

AFGØRELSE

(Elforsyning)

energi
KLAGENÆVNET

Frederiksborggade 15

1360 København K

Tlf 33 95 57 85

Fax 33 95 57 99

www.ekn.dk

ekn@ekn.dk

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

KLAGE FRA	EnergiMidt Forsyning A/S over
AFGØRELSE FRA	Energitilsynet af 2. maj 2005
OM	Prisgodkendelse for 2003

NÆVNETS	Nævnensformand, dommer Poul K. Egan
SAMMEN-	Næstformand, professor, dr.polit Chr. Hjorth-Andersen
SÆTNING	Professor, dr.scient.adm. Ole Jess Olsen
I SAGEN	Professor, cand.jur & Ph.D. Bent Ole Gram Mortensen
	Konsulent, civilingeniør Knut Berge

NÆVNETS	Energitilsynets afgørelse af 2. maj 2005 hjemvises til for-
AFGØRELSE	nyet behandling

Dansk Energi ved advokat Anders Stubbe Arndal har som mandatar for EnergiMidt Forsyning A/S (herefter benævnt EnergiMidt) ved brev af 30. maj 2005 påklaget Energitilsynets afgørelse af 2. maj 2005 vedrørende EnergiMidts prisgodkendelse for 2003.

Ved Energitilsynets afgørelse af 2. maj 2005 blev EnergiMidts forsyningspligtspriser for 2003 godkendt med en efterregulering, at EnergiMidts forsyningspligtspriser i perioden 2004-2006 reduceres med i alt 4,228 mio. kr. Afgørelsen er begrundet med, at EnergiMidt ikke har udvekslet ydelser med Dan Energi A/S på markedsvilkår, og at EnergiMidt i forhold til virksomhedens omsætning/afsætning og omkostningernes effektivitet alene findes at kunne oppebære et overskud svarende til 4,00 kr./MWh.

Klageren ønsker, at EnergiMidt's priser for 2003 godkendes, subsidiært at Energitilsynets afgørelse af 2. maj 2005 ophæves og hjemvises til fornyet behandling, idet klageren gør gældende, at afgørelsen er ugyldig.

Sagens baggrund

Den 11. april 2005 sendte Energitilsynet sin vurdering af EnergiMidts forsyningspligtspriser og effektivitet vedrørende 2003 i høring til EnergiMidt. Af Energitilsynets foreløbige vurdering fremgik, at EnergiMidts forsyningspligtpris i perioden 2004-2006 - uafhængigt af den fremtidige prisregulering - skulle reduceres med et beløb svarende til 4,909 mio. kr., jf. elforsyningslovens §§ 69 og 72, stk. 2.

Fra Energitilsynets høringsbrev af 11. april 2005 citeres følgende:

”[...]

På baggrund af Energitilsynets møde den 30. marts 2005, har Energitilsynets sekretariat besluttet foreløbigt ikke at godkende Energi Midt Forsyning A/S forsyningspligtpris for 2003 på det foreliggende grundlag, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2.

Begrundelsen herfor er dels, (1) at virksomhedens overskud før skat for 2003 på 3,849 mio. DKK (6,39 DKK/MWh) tillagt efterregulering vedr. 2002 på 2,00 mio. DKK (3,32 DKK/MWh) - i alt 5,849 mio. DKK eller 9,71 DKK/MWh - umiddelbart er urimeligt højt i forhold til virksomhedens omsætning/afsætning og omkostningernes effektivitet, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1; og dels (2) at omkostninger vedr. elindkøb fra Dan Energi A/S tilsyneladende ikke afspejler markedsvilkår og derfor ikke kan indregnes i priserne som en nødvendig omkostning, jf. elforsyningslovens hhv. §§ 46, stk. 4 og 69.

Samlet set, havde EnergiMidt Forsyning A/S i 2003 den 12. bedste salgspris ud af 27 forsyningspligtige virksomheder i Vestdanmark. Virksomhedens salgspris på 276,17 DKK/MWh er under Energitilsynets referencepris på 284,13 DKK/MWh, og tilsvarende under medianen for Vestdanmark. En mere detaljeret oversigt findes i tabel 2-3 i Energitilsynets afgørelse af 30. marts 2005, som er vedlagt dette brev, Afgørelsen findes tillige på Energitilsynets hjemmeside.

EnergiMidt Forsyning A/S har den 11. august 2004 anmeldt "Kontrakt vedr. håndtering af kunder" til Energitilsynet. Aftalen vedrører virksomhedens køb af fakturerings- og administrationsydelser fra EnergiMidt Net A/S. Disse omkostninger er umiddelbart effektive, jf. elforsyningslovens § 72, stk.1, hvilket tillige afspejler sig i, at virksomhedens øvrige omkostninger udgør 18,41 DKK/MWh mod gennemsnitligt 23,19 DKK/MWh for Vestdanmark.

EnergiMidt Forsyning A/S har i 2003 indkøbt elektricitet fra Dan Energi A/S, der umiddelbart er en nærtstående part. Men Ener-

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 2 af 43

giMidt Forsyning A/S har ikke anmeldt porteføljemanagement-/balancehåndteringsaftalte til Energitilsynet og virksomheden kan derfor ikke på det foreliggende grundlag dokumentere disse omkostningers effektivitet.

EnergiMidt Forsyning A/S har dog i anmeldelsesskema 4.1 udspecificeret omkostningerne til porteføljemanagement og balancehåndtering i overensstemmelse med pkt. 63 i Energitilsynets vejledning af 23. oktober 2000. Udgifter til balancehåndtering og porteføljemanagement skal i overensstemmelse hermed henføres til virksomhedens øvrige omkostninger.

Det fremgår af virksomhedens omkostningsspecificering, at udgifter til porteføljemanagement og balancehåndtering til Dan Energi A/S udgør hhv. 2,508 mio. DKK (4,16 DKK/MWh) og 3,674 mio. DKK (6,10 DKK/MWh).

På baggrund af Energitilsynets afgørelser i sagerne mod hhv. Energi Nord Forsyning A/S af 28. maj 2004, Nesa Forsyning A/S af 27. september 2004 og Scanenergi Elsalg A/S af 13. december 2004, er det vurderingen, at markedsprisen for porteføljemanagement og balancehåndtering i udgangspunktet ikke udgør mere end 5,00 DKK for Vestdanmark.

Energitilsynet skal dertil tilføje, at det fremgår af Energitilsynets afgørelse af 26. oktober 1999 vedr. "Interessenternes indkøbspriser fra Sjællandske Kraftværker", at det forudsattes, at EnergiMidt Forsyning A/S afsøger markedet for alternative porteføljeforvaltere og/eller elleverandører, og at virksomheden på den baggrund kan godtgøre over for Energitilsynet, at priserne fra den valgte porteføljeforvalter/elleverandør lå under de alternative tilbud. EnergiMidt Forsyning A/S skal hermed opfordres til at fremlægge denne dokumentation over for Energitilsynet inden den 29. april 2005.

På det foreliggende grundlag er det derfor Energitilsynets sekretariats vurdering, at prisen for de ydelser som virksomheden modtager fra Dan Energi A/S ikke afspejler markedsvilkår, jf. elforsyningslovens § 46, stk. 4, og at disse (mer)omkostninger derfor ikke kan indregnes som en nødvendig omkostning i priserne, jf. elforsyningslovens § 69, herunder at omkostningerne derfor heller ikke er effektive, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1.

Det er derfor Energitilsynets sekretariats vurdering, at de udgifter, der overstiger 5,00 DKK/MWh til porteføljemanagement/balancehåndtering ikke er udtryk for markedsvilkår, jf. elforsyningslovens § 46, stk. 4.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 3 af 43

I overensstemmelse hermed kan EnergiMidt Forsyning A/S derfor ikke indregne 5,26 DKK/MWh (4,16+6,10-5,00) i forsyningspligtpriserne for 2003.

Samlet vurdering vedr. 2003:

På det foreliggende grundlag, er det den foreløbige vurdering, at EnergiMidt forsyning A/S på baggrund af en benchmarking af virksomhedens salgspris i udgangspunktet kan oppebære et overskud på 3,50 DKK/MWh, svarende til 2,108 mio. DKK. Et sådan overskud er ikke urimeligt højt i forhold til virksomhedens omsætning/afsætning og omkostningernes effektivitet, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1, når der ikke henses til virksomhedens samhandel med Dan Energi A/S.

Virksomhedens efterregulering vedr. 2003 er derfor (minus) - 1,741 mio. DKK (3,849 -2,108).

Men det er videre Energitilsynets sekretariats vurdering på det foreliggende grundlag, at EnergiMidt Forsyning A/S, i strid med elforsyningslovens § 46, stk. 4, ikke har udvekslet ydelser med Dan Energi A/S på markedsvilkår.

Det er derfor tillige Energitilsynets sekretariats vurdering, at EnergiMidt Forsyning A/S skal tilbageføre et yderligere beløb på (minus) -3,168 mio. DKK (5,26 DKK/MWh x 602.258 MWh), jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2.

EnergiMidt Forsyning A/S forsyningspligtpris i 2004-2006 skal således, uafhængigt af den fremtidige prisregulering, reduceres med et beløb svarende til 4,909 mio. DKK (1,741+3,168), jf. elforsyningslovens §§ 69 og 72, stk. 2.

Virksomheden kan inden den 29. april 2005 anmode Energitilsynet om, at særegne forhold for virksomheden bør indgå i nærværende vurdering af EnergiMidt Forsyning A/S effektivitet m.m. Kun dokumenterede forhold vil blive inddraget i vurderingen. Efter denne dato vil Energitilsynet, træffe endelig afgørelse i sagen, som alene kan indklages for Energiklagenævnet.

[...]"

EnergiMidt har herefter i brev af 20. april 2005 fremsat bemærkninger til Energitilsynets vurdering, hvoraf bl.a. fremgår:

"[...]

Bemærkninger til Energitilsynets vurdering

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 4 af 43

Ad 1)

Energitilsynet har vurderet, at EMF kan oppebære en overskud på maksimalt 3,50 DKK/MWh for 2003. Da EMF har realiseret et overskud før skat på 6,39 DKK/MWh i 2003 vurderer Energitilsynet, at EMF skal efterreguleres med tkr. 1.741.

I Energitilsynets benchmarking af forsyningspligtvirksomhederne fremgår det, at EMF har opnået den 12. bedste - ud af 27 - salgspris i DK Vest og det 11. bedste niveau for øvrige omkostninger. Ved mail korrespondance samt telefonsamtale af 12. april 2005 har EMF gjort opmærksom på, at Energitilsynet ikke anvender den korrekte afsætning i MWh for EMF. Energitilsynet har for EMF anvendt 602.258 MWh, hvorimod den korrekte afsætning er 642.179 MWh. Flemming Løkke Petersen har accepteret denne fejl hos Energitilsynet, og vil rette afsætningen til 642.179 MWh. Denne ændring betyder således, at EMF opnår den 7. bedste salgspris, samt det 8. bedste niveau for øvrige omkostninger.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 5 af 43

Det er således EMF's vurdering, at både salgsprisen samt de øvrige omkostninger i selskabet har været meget konkurrencedygtige i 2003. På trods af EMF's pæne placering i benchmarkingen har Energitilsynet i første omgang vurderet, at EMF ikke må tjene mere end 3,50 DKK/MWh i 2003.

EMF gør hermed opmærksom på, at det forholdsvis høje resultat før skat på 6,39 DKK/MWh i 2003, primært er skabt på baggrund af et lavt omkostningsniveau. Såfremt EMF's øvrige omkostninger havde ligget på Energitilsynets reference på 20 DKK/MWh i DK Vest, ville virksomhedens overskud før skat udgøre ca. 3,48 DKK/MWh. EMF's gennemsnitlige salgspris som ligger på 259 DKK/MWh er som nævnt den 7. bedste i DK Vest, hvorfor den høje indtjening ikke kan henføres til en høj salgspris i selskabet.

EMF mener, at Energitilsynet bør inddrage ovenstående i den totale vurdering af EMF's effektivitetsvurdering for 2003. Det lave omkostningsniveau, samt den meget konkurrencedygtige salgspris bør alt andet lige bevirke, at EMF kan oppebære et noget højere overskud i 2003 end den udmeldte reference på 3,00 DKK/MWh. Det er derfor EMF's vurdering, at virksomheden ikke skal reguleres på overskuddet i 2003.

Ad 2)

Energitilsynet mener ikke, at EMF har udvekslet ydelser med Danenergi på markedsvilkår, samt at EMF ikke har anmeldt porteføljemanagement -/balancehåndteringsaftale med Danenergi. EMF gør opmærksom på, at aftalen er sendt til Energitilsynet att.: Henrik Olesen den 24. marts 2003. Da Energitilsynet dog ikke

kan finde aftalen vedlægges en ny kopi sammen med denne skrivelse.

Energitilsynet henviser til, at markedsprisen for porteføljemanagement og balancehåndtering i udgangspunktet ikke udgør mere end 5,00 DKK/MWh for DK Vest. EMF har ifølge Energitilsynet betalt 10,26 DKK/MWh for denne ydelse i 2003. Den førnævnte tilretning på afsætningen af MWh fra 602.258 til 642.179 betyder, at den totale pris for porteføljemanagement og balancehåndtering bliver 9,63 DKK/MWh.

Med hensyn til at afsøge markedet for balancehåndtering, så vedlægger vi tilbud fra Elsam til EnergiMidt Handel for året 2004. I tilbuddet fremgår det, at prisen for balancehåndtering inkl. ubalance udgør 2,50 DKK/MWh på den fulde mængde (inkl. PSO). Dermed bliver prisen pr. MWh markedsel ca. 5 DKK. Udover prisen til balancehåndtering skal dernæst tillægges en pris for porteføljemanagement og forvaltning. Energitilsynets forventning om, at en forvaltningspris inkl. balancehåndtering ikke overstiger 5 DKK/MWh, mener vi derfor er for lav. Såfremt EnergiMidt Handel havde valgt dette tilbud fra Elsam, var der således ingen basis for at fakturere EMF for forvaltning og management, hvis EMF skulle overholde Energitilsynets reference på maks. 5 DKK/MWh. Derfor mener vi at der er basis for, at den samlede pris for balancehåndtering og porteføljemanagement kan ligge over 5 DKK/MWh.

Danenergi har i 2003 været ansvarlig for porteføljestyring og balancehåndtering for EMF. Vi har efterfølgende beregnet, at Danenergi i 2003 har realiseret en gennemsnitlig ubalanceomkostning på 3,22 DKK/MWh. Danenergi har i 2003 anvendt Markedskraft - ej koncerninteress forbundet part - til balancehåndteringen, idet Danenergi ikke var balanceansvarlig. Den faktiske ubalanceomkostning er derfor ikke genereret af Danenergi, men derimod en ydelse som Markedskraft har faktureret til Danenergi. Denne ubalanceomkostning er efterfølgende videresendt til EMF.

I Energitilsynets afgørelse på Scanenergi Elsalg A/S af 13. december 2004 fremgår det under pkt. 58, at en ubalance vil koste maksimalt 2,87 DKK/MWh. Vi mener, at EMF kan dokumentere at selskabet har haft en ubalanceomkostning på 3,22 DKK/MWh i 2003, og at denne omkostning er afregnet til en ekstern part. Derfor mener vi, at Energitilsynet bør tillade EMF en ubalanceomkostning på 3,22 DKK/MWh i stedet for maksimalt 2,87 DKK/MWh. EMF mener fortsat, at porteføljemanagement- og balancehåndteringsaftalen med Danenergi som helhed er på markedsvilkår. Det er muligt, at der kan opnås en lavere pris pr. MWh hos andre aktører, men der er alt andet lige også stor for-

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 6 af 43

skel på det serviceniveau og den løbende rådgivning m.v. som der ydes af den aktør som forsyningspligtselskabet nu har valgt at samarbejde med.

Konklusion

Såfremt Energitilsynet konkluderer, at EMF skal tilbageføre 4,28 DKK/MWh(9,63-5,00) vil vi i øvrigt gøre opmærksom på, at EMF's samlede øvrige omkostninger falder betydeligt. EMF's samlede øvrige omkostninger vil efter denne regulering udgøre 12,99 DKK/MWh. Et niveau på 12,99 DKK/MWh vil placere EMF som nummer 4 på benchmarkinglisten. Dette bør bestemt tale for, at Energitilsynet bør tillade EMF en betydelig højere indtjening i 2003, idet selskabet dermed kan kategoriseres som værende særdeles effektiv. Energitilsynet's reference jf. vejledningen af 27.10.2000 på øvrige omkostninger udgør 15-20 DKK/MWh. Såfremt EMF's øvrige omkostninger bliver nedreguleret til ca. 13 DKK/MWh bør Energitilsynet tage højde for, at EMF's øvrige omkostninger for det første ligger under Energitilsynet's reference, samt at niveauet er betydeligt under det gennemsnitlige niveau for DK Vest.

Samlet set mener vi ikke, at EMF skal efterreguleres for 2003. Forbrugerne har i EMF i 2003 betalt en meget fornuftig pris for markedsel, når der sammenlignes med de andre selskaber, idet salgsprisen er den 7. bedste ud af 27 mulige. Når der ses samlet på de øvrige omkostninger i EMF, bør der ikke være tvivl om at selskabet er effektiv, idet selskabet har opnået det 4.-8. bedste niveau på øvrige omkostninger.

EMF har ingen skriftlig dokumentation på afsøgning af markedet for 2003. Det tilbud som EnergiMidt Handel har fået fra Elsam, som var gældende for 2004, mener vi dog bør indgå i Energitilsynets overvejelser. Da Danenergi/EnergiMidt Handel ikke er balanceansvarlig er handelsselskabet afhængig af en ekstern part, og Elsam's tilbud er en del af den samlede pris for balancehåndtering og porteføljemanagement.

På baggrund af ovenstående generelle betragtninger samt konkrete bemærkninger mener vi, at Energitilsynet bør revurdere den foreløbige prisregulering for 2003 for EMF.

[...]"

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 7 af 43

Fra Energitilsynets afgørelse af 2. maj 2005 citeres følgende:

”[...]

Energitilsynets sekretariat har i brev af 11. april 2005 til EnergiMidt Forsyning A/S foretaget en konkret vurdering af virksomhedens effektivitet for 2003, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1 og pkt. 31-33, 45, 88 m.fl. i Energitilsynets vejledning af 27. oktober 2000.

Denne skrivelse skal således ses i sammenhæng med Energitilsynets brev til virksomheden af 11. april 2005.

Det fremgik af Energitilsynets skrivelse af 11. april 2005, at EnergiMidt Forsyning A/S inden den 29. april 2005 kunne anmode Energitilsynet om, at særegne forhold for virksomheden evt. kunne inddrages i vurderingen, hvorefter Energitilsynet ville træffe endelig afgørelse.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 8 af 43

EnergiMidt Forsyning A/S har reageret herpå i brev af 26. april 2005.

Energitilsynets sekretariat skal i det følgende knytte sine kommentarer til virksomhedens skrivelse af 26. april 2005, der er opdelt i to dele (ad 1 og ad 2).

Ad 1:

Energitilsynets sekretariat kan tiltræde, at EnergiMidt Forsyning A/S totale indtægter og omkostninger tilsvarende fordeles på den totale afsætning på 642.179 MWh, som også omfatter afsætning til ikke forsyningspligtige aktiviteter.

Det skyldes, at EnergiMidt Forsyning A/S ikke har udfærdiget et regnskab for de forsyningspligtige elaktiviteter ekskl. sideordnede aktiviteter (i dette tilfælde individuelle elkontrakter) i henhold til elforsyningslovens § 47, stk. 4 og BEK nr. 186 af 20. marts 2000 og BEK nr. 358 af 20. maj 2003, men at et sådan krav herom, på det foreliggende grundlag, vurderes at være forholdsvist byrdefuldt for EnergiMidt Forsyning A/S.

På den baggrund bliver virksomhedens salgspris og øvrige omkostninger hhv. 259,00 og 17,27 DKK/MWh, og ikke 276,17 og 18,41 DKK/MWh som nævnt i Energitilsynets afgørelse af 30. marts 2005. Dette placerer virksomhedens salgspris som nr. 7 ud af 27 virksomheder i Vestdanmark i 2003.

Med udgangspunkt i, at den mest effektive virksomhed kan oppebære en avance på 5,00 DKK/MWh, og at virksomhederne i gen-

nemsnit kan oppebære en avance på 3,00 DKK/MWh, er det Energitilsynets sekretariats vurdering, at en rimelig avance for EnergiMidt Forsyning A/S for 2003 er 4,00 DKK/MWh eller 2,409 mio. DKK (602.258 x 4,00 DKK/MWh).

Ad 2:

For god ordens skyld skal det bemærkes, at den af virksomheden fremsendte porteføljeaftale den 24. marts 2003 blev indsendt i forbindelse med prisgodkendelsen for 2002, og da det fremgår af porteføljeaftalen, at den løber indtil den opsiges af en af parterne, synes det ikke uden videre rimeligt, at lægge denne aftale til grund for prisgodkendelsen for 2003, med mindre, at EnergiMidt Forsyning A/S udtrykkeligt har orienteret Energitilsynet om, at aftalen også er gældende for 2003.

Forudsat, at porteføljeaftalen (ej dateret) for 2003 også omfatter køb af ydelser til slutkunder på individuelle kontrakter, kan Energitilsynets sekretariat også tiltræde, at udgiften hertil kun udgør 9,63 DKK/MWh og ikke 10,26 DKK/MWh.

På den baggrund er det alene 2,788 mio. DKK ((9,63-5,00) x 602.258 MWh), der ikke afspejler markedsvilkår, jf. elforsyningslovens § 46, stk. 4.

Det er dog endnu ikke dokumenteret, at EnergiMidt Forsyning A/S har afsøgt markedet for porteføljemanagement og balancehåndtering vedr. 2003. Det er alene dokumenteret, at virksomheden har afsøgt markedet for balancehåndtering vedr. 2004 - og altså ikke for 2003 - og prisen for regulerkraft/balancehåndtering har været stigende i 2004, jf. bl.a. Eltras hjemmeside og månedsrapporter.

Det er videre Energitilsynets sekretariats vurdering, at afsøgningen af markedet med fordel kunne omfatte mere end én uafhængig leverandør. EnergiMidt Forsyning A/S oplyser tillige, at Dan Energi A/S har indkøbt balancehåndtering fra Markedskraft i 2003, og at prisen herfor har udgjort 3,22 DKK/MWh. Det er uklart, hvorvidt ydelsen fra Markedskraft omfatter andre ydelser end lige netop balancehåndtering.

Men forudsættes det alligevel, at de 3,22 DKK/MWh alene dækker over ydelsen balancehåndtering, er det Energitilsynets sekretariats vurdering, at dette ikke er i konflikt med en samlet markedspris på maksimalt 5,00 DKK/MWh for porteføljemanagement og balancehåndtering under ét, jf. også Energitilsynet afgørelser i sagerne vedr. Energi Nord Forsyning A/S af 28. maj 2004, Nesa

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 9 af 43

forsyning A/S af 27. september 2004 og Scanenergi Elsalg A/S af 13. december 2004.

Endelig henviser virksomheden til pkt. 58 i Energitilsynets afgørelse af 13. december 2004 i sagen vedr. Scenenergi Elsalg A/S. Det er ikke korrekt, at det fremgår, at en ubalance vil koste maksimalt 2,87 DKK/MWh.

Det fremgår alene, at *"en ubalance på fx 3,5 pct. på en given virksomheds elforbrug vil således - alt andet lige - koste 2,87 kr./MWh (3,5 pct. af 82 kr./MWh) i Vestdanmark/DKI og tilsvarende 0,88 kr./MWh (3,5 pct. af 25 kr./MWh) i Østdanmark/DK2. Altså en prisforskel på ca. 2 kr./MWh"*. For det første er der tale om et beregningseksempel til illustration af balanceprisforskellen mellem Vest- og Østdanmark, og for det andet omfatter denne omkostning ikke nødvendigvis omkostninger til den administrative ydelse i forbindelse med balancehåndteringen.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 10 af 43

Samlet set:

På baggrund af virksomhedens høringssvar af 26. april 2005 er det således Energitilsynets sekretariats vurdering, at virksomheden undtagelsesvist ikke behøver at udfærdige et reguleringsregnskab ekskl. sideordnede aktiviteter, jf. elforsyningslovens § 47, stk. 4.

Energitilsynets sekretariat har korigeret EnergiMidt Forsyning A/S salgspriser og øvrige omkostninger i overensstemmelse med virksomhedens anmodning. Dette leder til, at virksomheden falder mere effektivt ud i en benchmarking, og at virksomheden på den baggrund kan oppebære et højere overskud på 4,00 DKK/MWh. Ligeledes indebærer det, at virksomhedens pris for porteføljeforvaltning og balancehåndtering falder fra 10,26 til 9,63 DKK/MWh.

EnergiMidt Forsyning A/S har i øvrigt ikke fremført andre særegne forhold, der efter Energitilsynets sekretariats vurdering, vil kunne ændre ved Energitilsynets sekretariats vurdering af 11. april 2005.

Afgørelse

Det er Energitilsynets sekretariats afgørelse, at EnergiMidt Forsyning A/S på baggrund af en benchmarking af virksomhedens salgspris i udgangspunktet kan oppebære et overskud på 4,00 DKK/MWh, svarende til 2,409 mio. DKK. Et sådan overskud er ikke urimeligt højt i forhold til virksomhedens omsætning/afsætning og omkostningernes effektivitet, jf. elforsyningslo-

vens § 72, stk. 1, når der ikke henses til virksomhedens samhandel med Dan Energi A/S.

Virksomhedens efterregulering vedr. 2003 er derfor (minus) - 1.440 mio. DKK (3,849-2,409).

Men det er videre Energitilsynets sekretariats afgørelse på det foreliggende grundlag, at EnergiMidt Forsyning A/S, i strid med elforsyningslovens § 46, stk. 4, ikke har udvekslet ydelser med Dan Energi A/S på markedsvilkår.

Det er derfor tillige Energitilsynets sekretariats afgørelse, at EnergiMidt Forsyning A/S skal tilbageføre et yderligere beløb på (minus) 2,788 mio. DKK ((9,43-5,00) x 602.258 MWb), jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2.

EnergiMidt Forsyning A/S forsyningspligtpris i 2004-2006 skal således, uafhængigt af den fremtidige prisregulering, reduceres med et beløb svarende til 4,228 mio. DKK (1,440+2,788), jf. elforsyningslovens §§ 69 og 72, stk. 2.

Under hensyntagen til denne efterregulering kan EnergiMidt Forsyning A/S forsyningspligtpris for 2003 godkendes, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2.
[...]"

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 11 af 43

Klagen til Energiklagenævnet

EnergiMidt har i den endelige klage ved brev af 12. august 2005 anført:

"[...]

De nedlagte påstande ændres til følgende:

PÅSTANDE:

Principalt:	EnergiMidt Forsyning A/S' priser for 2003 godkendes.
Subsidiært:	Energitilsynets afgørelse af 2. maj 2005 er ugyldig, ophæves og hjemvises til fornyet behandling.

SAGSFREMSTILLING:

Ved brev af 2. maj 2005, modtaget hos EnergiMidt Forsyning den 4. maj 2005, traf Energitilsynet afgørelse vedrørende EnergiMidt Forsynings prisgodkendelse for 2003, jf. bilag 1. Det fremgår heraf, at selskabets forsyningspligtpris i 2004-2006 skal reduceres med et beløb svarende til DKK 4,228 mio.

Forud for afgørelsen har EnergiMidt Forsyning ved brev af 26. april 2005, jf. bilag 2, fremført sine synspunkter til støtte for den indgivne klage. Disse uddybes, præciseres og suppleres nedenfor.

Gennemsnitlig salgspris

De forsyningspligtige virksomheders hovedopgave er at levere elektricitet til forbrugeren på rimelige vilkår og til konkurrencedygtige priser, se fx Vejledningen af 23. oktober 2000 ("Vejledningen"), pkt. 10, jf. bilag 3. Dette salgsprisfokus i forhold til forbrugeren i prisreguleringsmæssig henseende understreges bl.a. af, at Tilsynet i sine vurderinger vil "fokuserer på den KWh-pris, som forbrugeren betaler til den forsyningspligtige virksomhed for den leverede elektricitet", jf. Vejledningen, pkt. 39. Energitilsynet har således i sin afgørelse af 30. marts 2005, Elforsyningsselskaber - efterregulering for 2003 ("Prisregulering 2003"), jf. bilag 4, beregnet en generel referencepris for 2003, som udtrykker den gennemsnitlige KWh-pris til forbrugeren, som Tilsynet anser for opnåelig ved en "normal effektiv drift", jf. Vejledningen, pkt. 51. Referenceprisen danner grundlaget for prisreguleringen: "Virksomheder, der har haft en højere salgspris end denne referencepris, vil i udgangspunktet få reduceret sin avance, mens virksomheder, der har haft en salgspris under referenceprisen, i udgangspunktet opnår Energitilsynets prisgodkendelse, når avancen ikke overstiger Energitilsynets niveau for en rimelig avance", jf. Prisregulering 2003, pkt. 32.

Den generelle referencepris for Vestdanmark ved en forudsat normal effektiv drift beregnes og fastsættes af Energitilsynet i 2003 til 284,13 DKK/MWh, jf. Prisregulering 2003, pkt. 7.

EnergiMidt Forsynings gennemsnitlige salgspris for 2003 udgør 259 DKK/MWh.

EnergiMidt Forsynings gennemsnitlige salgspris er således 25,13 DKK/MWh eller 8,8 % lavere end den referencepris, som Energitilsynet vurderer, at virksomhederne kan opnå ved en normal effektiv drift.

I forhold til medianen for Energitilsynets benchmarking af de øvrige 27 virksomheder i Vestdanmark, er EnergiMidt Forsynings salgspris placeret som den 7. bedste, 20,24 DKK/MWh lavere end medianen. Denne konkurrencedygtige placering er opnået ved, at EnergiMidt Forsyning har ageret aktivt for at holde priserne på markedet på et for kunderne rimeligt niveau.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 12 af 43

Placeringen vil naturligvis blive forbedret yderligere, såfremt Tilsynets efterregulering i relation til EnergiMidt Forsynings omkostninger - mod forventning - fastholdes af Klagenævnet. En sådan forbedring bør i givet fald afspejles i fastsættelsen af selskabets avance, jf. EnergiMidt Forsynings bemærkninger herom, jf. bilag 2.

[figur udeladt]

Udover placeringen af EnergiMidt Forsynings gennemsnitlige salgspris, som er bedre end både referenceprisen og de gennemsnitlige salgspriser i 2003 i Tilsynets benchmarking, dokumenterer ovenstående graf, at EnergiMidt Forsyning har været effektiv i sit indkøb af elektricitet og dermed været i stand til at holde priserne på et for kunderne fornuftigt niveau.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 13 af 43

Energitilsynets referencepris er baseret på forudsætningen om en opnåelig gennemsnitlig salgspris ved en normal effektiv drift. Det gøres derfor gældende, at allerede fordi EnergiMidt Forsyning dokumenterbart har opnået så konkurrencedygtige priser i 2003, må det have formodningen for sig, at EnergiMidt Forsyning er en mere effektiv drevet virksomhed end hvad Tilsynet definerer og forudsætter som en normal effektiv drevet virksomhed.

Øvrige omkostninger

I Energitilsynets referencepris er indberegnet et bidrag på 20 DKK/MWh til dækning af øvrige omkostninger, jf. Regulering 2003, pkt. 31. Øvrige omkostninger angives til at skulle dække omkostninger til drift af virksomheden, bortset fra køb af elektricitet, jf. Vejledningen, pkt. 62. Terminologien "øvrige omkostninger" dækker over flere omkostningskategorier, jf. Vejledningen pkt. 63.

EnergiMidt Forsynings øvrige omkostninger udgør i 2003 17,27 DKK/MWh.

EnergiMidt Forsynings øvrige omkostninger er således 13,7% lavere end Energitilsynets vurderede rimelige og effektive bidrag til øvrige omkostninger, og mere end 25 % lavere end det gennemsnitlige omkostningsniveau på 23,19 DKK/MWh for Vestdanmark.

EnergiMidt Forsyning har dermed opnået det 8. bedste niveau for øvrige omkostninger ud af 27 virksomheder i Vestdanmark.

EnergiMidt Forsynings realiserede øvrige omkostninger på i alt 17,27 DKK/MWh fordeler sig på følgende omkostningskategorier:

- (i) handelsomkostninger (5,72 DKK/MWh);
- (ii) porteføljemanagement (3,91 MWh);
- (iii) kundeservice (4,76 DKK/MWh) (posten dækker udgifter til afregning og udsendelse af 430.000 regninger, almindelig kundeservice og kundeservice);
- (iv) konsulentbistand (1,25 DKK/MWh) (regnskabsassistance, kontorholdsomkostninger, lokaleomkostninger mv.);
- (v) markedsføringsomkostninger (3,06 DKK/MWh) (bl.a. til udsendelse af 2-3 årlige kundeblade til samtlige kunder);
- (vi) øvrige administrationsomkostninger (1,01 DKK/MWh) (omfatter bl.a. tab på debitorer, revisorhonorar og lønninger); og
- (vii) renter, netto (+2,44 DKK/MWh) (samtlige finansieringsposter på henholdsvis bankindestående og værdipapirbeholdning).

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 14 af 43

I Energitilsynets brev af 11. april 2005, s. 1, jf. bilag 5, bemærkes:

"EnergiMidt Forsyning AIS har den 11. august 2004 anmeldt "Kontrakt vedr. håndtering af kunder" til Energitilsynet. Aftalen vedrører virksomhedens køb af fakturerings- og administrationsydelser fra EnergiMidt Net A/S. Disse omkostninger er umiddelbart effektive, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1, hvilket tillige afspejler sig i, at virksomhedens øvrige omkostninger udgør 18,41 DKK/MWh mod gennemsnitligt 23,19 DKK/MWh for Vestdanmark." (18,41 DKK/MWh bliver rettelig korrigeret til 17,27 i selve afgørelsesskrivelsen).

Energitilsynet anerkender derved, at en vurdering af øvrige omkostninger nødvendigvis må basere sig på en detaljeret gennemgang af de enkelte omkostningskomponenter. Fakturerings- og administrationsydelsen kvalificeres således som værende effektiv og dermed konkurrencedygtig.

Omkostningskomponenterne handelsomkostninger og porteføljemanagement (porteføljeforvaltning og balancehåndtering) udgør sammenlagt 9,63 DKK/MWh eller under halvdelen (44,2 %) af de samlede øvrige omkostninger.

Hverken Vejledningen eller 2003 Reguleringen omtaler omkostningsniveauet for omkostningskomponenterne porteføljevaltning og balancehåndtering, men Energitilsynet vurderer med henvisning til Tilsynets afgørelser i sagerne Energi Nord Forsyning A/S af 28. maj 2004, Nesa Forsyning A/S af 27. september 2004 og Scanenergi Elsalg A/S af 13. december 2004, at markedsprisen for porteføljemanagement og balancehåndtering i udgangspunktet ikke udgør mere end 5 DKK/MWh for Vestdanmark.

At Energitilsynet i 2004 med tilbagevirkende kraft for 2003 lægger sig fast på, at omkostningerne til porteføljemanagement og balancehåndtering ikke kan udgøre mere end 5 DKK/MWh, uafhængigt af de med porteføljeaftalen opnåede salgspriser over for forbrugerne, var på ingen måde kendt for EnergiMidt Forsyning på tidspunktet for aftalernes indgåelse.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 15 af 43

Det kan endvidere ikke betragtes som sagligt kriterium i skønsudøvelsen, at kun prisen på det der købes - og ikke kvaliteten af det købte - gøres til genstand for en vurdering. Værdien af en porteføljemanagementaftale skal ses i lyset af de med aftalen opnåede resultater: lave salgspriser. En isoleret konstatering af prisen er således ikke udtryk for værdien af en indgået aftale. EnergiMidt Forsyning har på grund af kvaliteten af de leverede ydelser fra porteføljemanageren realiseret både gennemsnitlige salgspriser og omkostningsniveauer betydeligt under Energitilsynets referencepriser. Dette er i sig selv en klar dokumentation på, at EnergiMidt Forsyning til glæde for forbrugerne har indgået effektive aftaler.

EnergiMidt Forsyning har i korrespondancen med Energitilsynet dokumenteret, at Energitilsynets allokering af 5 DKK/MWh til porteføljemanagement og balancehåndtering ikke er udtryk for markedets prisniveau, jf. bilag 2. Et tilbud fra Elsam til EnergiMidt Handel for året 2004 angiver, at prisen for balancehåndtering inkl. ubalance alene udgør 2,50 DKK/MWh. Dette giver en pris på markedet på 5 DKK/MWh. Dertil skal lægges prisen på porteføljemanagement. Det kan ikke antages, at udviklingen i prisniveauet fra 2003 til 2004 sagligt kan begrunde, at Energitilsynet i så væsentlig grad i sin administration af prisreguleringen fraviger markedets prisniveau. De forsyningspligtige selskaber tvinges derved til at vælge markedets billigste - men sandsynligvis også dårligste - porteføljemanagere. Dette fremmer ikke en hensigtsmæssig markedsstruktur.

Såfremt Nævnet alligevel måtte nå frem til, at prisen skal ses uafhængigt af det leverede produkt, gøres det gældende, at Tilsynet i sin vurdering af enkelte omkostningskomponenter også skal inddrage de omkostningskomponenter, som kan dokumenteres som værende særdeles konkurrencedygtige. EnergiMidt Forsyning har således indgået særdeles effektive fakturerings- og administrationsaftaler. En administrativ praksis, der arbitrært vælger at inddrage enkelte omkostningskomponenter (porteføljemanagement og balancehåndtering), men ikke alle (fx fakturerings- og administrationsomkostninger), kan ikke siges objektivt at stræbe efter det materielt rigtige resultat. Det kan kun vanskeligt forstås, at omkostninger, der samlet set er 13,7 % lavere end Tilsynets referencepris og mere end 25% lavere end det gennemsnitlige omkostningsniveau for Vestdanmark, alligevel ikke kan anses for effektive, alene fordi enkelte omkostningskomponenter, der udgør mindre end halvdelen af de samlede øvrige omkostninger, vurderes ikke at kunne anses for effektive.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 16 af 43

Det gøres derfor gældende, at den opnåede lave gennemsnitlige salgspris og de lave øvrige omkostninger i sig selv er dokumentation på, at EnergiMidt Forsyning med indgåelsen af portefølje-forvaltning- og balancehåndteringsaftalerne har handlet effektivt og på særdeles konkurrencedygtige markedsvilkår med porteføljemanageren Dan Energi A/S.

Antager Nævnet alligevel, at den af EnergiMidt Forsyning - både i forhold til Energitilsynets referencepris og virksomhederne i Vestdanmark som helhed - opnåede lave gennemsnitlige salgspris og lave øvrige omkostninger, ikke er udtryk for, at portefølje-forvaltning- og balancehåndteringsaftalerne er indgået på markedsvilkår i strid med elforsyningslovens § 46, stk. 4, gøres det gældende, at et krav om at tilbageføre DKK 2,788 mio. krænker proportionalitetsprincippet. Når henses til, at EnergiMidt Forsyning har anmeldt omkostningerne til porteføljemanagement og balancehåndtering for 2003 til Energitilsynet, at EnergiMidt Forsyning har afleveret årsregnskaber der i overensstemmelse med revisionslovgivningen forudsætter, at der ikke er sket transaktioner med nærtstående parter, som ikke er baseret på arms length-vilkår, og at EnergiMidt Forsyning med de lave salgspriser til fulde har realiseret formålet med elforsyningslovens prisregulering (rimelige priser til forbrugerne), bør en manglende opfyldelse af en ordensforskrift ikke kunne føre til, at hele bidraget over referencebidraget skal tilbageføres. Den reguleringsmæssige tilskyndelse til at nærtstående parter ikke handler på andre vilkår end markedsvilkår - den konkrete og faktiske skademulighed taget i betragtning - tilsiger, at det administrative mål kan nås med mindre ind-

gribende midler, end hvad gjort af Energitilsynet i den konkrete sag.

I relation til ovennævnte skal ligeledes inddrages, at EnergiMidt Forsyning, som bemærket i sit brev af 20. april 2005 til Tilsynet, jf. bilag 2, i forhold til en del af omkostningerne til portefølje-management og balancehåndtering kan dokumentere, at Dan Energi A/S brugte - den ikke koncernforbundne - Markedskraft til balancehåndteringen. Den gennemsnitlige ubalanceomkostning på 3,22 DKK/MWh er faktureret til Dan Energi A/S, som i princippet kunne viderefakturere denne post direkte til EnergiMidt Forsyning.

Vedrørende niveauet for ubalanceomkostningen bemærker Energitilsynet i afgørelsen, s. 3, jf. bilag 1:

"en ubalance på fx 3,5 pct. på en given virksomheds elforbrug vil således - alt andet lige - koste 2,87 kr./MWh", og

"der [er] tale om et beregningseksempel til illustration af prisforskellen mellem Vest- og Østdanmark".

Energitilsynet angiver således, at 2,87 DKK/MWh blot er et beregningseksempel, men fastsætter til trods herfor en enhedsstørrelse på 5 DKK/MWh til de samlede balance- og porteføljeforvaltningsomkostninger. Henset til, at ubalanceomkostningen kan variere betydeligt, uden at forsyningspligtselskabet har nogen form for indflydelse på forholdet, gøres det gældende, at Energitilsynet ikke sagligt kan fastsætte en enhedspris på maksimum 5 DKK/MWh til dækning af balance og porteføljeforvaltning.

Det gøres endvidere gældende, at den del af EnergiMidt Forsynings omkostninger til porteføljeforvaltning og balancehåndtering, som Energitilsynet anser som værende udtryk for samhandel mellem nærstående parter, skal reduceres med de omkostninger, som kan dokumenteres, at medkontrahenten Dan Energi A/S ikke har haft nogen indflydelse på, herunder ubalanceomkostningen til Markedskraft på 3,22 DKK/MWh. De samlede omkostninger til porteføljemanagement og balancehåndtering, DKK 9,63 DKK/MWh, som EnergiMidt Forsyning har afholdt, og som Energitilsynet anser som værende udtryk for samhandel mellem nærstående parter, bør derfor reduceres tilsvarende, til i alt 6,41 DKK/MWh (9,63-3,22). Skulle Nævnet mod forventning ikke anse samhandlen mellem EnergiMidt Forsyning og Dan Energi A/S som værende effektiv, er det således alene 1,41 DKK/MWh (6,41-5,00), der kan kræves tilbageført.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 17 af 43

Elindkøb

Energitilsynets referencepris er som nævnt angivet som udgifter til elindkøb tillagt 20 DKK/MWh til dækning af øvrige omkostninger og 3 DKK/MWh til avance. Den generelle referencepris for 2003 i Vestdanmark er 284,13 DKK/MWh. Det indebærer, at Tilsynets beregnede indkøbspris udgjorde 261,13 DKK/MWh.

I 2003 udgjorde EnergiMidt Forsynings elindkøbspris 235,73 DKK/MWh. EnergiMidt Forsyning realiserede således en gennemsnitlig indkøbspris, der var ca. 9 % lavere end hvad Tilsynet har forudsat, som værende en effektiv, markedsbaseret og -konform indkøbsstrategi.

Energitilsynets generelle referencepris er beregnet på baggrund af et modelindkøb, jf. 2003 Reguleringen, pkt. 28.

Nedenstående figur illustrerer EnergiMidt Forsynings elindkøb over for Energitilsynets forudsatte modelindkøb.

[Figur udeladt]

Det gøres gældende, at EnergiMidt Forsyning har været effektiv i sit indkøb af el, samt at den opnåede indkøbspris, der er ca. 9 % lavere end hvad Tilsynet forudsætter som værende effektivt, er sket på markedsvilkår. Den gennemsnitligt lave indkøbspris, som til glæde for forbrugerne kommer til udtryk ved de lave salgspriser, dokumenterer, at værdien af de indgåede porteføljeforvaltnings- og balancehåndteringsaftaler med Dan Energi A/S ikke alene skal vurderes på baggrund af prisen, men skal ses i lyset af de med rådgivningen forbundne indkøb.

Egenkapitalforrentning

Ifølge EnergiMidt Forsynings årsregnskab for 2003 var resultatet før skat på DKK 3,849 mio. Egenkapitalen var på DKK 28,947 mio. EnergiMidt Forsynings egenkapitalforrentning udgjorde dermed ca. 13 %. Såfremt EnergiMidt Forsyning bliver pålagt efterreguleringen på DKK 4,228 mio., jf. Energitilsynets afgørelse, bliver egenkapitalforrentningen på -1%. Selv om den gennemsnitlige salgspris er lavere end referenceprisen, de øvrige omkostninger er lavere end referenceomkostningerne og den gennemsnitlige indkøbspris er lavere end modelindkøbene, vil Energitilsynet over for EnergiMidt Forsyning gennemføre en prisregulering, der er så indgribende, at den medfører en negativ egenkapitalforrentning.

I Tilsynets Vejledning, pkt. 74, er anført,

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 18 af 43

"Energitilsynet har på denne baggrund som udgangspunkt, at en forrentning på omkring 0,3 - 0,5 øre pr. omsat kWh vil give virksomhederne et afkast, der svarer til et afkast af den investerede kapital som findes i effektivt drevne virksomheder i sammenlignelige brancher udsat for samme risiko. .."

Det fremgår af Reguleringen 2003, pkt. 10, at

"For 2003 vurderes det, at et rimeligt overskud i udgangspunktet ikke bør overstige 3 DKK/MWh, svarende til i gennemsnit 7,07% i forrentning før skat af egenkapitalen."

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

EnergiMidt Forsynings egenkapitalforrentning på 13% ville klart være inden for Vejledningens vurdering af en rimelig forrentning på op til 25%.

Side 19 af 43

Tilsynet tillægger hermed forrentningen væsentlig mere betydning end forudsat i Vejledningen - ligesom en sådan inddragelse af virksomhedens forrentning i reguleringen også er nyt i forhold til tidligere praksis.

Underskud

Som fremgår af punktet ovenfor, vil Energitilsynets regulering medføre en negativ egenkapitalforrentning.

Det gøres gældende, at elforsyningslovens prisreguleringsbestemmelser ikke hjemler en regulering, der kan medføre et underskud for virksomheden. Energitilsynet kan alene pålægge forsyningspligtvirksomhederne i nærmere angivet omfang at anvende et overskud til nedsættelse af forbrugerpriserne.

Effektivitet

På baggrund af de forhold der er redegjort for ovenfor, har EnergiMidt Forsyning dokumenteret en udvist mereeffektivitet.

Det synes yderligere hverken rimeligt eller i overensstemmelse med Vejledningen, at Energitilsynet alene tillader et overskud i 2003 for EnergiMidt Forsyning på 4,00 DKK/MWh.

Energitilsynet bør derfor godkende EnergiMidt Forsynings priser uden efterregulering.

Prisregulering

Energitilsynet har for reguleringsåret 2003 hjemmel til at vurdere en forsyningspligtig virksomheds prisfastsættelse i elforsyningslovens § 72, jf. lov nr. 375 af 2. juni 1999, der foreskriver, at virk-

somheden i prisen kan indkalkulere et overskud, som er rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger.

Af loven og forarbejderne fremgår således, at de forsyningspligtige virksomheder er underlagt en prisregulering, der har som formål at sikre rimelige elpriser til forbrugerne, og rimelige overskud til de forsyningspligtige virksomheder. Denne rimelighedsstandard skal vurderes på baggrund af de forsyningspligtige virksomheders effektivitet, herunder deres effektive ageren på markedet.

Begreberne "rimelighed" og "effektivitet" er ikke entydige i den juridiske terminologi og kan således ikke tillægges et tilnærmelsesvist fast begrebsindhold - og slet ikke i forhold til noget så komplekst, som ved fastlæggelsen af elpriser og overskudsgrader.

Ved Vejledningen, jf. bilag 3, har Energitilsynet redegjort for sin opfattelse af rækkevidden af elforsyningslovens § 72 og den praksis, virksomhederne kan forvente vil blive fulgt.

Vejledningens primære fokus er på omkostningseffektivitet samt opnåelse af lave og rimelige forbrugerpriser, hvilket ses udmøntet i den i Vejledningen introducerede referencepris, der - som nævnt ovenfor - udregnes som udgifter til elindkøb tillagt 20 DKK/MWh til dækning af øvrige omkostninger og 5 DKK/MWh til avance. Referencens elindkøbsomkostning fastsættes i henhold til Vejledningen ved et modelleret indkøb, hvor 50 % købes på spotprisivilkår og 50 % på fastprisivilkår svarende til prisen for terminskontrakter med levering i det relevante reguleringsår købt i november og december måned før det relevante reguleringsår.

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

Praksisændring - avance

Af Vejledningen fremgår, at såfremt virksomhedens salgspris ligger over referenceprisen, skal der ske en reduktion i virksomhedens avance, medmindre virksomheden efter en konkret vurdering uanset må anses for effektiv, jf. pkt. 82 og 88. Der henvises i

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 20 af 43

den forbindelse til Energitilsynets afgørelse af 17. juni 2002 om efterregulering af de forsyningspligtige elselskaber for 2001. Omvendt vil virksomheden opnå et regulatorisk tilgodehavende, såfremt salgsprisen ligger under referenceprisen, jf. pkt. 83.

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

Vejledningen, som har fundet anvendelse for reguleringsårene 2001 til og med 2003, er med virkning for reguleringsåret 2004 erstattet af vejledning af 28. april 2003 ("2003 vejledningen").

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

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

Ved brev af 4. februar 2004 anførte Dansk Energi heroverfor, at efterregulering på grundlag af Notatet ville indebære en generel og ikke uvæsentlig praksisændring i forhold til Vejledningen og Energitilsynets regulering af 2001-priserne, som baseredes på netop Vejledningen, og at en sådan praksisændring, i overensstemmelse med almindelige forvaltningsretlige principper, alene ville kunne gennemføres under behørig hensyntagen til de forventninger den hidtidige praksis kan have fremkaldt hos borgerne.

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

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 21 af 43

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

På et møde den 23. februar 2004 traf Energitilsynet afgørelse om reguleringen af de forsyningspligtige selskaber for 2002. Afgørelsen var forløberen for en lang række efterfølgende konkrete afgørelser vedrørende 2002, der samlet set må tages som udtryk for, at Energitilsynet har foretaget en generel praksisændring, der reelt er udtryk for en generel fravigelse af og ændring til Vejledningen, som virksomhederne ellers har disponeret i tillid til ville være gældende. En række af sagerne vedrørende 2002 afventer fortsat Energiklagenævnets afgørelse. Når Klagenævnets afgørelser foreligger, vil Dansk Energi tage stilling til nødvendigheden af domstolsprøvelse i relation til prisreguleringen.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 22 af 43

En tilsvarende generel praksisændring fremgår af Energitilsynets efterreguleringsnotat Prisregulering 2003, jf. bilag 4. Den af Tilsynet gennemførte praksisændring i relation til avancen fremstår endog mere klart, når Vejledningens pkt. 46 sammenholdes med førnævnte efterreguleringsnotat. Den konkrete vurdering, som Vejledningen foreskriver, er i efterreguleringsnotatet afløst af en praksis, hvorefter *"...virksomheder, der har haft en salgspris under referenceprisen, i udgangspunktet opnår Energitilsynets prisgodkendelse, når avancen ikke overstiger Energitilsynets niveau for en rimelig avance"*.

Det fremgår endvidere af efterreguleringsnotatet, pkt. 10, jf. bilag 4, at *"For 2003 vurderes det, at et rimeligt overskud i udgangspunktet ikke bør overstige 3 DKK/MWh, svarende til i gennemsnit 7,07% i forrentning før skat af egenkapitalen"*.

EnergiMidt Forsyning havde i 2003 en afregningspris, der lå under Vejledningens referencepris, og realiserede for året som helhed en indkøbspris, der lå på 235,72 DKK/MWh.

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

Praksisændring - interesseforbundne selskaber

Afgørelsen, jf. bilag 1, angiver blandt andet elforsyningslovens § 46, stk. 4, som hjemmel for den påbudte prisregulering.

Energitilsynets administration af prisreguleringen er udtryk for, at Tilsynet med tilbagevirkende kraft i realiteten inddrager kriteriet samhandel mellem koncernforbundne virksomheder i skønsudøvelsen, og oven i købet tillægger det en afgørende vægtning.

I Energitilsynets 2003 vejledning fremgår (pkt. 1 og 4), at:

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

...

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

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 23 af 43

Tilsynets 2003 vejledning har først virkning fra 1. juli 2003 for så vidt angår produktudbud og indkøb, og fra 1. januar 2004 for så vidt angår effektivitets- og avanceregulering. Den økonomiske regulering hvad angår årene 2002 og 2003 er således fortsat underlagt Vejledningen, jf. 2003 vejledningen, pkt. 7.

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

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

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

"I Tilsynets forståelse af effektivitet i forhold til efterreguleringen i 2001 indgår i stigende omfang en vurdering af, om virksomheden dels har udvist god forretningsskik og afsøgt markedet fyldestgørende og objektivt for alternative leve-

randører af ydelser af væsentligt omfang, samt dels i hvilket omfang virksomheden kan føre fyldestgørende skriftlig dokumentation herfor over for Tilsynet, herunder at dette er rettidigt anmeldt til Tilsynet. Dette synes særligt at gøre sig gældende for handler mellem interesseforbundne selskaber, jf. EfL § 46, stk. 4", jf. pkt. 40, og

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

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 24 af 43

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

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

I øvrigt fastslår elforsyningslovens § 46, stk. 4, blot det i forvejen i dansk ret gældende udgangspunkt, at handel med koncernforbundne virksomheder skal ske på markedsvilkår. Men hverken af bestemmelsen selv, forarbejderne eller Energitilsynets praksis før 2003 vejledningen og Notatet, fremgår, at handel mellem koncernforbundne virksomheder præsumptivt skal vurderes som værende ikke effektive, eller at der opstilles et væsentligt anderledes dokumentationskrav, end hvad der kræves i almindelige aftaler.

ANBRINGENDER:

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

at en vejledning er normerende for den udstedende forvaltningsmyndigheds virksomhed, og en forvaltningsmyndighed kan ikke uden forudgående tilkendegivelse herom - eventuelt ved ændring af vejledningen - fravige væsentligt fra det i vejledningen angivne;

at i jo højere grad suppleringen af retsfaktum er præcist og detaljeret beskrevet, jo flere eksemplificerende forhåndsgodkendte "normalscenarier", der opstilles, og jo mere teknisk kompliceret område en vejledning vedrører, i jo højere grad bør den retsundergivne kunne indrette sig i tillid til vejledningen, og jo mere normerende for skønsudøvelsen må den være;

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 25 af 43

at Energitilsynets Vejledning fortsat er gældende;

at det af Vejledningen fremgår, at en forsyningspligtig virksomhed vil opnå et regulatorisk tilgodehavende, såfremt virksomhedens salgspris ligger under den af Energitilsynet fastsatte referencepris, jf. pkt. 83;

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

at Energitilsynets Vejledning må antages at have været offentliggjort for at give de forsyningspligtige virksomheder en indikation af, hvilken praksis Energitilsynet ville anlægge, således at virksomhederne ved deres budgetlægning og tilrettelæggelse af driften i øvrigt har kunnet tage højde herfor;

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

at der ikke i Energitilsynets 2003 vejledning, pkt. 1, 4. afsnit og pkt. 7, sidste afsnit ses noget anført, der oplyser

eller blot antyder, at Energitilsynet vil introducere en væsentlig praksisændring i prisreguleringen for 2003;

at Energitilsynet ved ikke at offentliggøre Notatet tilkendegiver, at praksis ikke kan ændres med tilbagevirkende kraft, og derved understøtter antagelsen om, at den administrative praksis for 2003 ikke er ændret;

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

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

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

Side 26 af 43

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

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

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

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

- at omkostningseffektiviteten som udgangspunkt er dokumenteret ved, at EnergiMidt Forsyning har opnået en konkurrencedygtig salgspris og effektive omkostningsniveauer;
- at Energitilsynet med tilbagevirkende kraft ændrer praksis i forhold til retningslinierne i Vejledningen og den praksis, der forelå på grundlag heraf, på en for virksomhederne uforudsigelig måde;
- at Energitilsynet med den formelle henvisning til elforsyningslovens § 46, stk. 4, i realiteten med tilbagevirkende kraft inddrager kriteriet samhandel mellem koncernforbundne virksomheder i skønsudøvelsen;
- at Energitilsynet med tilbagevirkende kraft ændrer den ifølge Vejledningen gældende praksis til den i Notatet fremførte;
- at der ikke gælder en almindelig formodning for, at samhandel mellem koncernforbundne selskaber per definition ikke afspejler markedsvilkår;
- at Energitilsynet ved sin supplerende af "markedsvilkår" ifølge energiforsyningslovens § 46, stk. 4, og § 77, stk. 4, i sin rimelighedsvurdering skal tage udgangspunkt i de i Vejledningen angivne kriterier;
- at Energitilsynet ved ikke at inddrage de i Vejledningen omtalte kriterier, krænker det forvaltningsretlige krav om, at en begrundelse skal være objektiv rigtig;
- at EnergiMidt Forsyning har indkøbt el effektivt og på markedsvilkår;
- at EnergiMidt Forsyning dokumenterbart har opnået så konkurrencedygtige priser i 2003, at det må have formodningen for sig, at EnergiMidt Forsyning er en mere effektiv drevet virksomhed end hvad Tilsynet definerer og forudsætter som en normal effektiv drevet virksomhed;
- at værdien af en porteføljemanagementaftale ikke sagligt alene kan vurderes på grundlag af en isoleret konstatering af prisen, men nødvendigvis må inddrage de med aftalen opnåede resultater: lave salgspriser;

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 27 af 43

at Energitilsynets krav om at tilbageføre DKK 2,788 mio., som følge af påstanden om, at porteføljeforvaltnings- og balancehåndteringsaftaler ikke er indgået på markedsvilkår, i den konkrete sag krænker proportionalitetsprincippet;

at Energitilsynets fastsættelse af en enhedsstørrelse på 5 DKK/MWh til dækning af balance- og porteføljeforvaltningsomkostninger uafhængigt af, at EnergiMidt Forsyning ikke har nogen indflydelse på fx ubalanceomkostningerne, er ikke saglig; og

at elforsyningslovens prisreguleringsbestemmelser ikke hjemler en regulering, der kan medføre et underskud for EnergiMidt Forsyning.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Som det fremgår af nærværende klageskrift er den påklagede afgørelse efter Dansk Energi's opfattelse udtryk for en generel praksisændring fra Energitilsynets side. Der begæres på den baggrund mundtlig forhandling for Energiklagenævnet.

[...]"

Side 28 af 43

Energitilsynets bemærkninger

Ved brev af 1. september 2005 fremsendte Energitilsynet bemærkninger til EnergiMidts endelige klageskrift af 12. august 2005. Fra Energitilsynets bemærkninger citeres følgende:

"[...]

Energiklagenævnets afgørelse af 11. marts 2005 vedr. "EnergiMidt Forsyning for 2002" stadfæster fuldt og helt ETSs afgørelse for 2002.

ETSs afgørelse for 2003 adskiller sig principielt i forhold til afgørelsen for 2002 derved, at EnergiMidt Forsyning A/S foruden ikke har indkøbt porteføljemanagementydelser fra den nærtstående part, Dan Energi A/S, på markedsvilkår, jf. elforsyningslovens (Efl) § 46, stk. 4. Afgørelsens øvrige forhold er derfor som udgangspunkt principielt de samme som gjorde sig gældende i afgørelsen for 2002, hvortil ETS skal henvises.

Det er ETSs opfattelse, at omkostninger, der ikke afspejler markedsvilkår, jf. Efl § 46, stk. 4, ikke kan indregnes som en nødvendig omkostning, jf. Efl § 69. Virksomheden har tillige ikke som forudsat i lovbemærkningerne til Efl § 72 og i overensstemmelse med Energitilsynets (det daværende Elprisudvalg) afgørelse af 25. oktober 1999 vedr. "Interessenternes indkøbspriser fra Sjællandske Kraftværker" afsøgt markedet for alternative elleve-

randører/porteføljeforvaltere, og kan på den baggrund heller ikke fremlægge den fornødne dokumentation for, at virksomheden rent faktisk har indkøbt disse ydelser på markedsvilkår.

EnergiMidt Forsyning A/S har således ikke kunne dokumentere sin påstand om, at ydelserne rent faktisk afspejler markedsvilkår, selvom det klart fremgår af lovbemærkningerne og af Energitilsynets forudgående afgørelse i 1999, at det er virksomhedens ansvar at kunne fremlægge en sådan dokumentation. Under disse omstændigheder synes det ikke rimeligt, at en eventuel usikkerhed skal komme virksomheden til fordel. I betragtning af, at det er en situation, som virksomheden har bragt sig selv i, synes hensynet til forbrugerne at veje tungere, jf. også EfL § 1.

Klager redegør på side 6 for, at revisorlovgivningen forudsætter, at der ikke er sket transaktioner med nærtstående parter, som ikke er baseret på arms length-vilkår.

ETS skal for det første pege på, at der kan være væsentlig forskel i præcisionen af, hvad markedsvilkår er, ud fra hhv. selskabets revisors og Energitilsynets synspunkt.

For det andet beror selskabets revisors vurdering heraf på stikprøvevis undersøgelser, og som sådan er revisors evt. vurdering heraf behæftet med usikkerhed. Dette skal tillige ses i lyset af, at Told&Skats arms length-vilkår indtil i år primært har fokuseret på udveksling af ydelser over landegrænser og ikke på udveksling af ydelser indenfor Danmarks landegrænser, sådan som det er tilfældet i nærværende sag. Udveksling af ydelser mellem virksomheder inden for landets grænser har derfor ikke samme bevågenhed som udveksling af ydelser mellem virksomheder over landegrænser.

For det tredje er det tvivlsomt om selskabets revisor har det nødvendige sammenligningsgrundlag til at foretage en vurdering af ydelsers markedspriser. Energitilsynet har omvendt et meget omfattende sammenligningsgrundlag til at foretage en sådan sammenligning, idet Energitilsynet har anmodet samtlige forsyningspligtige elvirksomheder om, at anmelde deres indgåede porteføljemanagementaftaler til Energitilsynet.

Og for det fjerde følger det af EfL § 46, stk. 4, at Energitilsynet skal føre tilsyn med, at aftaler indgås på markedsvilkår uagtet af, hvad der står i anden lovgivning.

Klager redegør videre på side 7 for, at ETSs beregningseksempel, der opgør balanceomkostningen til 2,87 DKK/MWh, i væsentligt

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 29 af 43

omfang afviger fra virksomhedens faktiske balanceomkostning på 3,22 DKK/MWh. Det er ikke ETSs vurdering, at en forskel på 0,35 DKK/MWh skulle kunne få den konsekvens, at Energitilsynets udgangspunkt for en pris på 5,00 DKK/MWh for såvel porteføljemanagement og balance følgende ikke afspejler markedsvilkår. Og ETS kan da heller ikke på den baggrund tilslutte sig den anviste beregning om en tilbageføring på bare 1,41 DKK/MWh (6,41-5,00).

Når EnergiMidt Forsyning på den ene side kan oppebære en avance på 4,00 DKK/MWh, men på den anden side ikke kan indregne en nødvendig omkostning på 4,63 DKK/MWh, så følger det også, at virksomheden ikke kan opnå et overskud samlet set. Men det er samtidigt også udtryk for, at havde virksomheden handlet på markedsvilkår, så havde virksomheden også kunne oppebære et overskud på 4,00 DKK/MWh. Det er således ikke urimeligt, når virksomheden på side 9 i klageskriftet skriver, at egenkapitalforrentningen samlet set bliver negativ på -1 %.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 30 af 43

Det skal hertil bemærkes, at når EnergiMidt Forsyning køber ydelser for dyrt af en nærtstående part, Dan Energi, så vil det også - alt andet lige - være udtryk for, at EnergiMidt Forsyning overfører "overskud" til Dan Energi.

Endelig påpeger klager på side 9, at Efl ikke hjemler en regulering, der kan medføre et underskud for virksomheden. Energitilsynet er naturligvis ikke enig heri.

Det fremgår af Efl § 69 (og præciseres i Efl § 71, stk. 1 vedr. systemansvarlig virksomhed), at nødvendige (og dermed ikke unødvendige) omkostninger kan indregnes i de kollektive elforsynings-selskabers priser, og det fremgår tilmed af Efl § 46, stk. 4, at aftaler skal indgås på markedsbestemte vilkår. Hvis det var tilfældet at en virksomhed ikke kunne pålægges et egentligt underskud, sådan som klager påstår, så synes det svært at se, at Efl §§ 69 og 46, stk. 4, skulle have noget reelt indhold. Skulle klager mod forventning derimod have ret i sin påstand vil det kunne få vidtrækkende konsekvenser for reguleringen af ikke bare forsyningspligtige virksomheder, men for alle kollektive elforsynings-virksomheder.

[...]"

Supplerende sagsfremstilling

På baggrund af Energitilsynet bemærkninger til EnergiMidts endelige klageskrift af 12. august 2005, fremsendte advokat Arndal supplerende bemærkninger ved brev af 30. september 2005. Fra brevet citeres følgende:

"[...]

SUPPLERENDE SAGSFREMSTILLING:

Effektivitet – markedsvilkår

Idet der henvises til sagsfremstillingen i endeligt klageskrift af 12. august d.å. bemærker klager, at en regulering hvorefter det regulerede selskab reguleres på øvrige omkostninger, således at selskabet fra at ligge 25 % lavere end det gennemsnitlige omkostningsniveau for Vestdanmark i 2003, reguleres til at ligge mere end 45 % lavere end niveauet for Vestdanmark, og dermed placeres som det reelt næstbedst placerede selskab' i Tilsynets benchmarking af virksomheder efter øvrige omkostninger, synes at stride mod hensigten bag elforsyningslovens kapitel 10.

Selskabet har allerede som følge af niveauet for selskabets omkostninger, herunder øvrige omkostninger, dokumenteret at have handlet effektivt og - ikke mindst - til gavn for forbrugerne. Lovbemærkningerne til den dagældende elforsyningslov lægger således også afgørende vægt på, at selskabets "omkostninger holdes på et effektivt niveau".

Der ses derfor ikke at være hjemmel til at pålægge selskabet at tilbageføre noget beløb blot fordi en formel afsøgning af markedet ikke har fundet sted.

Energitilsynet anfører i sit indlæg, at det i vurderingen om, hvorvidt ydelserne afspejler markedsvilkår *"synes det ikke rimeligt, at en eventuel usikkerhed skal komme virksomheden til fordel"*.

Klager gør gældende, at en regulering på baggrund af en ikke eksisterende og ikke sandsynliggjort *"eventuel usikkerhed"* er såvel uhjemlet som betænkelig. EnergiMidt Forsyning har dokumenteret sin effektivitet, og der er således ikke grundlag for en regulering til ugunst for selskabet. Eftersom selskabet er effektivt - både for så vidt angår omkostningsniveau og salgspris - er hensynet til forbrugerne varetaget, og der er ikke hjemmel i loven til at prisregulere EnergiMidt Forsyning. En prisregulering, der endog medfører et underskud for selskabet illustrerer med alt tydelighed, at tilsynets regulering er for vidtgående.

[...]

2002/2003

Tilsynet anfører i sit indlæg, at "ETSs afgørelse for 2003 adskiller sig principielt i forhold til afgørelsen for 2002 derved, at EnergiMidt Forsyning A/S foruden ikke har indkøbt porteføljemanage-

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 31 af 43

mentydelser fra den nærtstående part, Dan Energi A/S, på markedsvilkår”. Dette er af flere grunde ikke korrekt.

Klager har handlet både effektivt og på markedsvilkår, jf. bemærkningerne herom ovenfor.

Aftalevilkårene med Dan Energi A/S er, bortset fra en pristalsregulering (i forhold til forbrugerprisindekset), de samme i 2003, som de var i reguleringsåret 2002. I 2002 anså Tilsynet imidlertid parternes kontrakt om balancehåndtering og porteføljeforvaltning som værende på markedsvilkår. Det antages, at baggrunden herfor efter klagers opfattelse er, at Tilsynet for reguleringsåret 2003 har tilsigtet en ændring af retspraksis med tilbagevirkende kraft, jf. bemærkningerne om ”Praksisændring - interesseforbundne selskaber” (s. 13ff) i det endelige klageskrift.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Avance

Som redegjort for i det endelige klageskrift synes der ikke at være grundlag for alene at acceptere en avance på 4,00 DKK/MWh for EnergiMidt Forsyning i 2003.

Side 32 af 43

Energitilsynet opfordres til at oplyse, hvilke andre forsyningspligtselskaber, der er tilladt en avance på 4,00 DKK/MWh.

I den forbindelse bemærkes, at såfremt reguleringen af EnergiMidt Forsyning fastholdes for så vidt angår omkostninger betalt af EnergiMidt Forsyning til Dan Energi A/S vedrørende balancehåndtering og porteføljeforvaltning, vil reguleringen have den umiddelbare virkning, at EnergiMidt Forsyning i 2003 placeres som den næstbedste virksomhed i Tilsynets benchmarking efter øvrige omkostninger for Vestdanmark og som den tredjebedste virksomhed i forhold til hele Danmark. En så indgribende regulering ligger som nævnt ikke inden for lovens hensigt. Endvidere gøres det gældende, at såfremt Tilsynets regulering af EnergiMidt Forsynings omkostninger fastholdes, bør EnergiMidt Forsynings priser for 2003 godkendes - subsidiært bør en højere avance tillades.

Anmodning om mundtlig forhandling for Energiklagenævnet fastholdes, jf. bemærkningerne herom i det endelige klageskrift.

[...]”

Retsgrundlaget

Den dagældende elforsyningslovs § 46, stk. 4, § 69, stk. 1, § 72, § 76, stk. 1, punkt 1 og 3 og § 77, jf. lovbekendtgørelse nr. 767 af 28. august 2001, var sålydende:

”[...]

§ 46. [...]

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

[...]

§ 69. Priserne for ydelser fra de kollektive elforsyningsvirksomheder fastsættes under hensyntagen til virksomhedernes omkostninger til indkøb af energi, lønninger, tjenesteydelser, administration, vedligeholdelse, andre driftsomkostninger og afskrivninger samt forrentning af kapital.

Stk. 2. [...]

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

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

[...]

§ 76. De kollektive elforsyningsvirksomheder skal til Energitilsynet anmelde

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

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

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

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

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 33 af 43

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

Fra forarbejderne til det lovforslag om elforsyning, der blev fremsat den 29. april 1999 (L 234), citeres følgende fra lovforslagets bemærkninger til § 46, stk. 3 (som svarer til § 46, stk. 4, i den ovenfor citerede lovtekst) og til § 72:

"[...]

Til § 46

[...]

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

[...]

Til § 72

[...]

Overskuddet skal fastsættes ud fra en konkret vurdering af den enkelte forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet. Det forudsættes således, at virksomheden agerer effektivt ved køb af elektricitet, og at den herunder afsøger mulighederne for lang- og kortsigtede aftaler og sikrer sig tilstrækkelige reserveleverancer.

[...]"

Fra Energitilsynets vejledning af 23. oktober 2000 om forsyningspligtige elvirksomheder, herunder Energitilsynets godkendelse af virksomhedernes prisfastsættelse, citeres følgende:

"[...]

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

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 34 af 43

gangspunkt for reguleringen af og tilsynet med de forsyningspligtige elvirksomheder.

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

[...]

Prissætning samt pris- og avanceregulering - salg af elektricitet

29. De forsyningspligtige virksomheders priser fastsættes som andre kollektive elforsyningsvirksomheder (jf. elforsyningslovens § 69, stk. 1) under hensyntagen til virksomhedernes omkostninger til indkøb af energi, lønninger, tjenesteydelser, administration, vedligeholdelse, andre driftsomkostninger og afskrivninger samt forrentning af kapital. Ifølge lovens § 72, stk. 1, kan virksomhederne i deres priser indkalkulere et overskud, som er rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger.

30. Energitilsynet godkender de forsyningspligtige virksomheders prisfastsættelse efter anmeldelse (jf. lovens § 72, stk. 2 samt bekendtgørelse nr. 90 af 7. februar 2000 § 2, 3. pkt., og § 4, stk. 2). Energitilsynets godkendelse af prisfastsættelsen kan ledsages af vilkår, herunder om mere effektive og billige indkøb af elektricitet (jf. bemærkningerne til lovforslagets § 72, stk. 2).

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

32. Det fremgår af lovforslagets almindelige bemærkninger, pkt. 2, i), at reguleringen af de forsyningspligtige virksomheders priser som overordnet formål har at sikre alle forbrugere elleverancer til rimelige priser. Den pris, som den forsyningspligtige virksomhed opkræver for den leverede el hos forbrugerne, fastsættes ved årets start ud fra et budget, hvori der indgår fortjeneste til virksomheden. Ved årets slutning reguleres avancen, således at den realise-

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 35 af 43

rede fortjeneste vil afhænge af den forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet.

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

[...]

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

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

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

[...]

46. I det omfang virksomhedens prissætning, som den fremgår af virksomhedens anmeldte regnskab, afviger fra den af Energitilsynet beregnede referencepris (beregnet ud fra en forudsætning om normal effektiv drift), vil der blive tale om en efterregulering i form af en ændret avancestørrelse i den efterfølgende prisperiode.

[...]

Godkendelse af prisfastsættelsen

50. Energitilsynet vil i forbindelse med godkendelsen af virksomhedernes prisfastsættelse, herunder priser samt forventede omkostninger og forventet avance, ved en prisperiodes begyndelse vurdere virksomhederne i forhold til, at de skal kunne agere

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 36 af 43

kommercielt, herunder foretage effektive indkøb af elektricitet og have en effektiv drift.

51. I den forbindelse vil Energitilsynet beregne en forventet elpris, en såkaldt referencepris, der udtrykker tilsynets forventning til prissætningen i den pågældende periode ved en normal, effektivt drevet virksomhed. Rammen for referenceprisen er ens for alle de forsyningspligtige virksomheder. Referenceprisen for den enkelte virksomhed afspejler dog en konkret vurdering af virksomhedens kunde- og afsætningsstruktur. Denne pris vil blive sammenlignet med den enkelte forsyningspligtige virksomheds anmeldte pris.

[...]

54. I fald Energitilsynet vurderer, at en virksomheds anmeldte priser og budget ikke er udtryk for effektiv drift af virksomheden, kan tilsynet ikke godkende disse. Virksomheden må da enten ændre sin indkøbspolitik og nedsætte de budgetterede indkøbsomkostninger eller nedsætte sin avance.

[...]

82. Hvis den af Energitilsynet fastlagte efterregulering (R) er mindre end nul, og virksomheden dermed har taget en højere pris, end hvad der er forenelig med omkostninger ved en normal, effektiv drift, skal virksomheden have reduceret sin avance. Det sker ved, at der forlods foretages en reduktion i virksomhedens avance i den efterfølgende periode svarende til efterreguleringen (R). Herved bliver forbrugerpriserne pr. kWh i den kommende periode tilsvarende lavere.

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

[...]

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

Energitilsynets referencepris - omkostninger til elindkøb

89. Som tilfældet er for vurderingen af virksomhedernes priser på anmeldelsestidspunktet ved prisperiodens begyndelse, vil tilsynet ved fastlæggelsen af virksomhedernes realiserede avance på regnskabsstidspunktet tage udgangspunkt i markedspriserne på elbør-

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 37 af 43

sen på Nord Pool som udtryk for forudsætningen om en effektiv drift af virksomheden, herunder effektive elindkøb.

90. Tilsynet forventer, at indkøbsprisen fra Nord Pool med modelindkøbet, hvor halvdelen af årets salg er indkøbt på spotmarkedet uden prissikring og den anden halvdel af salget er indkøbt på termin med en prissikring indgået ved årets start, vil udgøre en referencepris. Denne kan beregnes ud fra kendte markedsdata ved årets slutning.

91. Denne referencepris vil udgøre Energitilsynet grundlag for at vurdere om den enkelte virksomhed har anvendt en effektiv indkøbspolitik, idet der ved vurderingen tages højde for den enkelte virksomheds konkrete kunde- og afsætningsstruktur.
[...]"

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Energiklagenævnets bemærkninger

Anmodning om mundtlig forhandling

EnergiMidt har anmodet om mundtlig forhandling af sagen begrundet i selskabets opfattelse af, at Energitilsynets afgørelse er udtryk for en generel praksisændring fra Energitilsynets side.

Energiklagenævnet finder, at sagen foreligger fuldt oplyst på skriftligt grundlag, og at det ikke må antages, at der ved en mundtlig forhandling vil fremkomme nye og væsentlige faktiske oplysninger, som vil kunne få betydning for sagens afgørelse.

Energiklagenævnet finder herefter ikke, at anmodningen om mundtlig forhandling bør imødekommes.

Energitilsynets vejledning

EnergiMidt gør gældende, at Energitilsynets vejledning og dens detaljerede beskrivelse af referenceprismodellen udgør grundlaget for den konkrete vurdering af de forsyningspligtige selskabers priser og vilkår ved indkøb af el på markedsbestemte vilkår.

EnergiMidt gør endvidere gældende, at vejledningen fra oktober 2000 er bindende for Energitilsynet, hvorfor Energitilsynet ikke havde hjemmel til at foretage en anden konkret vurdering af, hvorvidt EnergiMidt havde indkøbt el på markedsbestemte vilkår, når EnergiMidt kan dokumentere, at elindkøbsomkostningerne lå under referenceprisen i vejledningen. EnergiMidt finder på denne baggrund, at henvisningen til § 46, stk. 4 er et udtryk for, at tilsynet i væsentlig grad – og med tilbagevirkende kraft – fraviger vejledningens beskrivelse af retsfaktum og ændrer vægtningen af de i vejledningen angivne kriterier.

Hertil bemærker Energiklagenævnet følgende:

Side 38 af 43

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

Elforsyningslovens § 72, stk. 2, sammenholdt med § 46, stk. 4 og § 77, giver Energitilsynet omfattende skønsmæssige beføjelser ved udøvelse af prisgodkendelsen, idet tilsynet skal skride ind, hvis:

- tilsynet "finder", at priserne "må anses for at være" i strid med de ovennævnte bestemmelser (§ 77, stk. 1),
- der findes "urimelige forhold", herunder bl.a. risiko for krydssubsidiering jf. bemærkningerne i lovforslaget (§ 77, stk. 2),
- priserne fører til "samfundsøkonomisk uhensigtsmæssig anvendelse af energi" (§ 77, stk. 3),
- der foreligger en disposition, der "ikke kan anses for rimelig for forbrugerne" (§ 77, stk. 4), eller hvis
- der foreligger aftaler, der ikke er indgået på markedsmæssige vilkår, jf. § 46, stk. 4 (nu § 46, stk. 1).

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 39 af 43

Ifølge forarbejderne til elforsyningslovens § 72 (L234, FT 1998-99) fordrer prisreguleringen, at Energitilsynet foretager "en konkret vurdering af den enkelte forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, der er for at agere effektivt på markedet". Elforsyningslovens udgangspunkt er således, at myndigheders afgørelser skal hvile på et konkret skøn inden for lovens rammer.

Lovens § 72 giver Energitilsynet ret og pligt til at vurdere for hvert selskab, om en prisfastsættelse kan godkendes ud fra prisbestemmelserne i loven. I tvivlstilfælde må det afgørende hensyn for skønnets resultat være, om elforbrugerne sikres rimelige priser.

For så vidt angår Energitilsynets "Vejledning om forsyningspligtige elvirksomheder, herunder Energitilsynets godkendelse af virksomhedernes prisfastsættelse" af 23. oktober 2000, finder Energiklagenævnet

at vejledningen angiver at have til formål at informere generelt (pkt. 2),

- at vejledningens pkt. 2, 3, 11, 33, 40, 75, 88, 89 og 106 betoner, at vejledningen alene danner udgangspunkt for reguleringen, og
- at vejledningens pkt. 33, 45, 51, 88 og 91 angiver, at Energitilsynet fra sag til sag vil foretage den konkrete vurdering, som lovens § 72 pålægger tilsynet.

På baggrund af ovenstående finder Energiklagenævnet, at Energitilsynets vejledning ikke kan binde tilsynets skøn på en sådan måde, at de forsyningspligtige selskaber generelt kan påberåbe sig vejledningens referencepris. Energiklagenævnet finder det derfor ikke i strid med forvaltningsretlige principper, at tilsynet ikke har fulgt vejledningens udgangspunkt i denne sag.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 40 af 43

Energiklagenævnet er derfor ikke enig med EnergiMidt i, at Energitilsynet gennem vejledningen har fraskrevet sig pligten til efter elforsyningsloven at foretage et konkret skøn over for de forsyningspligtige selskaber i hver enkelt sag. Det forhold, at klager måtte have indrettet sig i tillid til vejledningen, kan ikke føre til et andet resultat.

Indkøb på markedsbestemte vilkår og beregning af overskud

EnergiMidt gør gældende, at EnergiMidts elindkøb i 2003 fra Dan Energi A/S fandt sted på markedsbestemte vilkår, jf. den dagældende elforsyningslovs § 46, stk. 4, allerede fordi elindkøbet skete til priser, som lå væsentligt under Energitilsynets referenceindkøbspris. Der ses derfor ikke at være hjemmel til at pålægge selskabet at tilbageføre noget beløb, blot fordi en formel afsøgning af markedet ikke har fundet sted.

EnergiMidt gør endvidere gældende, at prisen for de leverede ydelser skal vurderes i forhold til det produkt, som leveres. EnergiMidt anfører således, at en administrativ praksis, der arbitrært vælger at inddrage enkelte omkostningskomponenter (porteføljemanagement og balancehåndtering), men ikke alle (f.eks. fakturerings- og administrationsomkostninger), ikke kan siges objektivt at stræbe efter det materielt rigtige resultat. EnergiMidt finder det derfor vanskeligt at forstå, at omkostninger, der samlet set er 13,7 % lavere end tilsynets referencepris og mere end 25 % lavere end det gennemsnitlige omkostningsniveau for Vestdanmark, alligevel ikke kan anses for effektive, alene fordi enkelte omkostningskomponenter, der udgør mindre end halvdelen af de samlede øvrige omkostninger, vurderes ikke at kunne anses for effektive.

Herudover påpeger EnergiMidt, at Energitilsynets afgørelse indebærer en prisregulering, der er så indgribende, at den medfører en negativ egenkapitalforrentning. Dette finder EnergiMidt er i strid med prisreguleringsbestemmelserne i elforsyningsloven, da disse bestemmelser ikke hjemler en regulering, der kan medføre et underskud for virksomheden. EnergiMidt gør derfor gældende, at Energitilsynet alene kan pålægge forsyningspligtvirksomhederne at anvende et overskud til nedsættelse af forbrugerpriserne. Endvidere findes et

krav om at tilbageføre 2,788 mio. kr. at krænke proportionalitetsprincippet, da det administrative mål kan nås med mindre indgribende midler. Endelig gør EnergiMidt gældende, at såfremt EnergiMidt skal tilbageføre 4,28 DKK/MWh, så vil EnergiMidt's samlede øvrige omkostninger falde betydeligt. Dette indebærer, at virksomheden vil placeres på et betydeligt bedre niveau på benchmarkinglisten, hvilket bør tale for, at Energitilsynet tillader EnergiMidt en betydelig højere indtjening i 2003, idet selskabet dermed kan kategoriseres som værende særdeles effektiv.

Hertil bemærker Energiklagenævnet følgende:

Af elforsyningslovens forarbejder følger, at prisreguleringen af de forsyningspligtige selskaber blandt andet har til formål at beskytte forbrugerne mod, at virksomheden gennem sin indkøbspolitik fører værdier over i andre selskaber, herunder koncernforbundne elhandelsselskaber – såkaldt krydssubsidiering.

De dokumentationskrav, som stilles til selskaberne, skal sikre såvel selskabets mulighed for at agere effektivt på markedet, som Energitilsynets mulighed for at kontrollere, at selskabet ikke fører værdier over i andre selskaber.

Det forhold, at elindkøbet er sket til priser, som ligger under Energitilsynets referenceindkøbspris, er ikke ensbetydende med, at indkøbet er sket på markedsmæssige vilkår. En vurdering heraf må bero på en konkret vurdering i den enkelte sag.

I det omfang det enkelte selskab ikke kan opfylde dokumentationskravene – fordi selskabet har undladt at afsøge markedet – har Energitilsynet pligt til – ud fra kendskabet til andre indgåede kontrakter på det pågældende tidspunkt – at fastsætte en skønnet markedspris, som kan lægges til grund ved godkendelsen af det enkelte selskab.

Energiklagenævnet finder således ikke at kunne give EnergiMidt medhold i, at en virksomhed - hvis priser ligger under referenceprisen - alene kan reguleres, såfremt Energitilsynet kan påvise forhold, der utvivlsomt taler herfor. En sådan regel og begrænsning af tilsynets skøn ville ikke være forenelig med elforsyningslovens krav om, at der i hver enkelt sag skal udøves et konkret skøn, og det ville endvidere ikke i tilstrækkeligt omfang sikre hensynet til elforbrugerne.

Energiklagenævnet finder endvidere, at bestemmelserne i elforsyningsloven ikke er til hinder for en regulering, som indebærer en negativ egenkapitalforrentning. En negativ egenkapitalforrentning er således en helt normal følge, såfremt en virksomhed f.eks. indkøber sine varer for dyrt eller har en administration, som ikke er tilstrækkelig effektiv.

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 41 af 43

Det fremgår efter Energiklagenævnets opfattelse imidlertid ikke med tilstrækkelig tydelighed af Energitilsynets afgørelse i sagen, hvilken præcis sammenhæng der er mellem de regulerede omkostninger og den stedfundne effektivitetsvurdering til brug for fastsættelsen af et rimeligt overskud.

Da en afklaring af disse forhold har væsentlig betydning for Energiklagenævnets prøvelse af, om den af Energitilsynet anvendte metode er i overensstemmelse med elforsyningsloven, og om det for EnergiMidt for 2003 godkendte overskud herefter er rimeligt og i øvrigt ikke fastsat i strid med grundlæggende forvaltningsretlige principper, finder Energiklagenævnet, at sagen bør hjemvises til Energitilsynet for en nærmere afklaring af denne sammenhæng eller eventuel fornyet afgørelse på dette punkt.

På denne baggrund hjemvises sagen til fornyet behandling i Energitilsynet.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 2. maj 2005 hjemvises til fornyet behandling.

Sagen har været behandlet på Energiklagenævnets møde den 17. december 2007.

Afgørelsen er truffet i henhold til § 89 i lov om elforsyning, jf. lov nr. 1115 af 8. november 2006, og kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Søgsmål ved domstolene til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet efter lov om elforsyning eller regler, der er udstedt efter denne lov, skal være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Er afgørelsen offentlig bekendtgjort, regnes fristen dog altid fra bekendtgørelsen, jf. § 89, stk. 5, i lov om elforsyning.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

P. N. V.

[Sign.]

Poul K. Egan
Nævnensformand

[Sign.]

/ Henrik Chieu
Sekretariatschef

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 42 af 43

20. december 2007

J.nr.: 11-320

Eksp.nr.: 33541

HCH-EKN

Side 43 af 43