilt, idet pengene er taget fra de opsparede el/net

penge og overført i et A/S, hvilket principielt betyder, at hele beløbet kan være tabt, da det er ansvarlig kapital.

Vi finder det i øvrigt ikke rimeligt, at et så stort beløb er besluttet af bestyrelsen uden om repræsentantskabet.

Repræsentantskabet har aldrig stemt om investeringen i bredbånd, men kun stemt om vedtægtsændringer.

[...]"

Energitilsynets bemærkninger til klagen

Ved brev til Energiklagenævnet af 11. oktober 2005 afgav Energitilsynet bemærkninger til klagen, hvoraf fremgår:

"[...]

Energitilsynet henholder sig til tilsynets afgørelse af 23. september 2005, hvor tilsynet fastslog, at selskabets investering i bredbånd ikke er i strid med elforsyningsloven, idet værket alene har brugt sin egenkapital til investeringen.

Klageren anfører i sin klage til Energiklagenævnet blandt andet, at Thy Højspændingsværks beslutning om investering i bredbånd er foretaget før vedtægtsændringen, og at der er indskudt penge før ændringen.

Thy Højspændingsværk har ved brev af 18. august 2005 til Energitilsynet, som er sendt i høring hos klageren, oplyst, at bestyrelsen i Thy Højspændingsværk A.m.b.A. i 2004 besluttede at investere i bredbåndsaktiviteter. Investeringen i bredbånd blev herefter diskuteret og godkendt på repræsentantskabsmøder den 30. maj og 20. juni 2005. I denne forbindelse blev det vedtaget at ændre i vedtægterne, hvilket ligeledes fremgår af Thy Højspændingsværks A.m.b.A.'s nye vedtægter.

Således som sagen er oplyst, fremgår det, at vedtægtsændringen ikke er foretaget med tilbagevirkende kraft, og at investeringen er foretaget efter den 1. januar 2005, hvor selskabernes egenkapital blev frigjort.

Tilsynet skal oplyse, at Energistyrelsen har godkendt vedtægtsændringerne i henhold til elforsyningslovens § 53. Tilsynet har informeret klageren om klagerens adgang til at rette spørgsmål vedrørende godkendelsen til Energistyrelsen.

Energitilsynet henholder sig i øvrigt til tilsynets afgørelse af 23. september 2005.

[...]"

Tilsynets bemærkninger har været forelagt såvel klagerne som Thy Højspændingsværk A.m.b.a. samt Thy Højspændingsværk Net A/S. Ingen af parterne har imidlertid afgivet udtalelse i den anledning.

31. marts 2006

J.nr.: 11-349

Eksp.nr.: 25676

TFR-EKN

Side 6 af 10

Retsgrundlag

Af elforsyningsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 286 af 20. april 2005 fremgår det:

"Aftalevilkår

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

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

Udskillelse af aktiviteter

§ 47. Bevilling til netvirksomhed og transmissionsvirksomhed kan med de i stk. 2 nævnte undtagelser ikke gives til samme virksomhed, og bevillingshaveren kan i virksomheden alene drive de aktiviteter, som ligger inden for bevillingen.

Stk. 2. Bevilling til netvirksomhed og bevilling til transmissionsvirksomhed kan dog gives til samme virksomhed, hvis transport- og energiministeren vurderer, at dette kan ske, uden at det er til hinder for en forsvarlig varetagelse af de bevillingspligtige aktiviteter.

Stk. 3. I det i stk. 2 nævnte tilfælde skal der i virksomheden være regnskabsmæssig adskillelse mellem de to bevillingspligtige aktiviteter.

Stk. 4. Andre aktiviteter, som ligger uden for bevillingen, herunder produktion eller handel med elektricitet, skal udøves i selvstændige selskaber med begrænset ansvar.

Stk. 5. [...]

§ 53. [...]

Stk. 2. De kollektive elforsyningsvirksomheders vedtægter og ændringer i disse skal godkendes af transport- og energiministeren. Dette gælder dog ikke Energinet Danmark."

31. marts 2006

J.nr.: 11-349

Eksp.nr.: 25676

TFR-EKN

Side 7 af 10

Energiklagenævnets praksis

I nævnets afgørelse af 16. juni 2004 (j.nr. 11-214) om en transformerforenings oprettelse af et aktieselskab til varetagelse af forsyningspligt fremgår det af nævnets bemærkninger:

"Om realiteten bemærker nævnet, at sagen i det væsentlige handler om, hvorvidt der er hjemmel i foreningens vedtægter til at stifte selskabet, herunder forholdet mellem vedtægterne og bestyrelsens bemyndigelse. Der er dernæst rejst spørgsmål om forøgelse af andelshavernes forretningsmæssige risiko.

Klager har endelig bestridt, at Energistyrelsen kan godkende et selskabs bevillingsansøgning om forsyningspligt, hvis der er tvivl om, hvorvidt det bevillingssøgende selskab er stiftet i strid med moderselskabets vedtægter.

Elforsyningsloven indeholder ikke bestemmelser, der afgør de rejste klagepunkter.

Energiklagenævnet giver Energistyrelsen medhold i, at den ved godkendelsen af vedtægter bl.a. påser, at kravene om forbrugerindflydelse i elforsyningslovens § 40-44 er opfyldt.

Energiklagenævnet kan ligeledes tiltræde, at Energistyrelsen ikke fører tilsyn med efterlevelsen af selskabs- og andelsselskabsretlige regler, der ikke er omhandlet i elforsyningsloven.

Spørgsmål om forøgelse af andelshavernes forretningsmæssige risiko, herunder om bestyrelsens handlinger og undladelser måtte give anledning til erstatningsansvar, skal bedømmes efter dansk rets almindelige regler om andelsselskaber.

Derfor er det ikke op til Energistyrelsen, men op til andelshaverne at vurdere, om bestyrelsen i konkrete tilfælde findes at have handlet uden for sin bemyndigelse. Hvilke retsmidler, andelshaverne måtte overveje at træffe i den forbindelse, reguleres hverken af elforsyningsloven eller af bekendtgørelse nr. 559 af 18. juni 2001 om standardvedtægter i netvirksomheder og forsyningspligtige virksomheder, men derimod af dansk rets almindelige ansvars- og andelsselskabsretlige regler.

Spørgsmålene kan derfor alene afgøres af domstolene under et civilt søgsmål."

31. marts 2006

J.nr.: 11-349

Eksp.nr.: 25676

TFR-EKN

Side 8 af 10

Energiklagenævnets bemærkninger

Energiklagenævnet bemærker, at denne sag i det væsentlige vedrører andelsretlige selskabsforhold i Thy Højspænding A.m.b.A. Klagerne anfører således, at beslutningsprocessen i forbindelse med selskabets investering af provenu fra salg af Elsam aktier i fibernet er fejlbehæftet.

Energiklagenævnet konstaterer, at Thy Højspænding A.m.b.A. har disponeret over egenkapital opnået ved salg af Elsam aktier ved investeringen af 25 mio. kr. i fibernet i MidtVest Bredbånd A/S. Nævnet finder, at bredbåndsinvesteringen i overensstemmelse med elforsyningslovens § 47, stk. 4 er sket gennem et selskab med begrænset ansvar, der er udskilt fra den kollektive elforsyningsvirksomhed.

Nævnet bemærker, at aftaler, som kollektive elforsyningsselskaber indgår med andre virksomheder, skal indgås på markedsvilkår efter elforsyningslovens §

46, stk. 1. Bestemmelsen skal bl.a. hindre krydssubsidiering mellem koncernforbundne selskaber og sikre, at elforbrugerne ikke gennem for høje priser er med til at finansiere koncernens aktiviteter på områder uden for bevillingsområdet.

Thy Højspændingsværk A.m.b.A. har brugt egne midler fra salg af Elsam aktier til den foretagne investering, hvorefter nævnet ikke finder, at handlingen er i strid med elforsyningslovens § 46, stk. 1.

For så vidt angår selskabets vedtægter, bemærker nævnet, at Energistyrelsen har godkendt Thy Højspænding A.m.b.A.'s vedtægter før og efter vedtægtsændringen på repræsentantskabsmøderne 30. maj og 20. juni 2005, jf. elforsyningslovens § 53.

31. marts 2006

J.nr.: 11-349

Eksp.nr.: 25676

TFR-EKN

Energiklagenævnet finder herefter, at elforsyningslovens bestemmelser er overholdt ved Thy Højspændingsværks investering i bredbånd.

Side 9 af 10

Med hensyn til efterlevelsen af selskabs- og andelsselskabsretlige regler, der ikke er omhandlet i den energiretlige lovgivning, kan Energiklagenævnet tiltræde, at Energitilsynet ikke fører tilsyn hermed, idet sådanne spørgsmål må henhøre under domstolene.

Nævnet finder derfor, at afgørelsen bør stadfæstes.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 23. september 2005 stadfæstes.

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

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

Afgørelsen offentliggøres på nævnets hjemmeside.

Afgørelsen er sendt til Kathrine Pedersen, Knud-Allan Knudsen, Thy Højspændingsværk Net A/S, Thy Højspændingsværk A.m.b.A. og Energitilsynet.

P. N. V.

Chr. Hjorth-Andersen
Fungerende nævnsformand

/ Trine Frederiksen
Fuldmægtig

31. marts 2006

J.nr.: 11-349
Eksp.nr.: 25676
TFR-EKN

Side 10 af 10