

(Varmeforsyning)

Frederiksborggade 15

1360 København K

Tlf 33 95 57 85

Fax 33 95 57 99

Afgørelsen offentliggøres i anonymiseret form

www.ekn.dk

ekn@ekn.dk

KLAGE FRA	...[Klager] over
AFGØRELSE FRA	Energitilsynet af 26. juni 2006
OM	E.ON Varmes manglende opfyldelse af varmemforsyningslovens § 23 h vedrørende forbrugervalgte bestyrelsesmedlemmer

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

NÆVNETS	Nævnnsformand, dommer Poul K. Egan
SAMMEN-	Fhv. direktør, cand.polyt. H.C. Mortensen
SÆTNING	Direktør Per Søndergård
I SAGEN	

NÆVNETS	Sagen hjemvises til Energitilsynet til fornyet behandling
AFGØRELSE	

[...] (herefter benævnt klager) har ved brev af 21. juli 2006 til Energiklagenævnet påklaget Energitilsynets afgørelse af 26. juni 2006 om NESA Varme A/S's (nu E.ON Danmark A/S herefter benævnt E.ON) manglende opfyldelse af varmemforsyningslovens § 23 h vedrørende forbrugervalgte bestyrelsesmedlemmer. Der klages over, at Energitilsynet ikke har givet klager lejlighed til at udtale sig om den sagsfremstilling, som blev udarbejdet af Energitilsynets sekretariat til brug for tilsynets afgørelse af sagen, inden der blev truffet endelig afgørelse.

Sagens baggrund

Klager fremsendte ved brev af 26. november 2005 til Energitilsynet en klage over, at E.ON ikke overholdt kravet i varmemforsyningslovens § 23 h om, at et flertal af bestyrelsesmedlemmerne i selskabets bestyrelse skal være valgt af forbrugerne i selskabets forsyningsområde.

Klager bad ved brev af 27. november 2005 formanden for Energitilsynet om at kommentere det tilsynssvigt, som klager mente Energitilsynet havde gjort sig skyldig i ved ikke at være skredet ind overfor E.ON's manglende overholdelse af varmforsyningslovens § 23 h. Formanden svarede i brev af 16. januar 2006, at han ikke kunne udtale sig om den konkrete sag og oplyste samtidig følgende:

”[...]

Inden Energitilsynets sekretariat forelægger en sag for tilsynet, er det fast praksis, at de involverede i sagen får lejlighed til at udtale sig om den faktiske sagsfremstilling, som tilsynet vil få forelagt ved forelæggelsen. Jeg forventer, at sagen kan forelægges Energitilsynet i løbet af foråret, men De vil som nævnt få lejlighed til at udtale Dem om den faktiske sagsfremstilling, der vil blive forelagt tilsynet.

[...]”

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 2 af 25

På baggrund af klagen ønskede E.ON en drøftelse med Energitilsynet om, hvorledes selskabet kunne opfylde kravene i varmforsyningslovens § 23h. E.ON bad i denne sammenhæng om en udskydelse af fristen for at komme med bemærkninger til sagen. Energitilsynet imødekom anmodningerne om møde og udskydelse af fristen, hvorefter klager ved brev af 25. januar 2006 klagede over udsættelsen af sagens afgørelse.

Energitilsynet fastholdt ved brev af 31. januar 2006 udsættelsen af fristen for E.ON's bemærkninger til sagen og oplyste samtidig følgende til klager:

”[...]

Når mødet med E.ON har været afholdt, og Energitilsynets sekretariat har gjort sagen klar til forelæggelse for tilsynet, er det som tidligere meddelt fast praksis, at de involverede i sagen får lejlighed til at udtale sig om den sagsfremstilling, sekretariatet skal benytte ved forelæggelsen. Det sker blandt andet for at sikre kvaliteten af sagsfremstillingen.

Jeg forventer, at sagen kan forelægges Energitilsynet i løbet af foråret, men De vil som nævnt få lejlighed til at udtale Dem om den sagsfremstilling, der skal bruges som grundlag for tilsynets behandling.

[...]”

Den 22. maj 2006 traf sekretariatet for Energitilsynet en administrativ afgørelse i sagen.

Klager udbad sig ved brev af 26. maj 2006 til Energitilsynet en forklaring på, at sagen – trods formandens løfte om at sagen ville blive afgjort i Energitilsynet – nu var blevet afgjort administrativt af sekretariatet.

Som svar på klagers brev af 26. maj 2006 skrev Energitilsynet ved brev af 28. juni 2006 til klager, at klagen var blevet forelagt Energitilsynet til afgørelse på tilsynets møde den 26. juni 2006. Vedlagt brevet var tilsynets afgørelse og den sagsfremstilling, som sekretariatet havde udarbejdet til brug for forelæggelsen af sagen for tilsynet.

Ved brev af 21. juli 2006 til Energiklagenævnet klagede klager over sagsgangen forud for afgørelsen i Energitilsynet, da klager ikke som oplyst i formandens brev af 16. januar 2006 og Energitilsynets brev af 31. januar 2006 havde fået lejlighed til at udtale sig om den sagsfremstilling, sekretariatet havde udarbejdet til brug for forelæggelsen af sagen for tilsynet.

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 3 af 25

Den påklagede afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 26. juni 2006 er sålydende:

”[...]

Resume

1. Ved brev af 26. november 2005 klagede en forbruger over, at E.ON Varme A/S (indtil 1. oktober 2005 Nesa Varme A/S) ikke overholdt varmeforsyningslovens § 23 h's krav om, at et flertal af bestyrelsesmedlemmerne i selskabets bestyrelse skal være valgt af forbrugerne i selskabets forsyningsområde.
2. Samtidig finder klageren, at tilsynet har forsømt sin tilsynsforpligtelse ved ikke tidligere at have grebet ind overfor NESA Varme A/S/E.ON Varme A/S's manglende overholdelse af varmeforsyningslovens regler om forbrugerrepræsentation.
3. På denne baggrund har E.ON Varme A/S stillet forslag om, at varmeforsyningslovens § 23h opfyldes ved, at E.ON Varme omdannes til et anpartsselskab, og at de kommuner, hvor E.ON Varme ejer fremføringsanlæg vælger flertallet af repræsentanterne til E.ON Varmes bestyrelse.
4. På grund af en beklagelig fejl traf sekretariatet den 22. maj 2006 afgørelse i denne sag, idet man ikke var tilstrækkelig opmærksom på, at Energitilsynets formand ved brev af 16. januar 2006 havde meddelt klageren, at sagen ville blive forelagt Energitilsynet.

5. Sagen forelægges derfor for Energitilsynet til stillingtagen.

Sagen rejser to spørgsmål:

1. Opfylder de af E.ON's bestyrelse foreslåede vedtægtsændringer kravene i varmeforsyningsloven om forbrugerrepræsentation.

2. Har Energitilsynet forsømt sin tilsynsforpligtelse ved ikke tidligere at have grebet ind overfor forsyningsselskabets manglende overholdelse af varmeforsyningslovens regler om forbrugerrepræsentation.

Hertil kommer - i lyset af at sekretariatet som nævnt har truffet en sekretariatets afgørelse - spørgsmålet om

3. Konsekvenserne, hvis Energitilsynet træffer en afgørelse, der afviger fra den afgørelse, der er truffet af sekretariatet.

Ad 1. Opfylder E.ON's forslag til vedtægtsændringer lovens krav til forbrugerrepræsentation.

6. E.ON varme ejer flere uafhængige fjernvarmeanlæg, som er meget forskellig i størrelse.

7. Til opfyldelse af kravene om forbrugerindflydelse foreslår E.ON Varme:

- at selskabet omdannes til et anpartsselskab,
- at E.ON udarbejder en liste over de kommuner, hvori det har forsyningsanlæg, idet listen udfærdiges således, at de kommuner, der har flest forbrugere står øverst og
- at bestyrelsen for E.ON Varme, forud for hvert konstituerende møde i kommunalbestyrelsen, skriver til de fire kommuner, der står øverst på listen, og beder dem om at vælge et medlem af E.ON Varmes bestyrelse for kommunalbestyrelsens funktionsperiode.

8. I en virksomhed, der ejer anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp, skal flertallet af bestyrelsesmedlemmer efter varmeforsyningslovens § 23 h vælges af de forbrugere, hvis anlæg er tilsluttet virksomhedens anlæg eller af en eller flere kommuna-

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 4 af 25

le bestyrelser i virksomhedens forsyningsområde i kraft af deres ejerbeføjelser, eller på anden måde,

9. Spørgsmålet er, om § 23 h's passus "på anden måde" kan fortolkes således, at den kommunale indflydelse kan udøves uafhængigt af ejerbeføjelser, f.eks. ved at et selskab gennem vedtægtsbestemmelser overdrager retten til at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i selskabet til kommunale i forsyningsområdet.

10. "På anden måde" kan efter sekretariatets opfattelse være i form af en vedtægtsbestemmelse om, at kommuner kan udpege bestyrelsesmedlemmer. En bestemmelse om, at nogle bestyrelsesmedlemmer i en virksomhed udpeges af nærmere angivne offentlige myndigheder, organisationer m.v. er sædvanlig i selskabers vedtægter.

11. Hvis ikke anden lovgivning er til hinder herfor, kan kommuner gennem en vedtægtsbestemmelse få adgang til at udpege flertallet af medlemmerne af en varmemforsynings bestyrelse og der igennem opfylde kravet om forbrugerrepræsentation i varmemforsyningslovens § 23 h.

12. Anpartsselskabsloven indeholder ikke en bestemmelse svarende til aktieselskabslovens § 49 stk. 6 (hvorefter bestyrelsesmedlemmer skal vælges af generalforsamlingen). Anpartsselskabsloven er derfor ikke til hinder for, at der i vedtægterne som foreslået indsættes en bestemmelse om, at flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i E.ON Varme udpeges af flere kommunalbestyrelses i forsyningsområdet.

13. Indflydelseskravet må efter sekretariatets opfattelse anses for at være opfyldt, hvis et anpartsselskabs bestyrelse frivilligt overdrager sin vedtægtsbestemte ret til at vælge et flertal af bestyrelsesmedlemmerne i selskabets bestyrelse til kommunerne i de områder, hvor selskabet ejer fremføringsanlæg.

14. E.ON Varme har oplyst, at de bestyrelsesmedlemmer, der vælges på denne måde repræsenterer en flerhed af tilsluttede forbrugere.

15. Såfremt E.ON Varme omdannes til et anpartsselskab og selskabets generalforsamling i sine vedtægter overdrager retten til at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmer til kommunerne i sel-

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 5 af 25

skabets forsyningsområde finder sekretariatet derfor, at bestemmelsen i varmemforsyningslovens § 23 h om valg af forbrugerrepræsentanter må anses for opfyldt.

Ad 2. Har tilsynet forsømt sin tilsynsforpligtelse

16. Energitilsynets afgørelser er fremadrettede, og en klage over manglende overholdelse af varmemforsyningslovens regler vil, hvis klageren får medhold, betyde, at indklagede må ændre sin fremgangsmåde for fremtiden.

17. Energitilsynet har ikke kompetence til at gå ind i en bedømmelse af, hvilke konsekvenser en manglende overholdelse af lovens regler har for dispositioner, der ligger forud for tilsynets afgørelse. Energitilsynet kan således ikke rette op på urimelige forhold med "tilbagevirkende kraft".

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 6 af 25

Ad 3. Konsekvenserne af at sekretariatets afgørelse ændres.

18. Energitilsynet formand har med hjemmel i § 6, stk. 4, i Energitilsynets forretningsorden begæret sagen forelagt for Energitilsynet. I henhold til denne bestemmelse kan ethvert medlem af tilsynet begære en sag gjort til genstand for behandling i tilsynet.

19. Sekretariatets afgørelse gik ud på, at ændringen i E.ON Varmes vedtægter, efter selskabets omdannelse til anpartsselskab, måtte anses for at opfylde bestemmelsen i varmemforsyningslovens § 23 h.

20. I forvaltningsretlig henseende er der tale om en konstaterende forvaltningsakt.

21. Der er således ikke tale om en begunstigende forvaltningsakt, der trækkes tilbage, og som vanskeligt kan ændres til ugunst for den begunstigede.

22. På denne baggrund synes der ikke at være noget til hinder for at tilsynet træffer en afgørelse, der ændrer den af sekretariatet truffene afgørelse.

Afgørelse

23. Energitilsynet **vedtog**, at meddele klageren:

24. **at** ændringen i E. ON Varmes vedtægter, efter selskabets omdannelse til anpartsselskab, hvorefter de berørte kommuner udpeger repræsentanter til E.ON Varmes bestyrelse må anses for at opfylde bestemmelsen i varmemforsyningslovens § 23 h,

25. **at** Energitilsynet afgørelser alene er fremadrettede, og at Energitilsynet ikke har mulighed for gå ind i en bedømmelse af hvilke konsekvenser manglende overholdelse af lovens regler har for dispositioner, der foreligger forud for tilsynets afgørelse og

26. **at** Energitilsynet anmoder E.ON Varme om en tidsplan for gennemførelsen af valget af forbrugerrepræsentanter.

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Sagsfremstilling

27. Den 26. november 2005 klagede en forbruger over, at E.On Varme Danmark A/S (indtil 1. oktober 2005 Nesa Varme A/S) ikke har overholdt varmemforsyningslovens § 23 h's krav om, at et flertal af bestyrelsesmedlemmerne i selskabets bestyrelse skal være valgt af forbrugerne i selskabets forsyningsområde.

Side 7 af 25

28. Sagen er ved en beklagelig fejl fra sekretariatets side afgjort på sekretariats niveau, uanset at Energitilsynets formand ved brev af 16. januar 2006 har meddelt klageren, at sagen ville blive forelagt Energitilsynet til afgørelse. Klageren har herefter klaget over, at sagen ikke har været forelagt tilsynet til afgørelse.

Klagen vedrørte tre spørgsmål:

1. Har Energitilsynet forsømt sin tilsynsforpligtelse ved ikke at påse, om Nesa Varme A/S og E.ON Varme A/S opfyldte forpligtelsen i varmemforsyningslovens § 23 h.

2. Hvilke konsekvenser har den manglende overholdelse af § 23 h for Nesa Varmes henholdsvis E.ON's dispositioner

3. Opfylder de af E.ON's bestyrelse vedtagne vedtægter kravene i varmemforsyningsloven.

29. Klageren fremførte, at den manglende overholdelse af varmemforsyningslovens § 23 h må have vidtrækkende konsekvenser. Klageren forlangte, at Energitilsynet anmelder E.ON Varme Danmark A/S til politiet med krav om bøde og erklærer alle E.ON's dispositioner undtagen de, der har været nødvendige for den daglige drift, for ugyldige.

30. E.ON Varme har overfor Energitilsynet erkendt, at forpligtelsen i henhold til varmemforsyningslovens § 23 h indtrådte med Elsams overtagelse af aktiemajoriteten i Nesa A/S, og at dette betød, at der inden 6 måneder efter denne overtagelse skulle have været valgt et flertal af forbrugerrepræsentanter i Nesa Varmes bestyrelse.

31. Den 3. januar 2006 fremsendte klageren kommentarer til E.ON's redegørelse til Energitilsynet.

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

32. Klageren fremførte i sine kommentarer, at forpligtelsen til at overholde varmemforsyningslovens § 23 h må anses for at være indtrådt allerede ved Elsams overtagelse af aktiemajoriteten i Nesa A/S, hvilket Nesa's koncerndirektør Hans Simonsen har erkendt i brev til Energitilsynet af 1. april 2004.

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 8 af 25

33. Den 10. februar 2006 afholdt Center for Energi et møde med repræsentanter for E.ON Varme A/S.

34. E.ON Varme A/S oplyste at det med overtagelsesdag den. 1. oktober 2005 havde opkøbt et antal fremføringsanlæg af Nesa A/S ved at overtage Nesa Varme A/S. Nesa Varme A/S har efterfølgende skiftet navn til E.ON Varme A/S.

35. E.ON Varme A/S oplyste, at virksomheden pt. undersøgte mulige måder at opfylde varmemforsyningslovens regler om forbrugerindflydelse på.

36. Den 28. marts 2006 fremsendte E.ON Varmes advokat Gravesen udkast til nye vedtægter for E.ON Varme til Energitilsynet bilagt retningslinier vedrørende valg af E.ON Varmes bestyrelsesvalgte medlemmer. Det fremgår af vedtægterne, at E.ON Varme i forbindelse med vedtagelsen agter at omdanne selskabet til et anpartsselskab.

37. Det fremgår af sagen, at E.O.N Varme ejer flere uafhængige fjernanlæg, som er meget forskellige i størrelse. Valgproceduren i varmemforsyningslovens § 23 i om valg af forbrugerrepræsentanter til fjernvarmevirksomheder, der drives i aktieselskabsform, er efter E.ON Varmes vurdering ikke en optimal model for at sikre, at samtlige forbrugeres interesser sikres. Efter E.ON Varmes vurdering indebærer modellen en risiko for, at alene begrænsede forbrugerinteresser bliver varetaget af forbrugerrepræsentanterne,

da der er risiko for, at den enkelte forbruger vil være mere fokuseret på forbrugerinteresser i det værk, han er tilsluttet, end på det samlede forbrugerkollektivs interesser.

38. For at imødegå dette agter E.ON Varme at omdanne selskabet til et anpartsselskab. Dette giver efter E.ON Varmes opfattelse mulighed for at fravige reglerne i varmforsyningslovens § 23 i, og i stedet lade kommunalbestyrelserne i E.ON Varmes forsyningsområde vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmer.

39. Til opfyldelse af kravene om forbrugerindflydelse foreslår E.ON Varme, at E.ON udarbejder en liste over de kommuner, hvori E.ON Varme Danmark har forsyningsanlæg. Listen udfærdiges således, at de kommuner, hvor der flest forbrugere står øverst.

40. Forud for hvert konstituerende møde i kommunalbestyrelsen skriver bestyrelsen til de fire kommuner, der står øverst på listen, og beder dem om at vælge et medlem af E.ON Varmes bestyrelsen for kommunalbestyrelsens funktionsperiode.

41. Den 19. april 2006 har klageren kommenteret advokat Gravesens opfattelse af bestemmelserne i varmforsyningsloven.

42. Klageren finder, at E.ON Varme er omfattet af varmforsyningslovens § 23 i, uanset om virksomheden drives i form af et aktieselskab eller et anpartsselskab. Efter klagerens mening, kan lovens krav ikke opfyldes ved kommunalt valgte repræsentanter, da der ikke er kommunale ejerinteresser i selskabet. Endvidere fremfører klageren, at E.ON Varmes fortsatte manglende opfyldelse af § 23 j må have de alvorligste konsekvenser for selskabet, herunder et omgående påbud fra Energitilsynet om at overholde bestemmelserne umiddelbart.

43. Den 15. maj 2006 har advokat Gravesen kommenteret klagerens kommentarer i brev af 19. april 2006.

44. Advokat Gravesen henviser til, at varmforsyningslovens § 23 h fastslår, at flertallet af bestyrelsesmedlemmer skal vælges enten af de tilknyttede forbrugere eller af en eller flere kommunale bestyrelser i virksomhedens forsyningsområde i kraft af kommunernes udøvelse af deres ejerbeføjelser på virksomhedens generalforsamling eller på anden måde. På anden måde vil kunne være en vedtægtsbestemmelse om, at kommuner kan udpege be-

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 9 af 25

styrelsesmedlemmer. En bestemmelse om, at nogle bestyrelsesmedlemmer i en virksomhed udpeges af nærmere angivne offentlige myndigheder, organisationer mv. er helt sædvanlig i selskabers vedtægter.

45. Det må derfor være således, at hvis ikke anden lovgivning er til hinder herfor, kan kommunen gennem en vedtægtsbestemmelse få adgang til at udpege flertallet (eller for den sags skyld alle) af medlemmer af varmforsyningsvirksomhedens bestyrelse, og dermed opfyldes kravet i varmforsyningslovens § 23 h.

46. Anpartsselskabsloven indeholder ikke en bestemmelse svarende til aktieselskabslovens § 49, stk. 6, (hvor efter bestyrelsesmedlemmerne skal vælges direkte af generalforsamlingen), og det vil derfor ikke være i strid med anpartsselskabsloven, i vedtægterne at indsætte en bestemmelse om, at en eller flere kommunalbestyrelser i forsyningsområdet udpeger flertallet af bestyrelsesmedlemmer.

47. Med hensyn til den manglende overholdelse af § 23 h henviser advokat Gravesen til, at E.ON Varme løbende har været i kontakt med myndighederne for at sikre, at de initiativer, virksomheden agter at tage, er i overensstemmelse med varmforsyningslovens regler.

Begrundelse

48. Varmeforsyningslovens § 23 j bestemmer, at et forbrugerrepræsentantskab efter § 23 i, stk. 1, skal vælges første gang senest seks måneder efter, at virksomheden ikke opfylder det i § 23 h nævnte indflydelseskrav. Forbrugerrepræsentantskabet vælger flertallet af virksomhedens bestyrelsesmedlemmer inden for en frist på fire uger.

Stk. 2. Virksomheden skal drage omsorg for at etablere et forbrugerrepræsentantskab efter § 23 i.

49. Efter Energitilsynets opfattelse foreligger der i sagen to spørgsmål, som Energitilsynet skal tage stilling til:

1. Opfylder de af E.ON's bestyrelse foreslåede vedtægtsændringer kravene i varmforsyningsloven om forbrugerrepræsentation.

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 10 af 25

2. Har Energitilsynet forsømt sin tilsynsforpligtelse ved ikke at påse, om NESA Varme overholdt varmforsyningslovens regler om forbrugerrepræsentation.

Hertil kommer spørgsmålet om

3. Hvad konsekvenserne er hvis Energitilsynet træffer en afgørelse, der afviger fra den afgørelse, der er truffet af sekretariatet.

50. ad 1: Spørgsmålet er, om formuleringen "på anden måde" skal fortolkes således, at sætningen knytter sig til udøvelsen af kommunernes ejerbeføjelser, eller om formuleringen skal forstås således, at kommunerne kan udøve indflydelsen på anden måde end gennem ejerbeføjelser f.eks. gennem vedtægtsbestemmelser.

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 11 af 25

51. Anpartsselskabsloven indeholder - i modsætning til aktieselskabsloven - ingen bestemmelse om, at selskabets bestyrelse skal vælges direkte af generalforsamlingen. Hovedspørgsmålet i sagen er, om § 23 h's passus "på anden måde" kan fortolkes således, at den kommunale indflydelse kan udøves uafhængigt af ejerbeføjelser, f.eks. ved at et selskab gennem vedtægtsbestemmelser overdrager retten til at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i selskabet til kommunerne i forsyningsområdet.

52. Af Den kommenterede varmforsyningslov ved Pernille Aagaard og Bent Ole Gram Mortensen er anført følgende under kommentarerne til § 23 h, stk. 1:

53. "Forbrugerindflydelseskravet kan også opfyldes, hvor en eller flere kommuner i kraft af aktiebesiddelse eller på anden måde har ret til at vælge selskabets bestyrelse. Der sondres således i § 23 h ikke mellem forbrugerindflydelse og kommunal indflydelse. Denne betragtning bygger ifølge lovens forarbejder på, at en flerhed af forbrugerne i en virksomheds bestyrelse har valgt kommunalbestyrelsen og herigennem har indflydelse på udpegning af virksomhedens bestyrelse. Den manglende sondring mellem forbrugerindflydelse og kommunalindflydelse er af ministeren ved besvarelse af et spørgsmål fra Folketingets Energipolitiske Udvalg endvidere begrundet med, at begge indflydelsesformer sikrer det offentlige og lokale engagement i sektoren" og i kommentarerne til § 23h, stk. 2:

54. "Hvis bestyrelsen i et andelsselskab udpeges af et repræsentantskab, der er valgt af andelshaverne i forsyningsområdet, an-

ses forbrugerindflydelseskravet for opfyldt. Tilsvarende er forbrugerindflydelseskravet i en selvejende institution eller forening opfyldt, hvis bestyrelsen udpeges af repræsentanter valgt af kommunalbestyrelsen i forsyningsområdet eller af en flerhed af tilsluttede forbrugere eller af forbrugerne og kommunalbestyrelsen i forening".

55. Indflydelseskravet må på denne baggrund anses for at være opfyldt, hvis et anpartsselskabs bestyrelse frivilligt overdrager sin vedtægtsbestemte ret til at vælge bestyrelsesmedlemmerne til kommunerne i de berørte områder. Efter anpartsselskabsloven kan et anpartsselskab således lovligt overdrage retten at vælge bestyrelsesmedlemmer til andre end generalforsamlingen.

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

56. På denne baggrund finder sekretariatet, at "på anden måde" i varmemforsyningslovens § 23 h må fortolkes således, at den kommunale indflydelse kan udøves uafhængigt af ejerbeføjelser, f.eks. ved at et selskab gennem vedtægtsbestemmelser overdrager retten til at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i selskabet til kommunerne i forsyningsområdet.

Side 12 af 25

57. Såfremt E.ON Varme omdannes til et anpartsselskab og selskabets generalforsamling i sine vedtægter overdrager retten til at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmer til kommunerne i selskabets forsyningsområde finder Energitilsynet, at bestemmelsen i varmemforsyningslovens § 23 h om valg af forbrugerrepræsentanter må anses for opfyldt.

58. Energitilsynet vil anmode E.ON Varme om overfor tilsynet at redegøre for, hvornår omdannelsen af E.ON Varme til anpartsselskab kan finde sted, og hvornår der kan ske udpegning af de kommunale forbrugerrepræsentanter.

59. ad 2: Om konsekvenserne af E.ON Varmes manglende overholdelse af §23 h indtil dette er sket, skal Energitilsynet bemærke følgende:

60. Energitilsynets afgørelser er fremadrettede, og en klage over manglende overholdelse af varmemforsyningslovens regler vil, hvis klageren får medhold, betyde, at indklagede må ændre sin fremgangsmåde for fremtiden.

61. Energitilsynet har ikke kompetence til at gå ind i en bedømmelse af, hvilke konsekvenser en manglende overholdelse af

lovens regler har for dispositioner, der ligger forud for tilsynets afgørelse. Energitilsynet kan således ikke rette op på urimelige forhold med "tilbagevirkende kraft".

62. Om, Nesa Varmes og E.ON's dispositioner har været ulovlige frem til det tidspunkt, hvor varmemforsyningslovens § 23 h må anses for opfyldt, og konsekvenserne heraf, vil være en afgørelse der skal træffes ved domstolene.

63. ad 3: Sekretariatets afgørelse gik ud på, at ændringen i E.ON Varmes vedtægter, efter selskabets omdannelse til anparts-selskab, måtte anses for at opfylde bestemmelsen i varmemforsyningslovens § 23 h.

4. juli 2007
J.nr.: 21-527
Eksp.nr.: 29946
JGS-EKN

64. Konsekvenserne af at tilsynet eventuelt træffer en anden afgørelse end sekretariatet, afhænger af karakteren af den afgørelse sekretariatet traf.

Side 13 af 25

65. I forvaltningsretlig henseende er der tale om en konstaterende forvaltningsakt, idet afgørelsen ikke skaber en ny retstilstand, men alene konstaterer, at det foreslåede må anses for at opfylde lovens krav.

66. Der er således ikke tale om en begunstigende forvaltningsakt, der trækkes tilbage, og som vanskeligt kan ændres til ugunst for den begunstigede.

67. Det skal tilføjes, at E.ON Varmes advokat telefonisk har oplyst, at det ikke vil være forbundet med vanskeligheder af betydning for E.ON Varme, såfremt afgørelsen ændres.

68. På denne baggrund synes der ikke at være noget til hinder for at tilsynet træffer en afgørelse, der ændrer den af sekretariatet truffne afgørelse.

[...]"

Klagen af 21. juli 2006

Klagen af 21. juli 2006 er sålydende:

"[...]

Den 26. november 2005 klagede jeg til Energitilsynet over at E.ON Varme Danmark A/S ikke har overholdt varmemforsyningslovens bestemmelser om forbrugerflertal i varmemforsynings-

virksomheders bestyrelser. Den 26. juni 2006 traf Energitilsynet afgørelse i sagen.

Nærværende klage til Energiklagenævnet går ikke på afgørelsens indhold, men derimod på den sagsgang, der førte til afgørelsen. En eventuel klage over afgørelsens indhold vil fremkomme, når klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende sagsgangen.

Der skete følgende (idet jeg udelader alle de udtalelser og kommentarer til udtalelser, der i tidens løb blev sendt frem og tilbage mellem Energitilsynet, E.ON og mig):

4. juli 2007
J.nr.: 21-527
Eksp.nr.: 29946
JGS-EKN

Side 14 af 25

- Den 26. november indsender jeg min klage til Energitilsynet. Den lyder: "*Jeg klager over at E.ON ved at undlade at overholde VFL §23h har frataget forbrugerne deres lovfæstede ret til at kontrollere, og evt. korrigere, selskabets dispositioner*".
- Den 27. november 2005 sender jeg en forespørgsel - ikke en klage - til formanden for Energitilsynet, om hans syn på det som jeg anser for et tilsynssvigt fra Energitilsynets side. Denne henvendelse indbragte i øvrigt den 25. april 2006 formanden for Energitilsynet kritik fra Transport- og Energiministeriet for at have tilsidesat god forvaltningsskik i sin første besvarelse af min forespørgsel.
- I forbindelse med korrespondancen omkring min forespørgsel til formanden, får jeg et brev af 16. januar 2006 (bilag 1), hvori han fastslår
 1. at sagen vil blive forelagt for det samlede Energitilsyn.
 2. at jeg, inden da, vil få lejlighed til at udtale mig om den faktiske sagsfremstilling, der vil blive forelagt tilsynet.
- Den 22. maj 2006 traf Center for Energi, Energitilsynets sekretariat, afgørelse i sagen i strid med formandens tilsagn om at den ville blive forelagt selve Energitilsynet. Jeg reagerede på dette ved brev af den 26. maj 2006 (bilag 2), hvor jeg citerede ovennævnte pkt. 1 og 2.
- Jeg hører intet fra Energitilsynet før jeg modtager et brev (bilag 3), der meddeler at sagen har været forelagt for, og er afgjort af, Energitilsynet den 26. juni 2006. Dette er

sket uden at jeg har haft lejlighed til at udtale mig, således som formanden havde lovet.

Jeg føler mig stærkt brøstholden over at Energitilsynet har sveget formandens tilsagn, så meget mere som at sagsfremstillingen, efter min mening, indeholder adskillige fejl og fordrejninger, blandt andet har Energitilsynets sagsbehandler ændret og udvidet min klage, således at tilsynet traf afgørelse om emner, jeg slet ikke har klaget over.

Min klage til Energiklagenævnet

Jeg klager over at Energitilsynet ikke har givet mig lejlighed til at udtale mig om sagsfremstillingen - således som det var stillet mig i udsigt af formanden - før tilsynet traf sin afgørelse, herunder at man har tilsidesat god forvaltningsskik ved denne undladelse.

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 15 af 25

Jeg anmoder samtidig om at Energiklagenævnet hjemviser afgørelsen til fornyet behandling i Energitilsynet, således at jeg får lejlighed til at fremsætte min udtalelse.

Såfremt Energiklagenævnet ikke måtte give mig medhold i dette, forbeholder jeg mig ret til senere at klage over selve indholdet af Energitilsynets afgørelse, også selvom 4 ugers fristen derved overskrides.

[...]"

Øvrige oplysninger i sagen

Energiklagenævnet oplyste ved brev af 1. august 2006 til klager, at Energiklagenævnet opfattede klagen som en klage over både sagsbehandlingen og sagens realitet.

Ved brev af 16. august 2006 afgav Energitilsynet en udtalelse i anledning af klagen. I udtalelsen anførte Energitilsynet bl.a. følgende:

"[...]

18. Til støtte for den principale påstand [Energitilsynets påstand om, at tilsynets afgørelse af 28. juni 2006 stadfæstes] gøres gældende,

at klageren har fået tilsendt sekretariatets afgørelse af 22. maj 2006, der kommer til samme resultat som den påklagede afgørelse, på fuldkommen samme grundlag,

at klageren forud for sekretariatets afgørelse har haft mulighed for, at fremsætte bemærkninger til alle modpartens indlæg,

at klageren senest har benyttet sig af denne mulighed ved brev af 19. april 2006 til Energitilsynet (sagens akt 29), hvori klageren bl.a. fremsatte bemærkninger til selskabets breve af 28. og 30. marts 2006,

at klageren ikke er fremkommet med bemærkninger til indholdet af sekretariatets afgørelse eller til beslutningsgrundlaget for denne,

4. juli 2007
J.nr.: 21-527
Eksp.nr.: 29946
JGS-EKN

at der ikke er fremkommet nye faktiske oplysninger i perioden efter den 30. marts 2006 og frem til sekretariatets afgørelse,

Side 16 af 25

at der heller ikke er fremkommet nye faktiske oplysninger i perioden mellem sekretariatets afgørelse og den påklagede afgørelse, og

at klageren således har haft mulighed for at fremsætte bemærkninger til alle modpartens indlæg i overensstemmelse med forvaltningslovens § 19, stk. 1, 1. pkt.,

at en myndighed ikke efter forvaltningsloven er forpligtet til at fremsende en sagsfremstilling til sagens parter før der træffes afgørelse, og endelig

at klageren ikke havde påklaget sekretariatets afgørelse af 22. maj 2006 indenfor klagefristen.

19. På baggrund af ovenstående gør Energitilsynet endvidere gældende,

at sagsbehandlingsforløbet ikke har en karakter, der gør tilsynets afgørelse ugyldig, og som derfor heller ikke kan begrunde en hjemvisning, som ønsket af klageren, og

at klageren ikke har dokumenteret fejl i sagsfremstillingen eller i afgørelsen i øvrigt, som er så væsentlige at de kan begrunde en hjemvisning.

20. Det bemærkes endvidere, at dersom brevet af 16. januar 2006 måtte anses som imødekommelse af klagerens ønske om en udsættelse af sagen, jf. § 21, stk. 1 i forvaltningsloven, så har klageren i de 23 uger mellem brevet af 16. januar 2006 og tilsynets afgørelse kommet med adskillige bemærkninger til sagen. Det bemærkes, at § 21 findes i lovens kapitel 5 om partshøring, der vedrører parter adgang til at blive hørt over "bestemte oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder".

21. Som anført ovenfor har [...] haft mulighed for, og har benyttet sig af, at fremkomme med bemærkninger til oplysninger om sagens faktiske omstændigheder.

4. juli 2007
J.nr.: 21-527
Eksp.nr.: 29946
JGS-EKN

22. Det gøres herefter gældende,

Side 17 af 25

at der ikke ved den manglende høring over sagsfremstillingen er sket en overtrædelse af § 21, stk. 1, i forvaltningsloven.

23. Som det fremgår, blev sagen behandlet på Energitilsynets møde den 26. juni 2006 og fremsendt til klageren ved brev den 28. juni 2006. Baggrunden for, at sagsfremstillingen ikke blev fremsendt til klageren var, at fremsendelse ikke kunne nås inden det pågældende møde, og at sagen derfor alternativt først kunne ventes behandlet på tilsynets møde den 25. september 2006. På baggrund af ovenstående vurderedes det derfor, at forelæggelse på førstkommende møde var fuldt forsvarlig.

24. Dersom Energiklagenævnet ikke følger den ovenfor anførte principale påstand, henstilles at klagen afvises, da behandling af en klage over et sagsforløb ikke hensigtsmæssigt kan behandles uden samtidig behandling af sagens realitet.

25. Til støtte for den subsidiære påstand [Energitilsynets påstand om, at sagen bør afvises af Energiklagenævnet] gøres gældende,

at [...] ikke klager over en *afgørelse* som Energiklagenævnet kan behandle, jf. § 26, stk. 1, i varmeforsyningsloven, men alene over sagsbehandlingen, og

at der ikke kan tages stilling til eventuel ugyldighedsvirkning af et sagsforløb løst fra sagens realitet, og

at da der ikke er klaget over sagens realitet, så er Energiklagenævnet afskåret fra at behandle klagen.

26. Det følger af § 26, stk. 1, i varmemforsyningsloven, at Energiklagenævnet behandler klager over *afgørelser* truffet af Energitilsynet efter loven.

27. Da klageren så udtrykkeligt *ikke* klager over en afgørelse, men alene over, at Energitilsynet efter klagerens opfattelse har tilsidesat god forvaltningsskik ved ikke at have givet klageren mulighed til at komme med bemærkninger til sagsfremstillingen, så kan Energiklagenævnet ikke behandle klagen.

28. Energitilsynet afviser ikke, at sagsbehandlingsforløb konkret *kan* have den virkning, at behandlingen af en sag må hjemvises til førsteinstansen, men bemærker, at en vurdering af om dette konkret er tilfældet for det første afhænger af hvilke dele af afgørelsen, der klages over, og for det andet om sagsbehandlingsforløbet efter en konkret vurdering har haft væsentlig indflydelse på sagens udfald. Dersom Energiklagenævnet måtte finde at dette er tilfældet må det for det tredje vurderes om sagen i konsekvens heraf bør hjemvises til fornyet behandling, *eller* om Energiklagenævnet kan træffe endelig materiel afgørelse i sagen.

29. Fælles for de ovenfor tre anførte forhold er, at en vurdering af disse forudsætter at Energiklagenævnet behandler en klage over indholdet af en afgørelse, jf. lovens § 26, stk. 1, hvilket ikke er tilfældet i denne sag.
[...]"

Klager sendte efterfølgende ved brev af 21. september 2006 bemærkninger til Energitilsynets udtalelse af 16. august 2006. Af klagers supplerende bemærkninger fremgår bl.a. følgende:

"[...]

Omfanget af min oprindelige klage til Energitilsynet

Den 26. november indsender jeg min klage til Energitilsynet. Den lyder: " Jeg klager over at E.ON *ved at undlade at overholde VFL §23h har frataget forbrugerne deres lovfæstede ret til at kontrollere, og evt. korrigere, selskabets dispositioner*". Hverken mere eller mindre.

Klagen går altså på at E.ON hidtil har overtrådt varmemforsyningsloven og de konsekvenser dette måtte have. Ikke desto mindre

4. juli 2007
J.nr.: 21-527
Eksp.nr.: 29946
JGS-EKN

Side 18 af 25

udvider Energitilsynet klagen til at omfatte hvorledes selskabet i fremtiden måtte iagttage lovens krav om forbrugerflertal i bestyrelsen. I afgørelsen afviser man at overtrædelsen skal have konsekvenser, og træffer i stedet afgørelse om E.ONs fremtidige selskabskonstruktion og vedtægter. Hermed har man - med baggrund i noget, jeg ikke har klaget over - udstedt en forhåndsgodkendelse til E.ON. Udover at varmemforsyningsloven ikke hjemler Energitilsynet ret til at udstede forhåndsgodkendelser, skal det nævnes at Energistyrelsen, som E.ON i første omgang havde henvendt sig til, nægtede at medvirke til at bedømme lovligheden af E.ONs fremtidige konstruktioner. Det skal også understreges at en forhåndsgodkendelse blokerer for de forhandlinger mellem forbrugere og varmemforsyningsvirksomhed som varmemforsyningslovens §23k stk. 2 forudsætter.

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 19 af 25

Med hensyn til min klages omfang er min påstand, at Energitilsynets afgørelse er ugyldig, fordi tilsynet ikke kan give mig en afgørelse over emner, jeg ikke har klaget over.

Varmeforsyningslovens §23j

§23j fastslår utvetydigt at en varmemforsyningsvirksomhed, der ikke opfylder §23h, inden 6 måneder skal nedsætte et repræsentantskab, som inden 4 uger skal vælge bestyrelsens flertal. Ifølge koncerndirektør Hans Simonsen, Nesa A/S, indtraf denne situation så tidligt som den 1. april 2004. På trods af at jeg på et tidligt tidspunkt i sagens forløb forlangte at Energitilsynet udstedte et påbud om overholdelse af §23j, har tilsynet ikke alene set gennem fingre med denne overtrædelse, men inddrager den overhovedet ikke i afgørelsen. Bestemmelsen er nævnt i afgørelsens pkt. 48, men relateres ikke til sagen, og er ikke yderligere nævnt. I stedet afkræver afgørelsen blot E.ON en tidsplan for selskabets egne konstruktioner.

§23j er central i sagen fordi loven forudsætter, at det er det første, der skal ske, i det øjeblik en varmemforsyningsvirksomhed falder ind under §23h. Et pålæg om umiddelbar overholdelse af §23j er så langt som Energitilsynet kan og skal gå indenfor omfanget af min oprindelige klage.

Min påstand vedrørende dette punkt er at man i afgørelsen alene skal tage stilling til hvorledes bestemmelsen i varmemforsyningslovens §23j anvendes i sagen, samt hvilke konsekvenser den manglende overholdelse skal have.

[...]"

Retsgrundlaget

Forvaltningsloven

Forvaltningslovens § 21 er sålydende:

”[...]

§ 21. Den, der er part i en sag, kan på ethvert tidspunkt af sagens behandling forlange, at sagens afgørelse udsættes, indtil parten har afgivet en udtalelse til sagen. Myndigheden kan fastsætte en frist for afgivelsen af den nævnte udtalelse.

Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 gælder ikke, hvis

1) udsættelse vil medføre overskridelse af en lovbestemt frist for sagens afgørelse,

2) partens interesse i, at sagens afgørelse udsættes, findes at burde vige for væsentlige hensyn til offentlige eller private interesser, der taler imod en sådan udsættelse, eller

3) der ved lov er fastsat særlige bestemmelser, der sikrer parten adgang til at afgive en udtalelse til sagen, inden afgørelsen træffes.

[...]”

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 20 af 25

Varmeforsyningsloven

Varmeforsyningslovens § 23 h-j, jf. lovbekendtgørelse nr. 347 af 17. maj 2005, er sålydende:

”[...]

§ 23 h. Flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i en virksomhed, der ejer et anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp, skal vælges af de forbrugere, hvis ejendomme er tilsluttet virksomhedens anlæg, eller af en eller flere kommunale bestyrelser i virksomhedens forsyningsområde i kraft af disses udøvelse af deres ejerbeføjelser på virksomhedens generalforsamling eller på anden måde. Flertallet kan også vælges af forbrugere og en eller flere kommunale bestyrelser i forening.

Stk. 2. Indflydelseskravet i stk. 1 anses for opfyldt, hvis bestyrelsen i en virksomhed som nævnt i stk. 1, der drives i andelsselskabsform, udpeges af et repræsentantskab, der er valgt af andelshaverne i forsyningsområdet. Det samme gælder for en virksomhed som nævnt i stk. 1, der drives som en selvejende institution eller i foreningsform, hvis bestyrelsen udpeges af repræsentanter, der er valgt af en eller flere kommunale bestyrelser i forsyningsområdet, af en flerhed af forbrugere, hvis ejendomme er tilsluttet virksomhedens anlæg, eller af sådanne kommunale besty-

relser og forbrugere i forening. Det samme gælder for et kommunalt anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp.

Stk. 3. I en virksomhed som nævnt i stk. 1, der ejes af en juridisk person, anses indflydelseskravet for opfyldt, hvis flertallet af medlemmerne i bestyrelsen for den juridiske person er valgt eller udpeget på den i stk. 1 nævnte måde, og denne bestyrelse vælger virksomhedens bestyrelse.

Stk. 4. Transport- og energiministeren kan dispensere fra indflydelseskravet i stk. 1, såfremt særlige hensyn tilsiger det.

§ 23 i. Såfremt forbrugere eller kommunale bestyrelser eller disse i forening ikke har den i § 23 h nævnte indflydelse i virksomheden, skal der etableres et forbrugerrepræsentantskab. Forbrugerrepræsentantskabet skal bestå af 11 medlemmer valgt af de forbrugere, hvis ejendomme er tilsluttet virksomhedens anlæg, og har til opgave at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i virksomheden.

Stk. 2. Transport- og energiministeren kan fastsætte nærmere regler om betingelserne for forbrugernes valgret og valgbarhed samt om varigheden af forbrugerrepræsentantskabsmedlemmernes mandat.

Stk. 3. Forbrugerrepræsentantskabets valg af bestyrelsesmedlemmer kan alene ske blandt kandidater opstillet af medlemmerne af forbrugerrepræsentantskabet. Bestyrelsesmedlemmerne vælges for en periode svarende til den periode, der efter vedtægterne gælder for andre bestyrelsesmedlemmer.

Stk. 4. Hvis virksomheden drives i aktieselskabsform, finder aktieselskabslovens § 49, stk. 6, § 59, stk. 1 og stk. 2, 2. pkt., ikke anvendelse.

§ 23 j. Et forbrugerrepræsentantskab efter § 23 i, stk. 1, skal vælges første gang senest seks måneder efter, at virksomheden ikke opfylder det i § 23 h nævnte indflydelseskrav. Forbrugerrepræsentantskabet vælger flertallet af virksomhedens bestyrelsesmedlemmer inden for en frist på fire uger.

Stk. 2. Virksomheden skal drage omsorg for at etablere et forbrugerrepræsentantskab efter § 23 i.

[...]"

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 21 af 25

Energiklagenævnets bemærkninger

Energitilsynet har bl.a. anført, at Energiklagenævnet bør afvise at behandle klagen, da klagen angår sagsbehandlingen ved tilsynet, hvilket ikke i sig selv er en afgørelse, der kan påklages.

Det antages i den juridiske faglitteratur, at særlige rekursorganer som f.eks. Energiklagenævnet ikke kan tage stilling til klager over underinstansens sagsbehandling, hvis klagen ikke fremsættes samtidig med en klage over underinstansens afgørelse, jf. "Forvaltningsret", Hans Gammeltoft-Hansen, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 994.

På baggrund af det oplyste i klagen af 21. juli 2006, herunder bemærkningerne om, at sagsfremstillingen efter klagers mening indeholder flere fejl og for drejninger, hvorfor tilsynet har truffet afgørelse om emner, som klager ikke har klaget over, betragter Energiklagenævnet klagen som en klage over både sagsbehandlingen og sagens realitet. Dette er meddelt klager i Energiklagenævnets brev af 1. august 2006.

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 22 af 25

Energiklagenævnet kan herefter behandle klagen, da der er tale om en klage over en afgørelse truffet af Energitilsynet efter lov om varmforsyning. Energiklagenævnet kan derfor også tage stilling til klagen over den sagsbehandling, som har ligget til grund for afgørelsen.

Adgangen til at komme med en udtalelse, jf. forvaltningslovens § 21

Det følger af forvaltningslovens § 21, stk. 1, at en part i en sag kan forlange, at afgørelsen af en sag udsættes, indtil parten har haft lejlighed til at komme med en udtalelse i sagen.

Det fremgår ikke nærmere af § 21 hvordan begæringen skal fremsættes, men det antages i den fagretlige litteratur, at der ikke kan stilles bestemte formelle krav til begæringen, jf. "Forvaltningsret", Hans Gammeltoft-Hansen, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 510, hvor følgende er anført:

"[...]

Begæring i henhold til § 21 skal ikke opfylde bestemte formelle krav. Der skal hverken henvises til § 21 eller udtrykkeligt anføres at sagen ønskes udsat. Blot det af sammenhængen kan ses at parten ønsker at afgive en udtalelse inden afgørelsen, indtræder pligten til at stille afgørelsen i bero [...]. I modsætning til reglen i forvaltningslovens § 19 om automatisk partshøring omfatter udtaleretten i § 21 både sagens faktiske og retlige grundlag, jfr. UfR 1999.1337 H. Beføjelsen kan ikke afskæres under henvisning til, at en udtalelse må påregnes at angå et spørgsmål som myndigheden anser for uvæsentligt.

[...]"

Energiklagenævnet finder, at det må have stået Energitilsynet klart, at klager ønskede at afgive en udtalelse til sagen efter gennemlæsning af den udarbejdede sagsfremstilling. Energiklagenævnet har herved lagt vægt på, at klager

ved to lejligheder har fået tilsagn fra tilsynet om dette, dels ved formandens brev af 16. januar 2006, og dels ved sekretariatets brev af 31. januar 2006. Endvidere har klager henvist til disse tilsagn i brev af 26. maj 2006 til tilsynet, hvori klager udtrykkeligt gjorde tilsynet opmærksom på, at han tidligere havde fået tilsagn om, at hans sag ville blive forelagt tilsynet, og at han forinden ville få lejlighed til at udtale sig om den sagsfremstilling, som ville blive forelagt tilsynet.

Det bemærkes iøvrigt, at forvaltningslovens bestemmelser, herunder reglerne i forvaltningsloven om retten til at afgive en udtalelse, er minimumsregler. Bestemmelserne er derfor ikke til hinder for, at der gennemføres partshøring m.v. i videre omfang.

Det fremgår af forvaltningslovens § 21, stk. 2, retten til at afgive udtalelse ikke gælder i særlige tilfælde.

Tilsynet har i sin udtalelse af 16. august 2006 oplyst, at sagsfremstillingen ikke blev fremsendt til klager forud for afgørelsen, da fremsendelse ikke kunne nås inden mødet i tilsynet den 26. juni 2006. Alternativt var sagen først kommet på tilsynets møde den 25. september 2006. På denne baggrund vurderede tilsynet, at "forelæggelse på førstkommande møde var fuldt forsvarlig."

I samme udtalelse har tilsynet endvidere anført, at klager forud for sekretariatets afgørelse har haft mulighed for, at fremsætte bemærkninger til alle modpartens indlæg, at klageren ikke er fremkommet med bemærkninger til indholdet af sekretariatets afgørelse eller til beslutningsgrundlaget for denne, og at der ikke er fremkommet nye faktiske oplysninger i perioden efter den 30. marts 2006.

Energiklagenævnet finder ikke, at de af Energitilsynet angivne begrundelser for ikke at have givet klager mulighed for at afgive udtalelse efter § 21, er omfattet af undtagelsesbestemmelserne i § 21, stk. 2.

Energiklagenævnet finder derfor, at Energitilsynet ikke burde have truffet afgørelse forinden klager havde fået mulighed for at afgive en endelig udtalelse på baggrund af den udarbejdede sagsfremstilling, jf. forvaltningslovens § 21.

Bestemmelsen i forvaltningslovens § 21 må anses for en retssikkerhedsgaranti på linje med reglerne i forvaltningslovens § 11 om udsættelse af en sags afgørelse efter begæring af partsaktindsigt og partshøringsreglen i § 19, stk. 1. En tilsidesættelse af reglen i § 21 vil derfor som hovedregel medføre, at afgørelsen bliver ugyldig. I Forvaltningsret, Hans Gammeltoft-Hansen 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 511, anføres herom:

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Side 23 af 25

”[...]

Overtrædelse af § 21, stk. 1, må anses for en generel væsentlig retlig mangel der fører til ugyldighed medmindre myndigheden kan sandsynliggøre at fejlen i det konkrete tilfælde ikke har haft betydning, eller der i øvrigt foreligger momenter, f.eks. hensynet til parten selv eller andre private, der kan begrunde at afgørelsen opretholdes.

[...]”

Energitilsynet oplyser i brev af 31. januar 2006, at det er en fast praksis, at tilsynet fremsender sagsfremstillingen til klager til udtalelse inden der træffes afgørelse, bl.a. med henblik på at sikre kvaliteten af sagsfremstillingen.

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

I klagen af 21. juli 2006 til Energiklagenævnet anfører klager, at den sagsfremstilling, som ligger til grund for tilsynets afgørelse, indeholder adskillige fejl og fordrejninger, hvorfor tilsynet har truffet afgørelse om emner, som klager ikke har klaget over.

Side 24 af 25

På baggrund af det oplyste finder Energiklagenævnet ikke, at Energitilsynet har sandsynliggjort, at den manglende overholdelse af § 21 i forvaltningsloven ikke har haft betydning for sagens afgørelse.

Sagen hjemvises derfor til Energitilsynet til fornyet behandling, således at tilsynet giver klager lejlighed til at udtale sig om sagsfremstillingen forud for, at tilsynet træffer afgørelse i sagen.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 28. juni 2006 hjemvises til fornyet behandling i Energitilsynet.

Sagen har været behandlet på Energiklagenævnets møde den 2. juli 2007.

Afgørelsen er truffet i henhold til § 26, stk. 1, i lov om varmemforsyning, jf. lov-bekendtgørelse nr. 347 af 17. maj 2005 med senere ændringer.

Afgørelsen kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Søgsmaal ved domstolene til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet efter lov om varmemforsyning eller regler, der er udstedt efter denne lov, skal være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Er afgørelsen offentligt bekendtgjort, regnes fristen dog altid fra bekendtgørelsen, jf. § 26, stk. 4, i lov om varmemforsyning.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

P. N. V.

4. juli 2007

J.nr.: 21-527

Eksp.nr.: 29946

JGS-EKN

Poul K. Egan
Nævnnsformand

Side 25 af 25

/ Jeannette Guldbæk Spies
Specialkonsulent