

AFGØRELSE

(Elforsyning)

energi
KLAGENÆVNET

Frederiksborggade 15

1360 København K

Tlf 33 95 57 85

Fax 33 95 57 99

www.ekn.dk

ekn@ekn.dk

KLAGE FRA Nesa Forsyning A/S over
AFGØRELSE FRA Energitilsynet af 30. november 2006
OM Prisgodkendelse for 2004

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

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. og Ph.D. Bent Ole Gram Mortensen
Konsulent, civilingeniør Knut Berge

NÆVNETS Energitilsynets afgørelse af 30. november 2006 hjemvises
AFGØRELSE

Sagens problemstillinger

Advokat Christine Jansby har på vegne af Nesa Forsyning A/S (nu DONG Energy A/S, herefter benævnt Nesa Forsyning) ved brev af 21. december 2006 påklaget Energitilsynets afgørelse af 30. november 2006 om efterregulering af Nesa Forsynings forsyningspligtpriser for 2004.

Sagen drejer sig om følgende to hovedproblemstillinger:

1) spørgsmålet om, hvorvidt Nesa Forsyning ved sit elindkøb for 2004 fra Nesa El A/S (herefter benævnt Nesa El) har tilsidesat forpligtelsen ifølge dagældende elforsyningslov (EfL) § 46, stk. 4, (nu § 46, stk. 1), ifølge hvilken aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår, - og hvad retsvirkningerne af en sådan tilsidesættelse i givet fald skal være, samt

2) spørgsmålet om, hvilket overskud, der efter den dagældende Efl § 72, stk. 1, kan anses som rimeligt for Nesa Forsyning for 2004.

Sagen rejser i tilknytning til de to hovedproblemstillinger en lang række yderligere spørgsmål af bl.a. formel, processuel og bevismæssig art, herunder navnlig:

om der er hjemmel til en selvstændig regulering for omkostninger, der vurderes at være ikke-nødvendige, eller om Energitilsynets "*Vejledning for forsyningspligtige selskaber*" af 28. april 2003 i overensstemmelse med elforsyningsloven gør op med den regulering, der kan foretages af forsyningspligtselskabernes priser, således at regulering skal baseres på en vurdering af slutkundepriser og skal ske udelukkende i form af en regulering af selskabets overskud,

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 2 af 38

om bevisbyrden for, at en aftale ikke er indgået på markedsvilkår, påhviler Energitilsynet,

om de nøgletal for markedspriser og forrentningsniveau m.v., Energitilsynet har lagt til grund for sine sammenligninger og vurderinger, er fyldestgørende og rimelige eller ufuldstændige og/eller fejlagtige,

om Energitilsynet har tilsidesat sin forpligtelse til at tage hensyn til elforsyningsselskabets konkrete forhold i forbindelse med den stedfundne effektivitetsvurdering,

om effektivitetsvurderingen skal foretages efter fradrag af ikke-nødvendige omkostninger,

om elforsyningsselskabet har krav på såvel forrentning af egenkapital som et rimeligt overskud, samt

om det af Energitilsynet godkendte overskud for Nesa Forsyning for 2004 er fastsat i strid med elforsyningsloven samt almindelige proportionalitetsbetragtninger.

Opsættende virkning

Energiklagenævnet har ved afgørelse af 14. september 2007 afslået klagers anmodning om at tillægge klagen opsættende virkning.

Sagens baggrund

Efter den pr. 1. januar 2000 iværksatte reform af elforsyningssektoren i Danmark udarbejdede Energitilsynet den 28. april 2003 en ny *"Vejledning for forsyningspligtige selskaber"* ("Vejledningen") med virkning for prisreguleringen for forsyningsåret 2004, hvilken vejledning afløste den for de tidligere år gældende *"Vejledning om forsyningspligtige elvirksomheder, herunder Energitilsynets godkendelse af virksomhedernes prisfastsættelse"* af 23. oktober 2000. I tilslutning hertil traf Energitilsynet den 31. oktober 2005 den såkaldte "Generelle Afgørelse", der sammen med Vejledningen skulle danne grundlag for prisgodkendelserne for 2004. Den "generelle vejledning" har karakter af en supplerende vejledning.

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 3 af 38

Om ændringerne i forhold til den tidligere gældende vejledning af 23. oktober 2000 udtaler Energitilsynet:

For det første definerer vejledningen af 28. april 2003 en referencepris ex-post ud fra virksomhedernes faktisk realiserede omkostninger i stedet for en ex-ante opgjort referencepris på baggrund af et modelindkøb, som det var tilfældet i vejledningen af 23. oktober 2000. Dermed sikres det, at referenceprisen afspejler virksomhedens faktiske forhold og ikke usikre forventninger til fremtidige forhold, som den tidligere opgørelse af referenceprisen kunne tages som udtryk for. Referenceprisen for 2004 er således opgjort som de volumenvægtede gennemsnitlige omkostninger til lagt et rimeligt overskud.

For det andet opgøres virksomhedernes rimelige overskud på baggrund af en rimelig forrentning af egenkapitalen i stedet for et fast kronebeløb. Dermed sikres proportionalitet mellem virksomhedernes overskud og den i virksomhederne oparbejdede kapital.

Der opereres således som hidtil med en referencepris, men nu fastsat ud fra selskabernes faktisk realiserede omkostninger det pågældende år. Vejledningen fastslår desuden i lighed med tidligere, at selskaber, hvis gennemsnitlige salgspris ligger over referenceprisen, som udgangspunkt skal have foretaget en efterregulering enten i opadgående eller nedadgående retning, svarende til differencen mellem salgsprisen og referenceprisen, men at den endelige stillingen hertil skal ske efter en konkret vurdering.

I den Generelle Afgørelse fastsattes selskabernes volumenvægtede salgspriser som de samlede omkostninger tillagt et overskud på 8 % forrentning af egenkapitalen primo 2004, divideret med årets afsætning. Den volumenvægtede referencepris for Østdanmark opgjordes på dette grundlag til 272,03 DKK/MWh for 2004.

Ligesom i Vejledningen udtales det i den Generelle Afgørelse, at effektivitetsvurderingen tager udgangspunkt i en benchmarking af selskabets volumenvægtede gennemsnitlige salgspris for 2004 set i forhold til den volumenvægtede referencepris for det relevante prisområde (Vest eller Øst). Således vil selskaber med salgspriser over referenceprisen i udgangspunkt betragtes som værende mindre effektive med en ret til egenkapitalforrentning på 0 – 8 %, og selskaber med salgspriser under referenceprisen som udgangspunkt betragtes som værende effektive med en ret til egenkapitalforrentning på 8 – 16 %.

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 4 af 38

Nesa Forsynings omsætning af el androg i alt 2.105.200 MWh. Den gennemsnitlige salgspris herfor var 290,44 DKK/MWh.

Nesa Forsyning indkøbte sin samlede el-leverance for 2004 hos Nesa El. Nesa Forsyning og Nesa El var begge direkte eller indirekte 100 %-ejede datterselskaber af Nesa A/S, og der var således tale om aftaleindgåelse mellem to koncernforbundne selskaber. Nesa Forsyning afsøgte ikke for 2004 markedet for alternative el-leverandører.

I aftalen mellem Nesa Forsyning og Nesa El indgik bl.a. betaling af i alt 8,62 DKK/MWh til Nesa El for porteføljemanagement og balancehåndtering. Energitilsynet henviste i forbindelse med godkendelsen af selskabets priser til, at det efter tilsynets praksis var fastslået, at markedsprisen for porteføljemanagement og balancehåndtering ikke kunne udgøre mere end 3,00 DKK/MWh for Østdanmark i 2004, hvorfor aftalen på dette punkt ikke kunne anses at afspejle markedsvilkår. Energitilsynet opgjorde på dette grundlag, at Nesa Forsyning havde afholdt ikke-nødvendige omkostninger med 11,831 mio. kr.

Nesa Forsynings realiserede overskud for 2004 androg i alt 11,213 mio. kr. På baggrund af en benchmarking foretaget som ovenfor angivet vurderede Energitilsynet, at Nesa Forsyning ikke var berettiget til et overskud på mere end 1,7 % forrentning af selskabets egenkapital primo 2004, svarende til i alt

0,817 mio. kr. Energitilsynet fandt således, at Nesa Forsyning havde beregnet sig 10,369 mio. kr. for meget i avance.

Den påklagede afgørelse

Energitilsynet traf i overensstemmelse med de ovenfor refererede synspunkter den 30. november 2006 over for Nesa Forsyning sålydende

"Afgørelse

Energitilsynet godkender hermed Nesa Forsyning A/S prisfastsættelse for 2004 på det vilkår, at virksomheden tilbagefører den nedenfor opgjorte negative efterregulering til forbrugerne, jf. elforsyningslovens (Efl) § 72, stk. 2.

Der er herved lagt vægt på,

at virksomhedens overskud før skat for 2004 på 11,213 mio. DKK vurderes at være urimeligt højt i forhold til virksomhedens omsætning/afsætning og omkostningseffektivitet, jf. Efl § 72, stk. 1, **at** virksomhedens omkostninger vedrørende elindkøb fra Nesa El A/S vurderes ikke at afspejle markedsvilkår og derfor ikke fuldt ud kan indregnes i priserne som en nødvendig omkostning, jf. Efl §§ 46, stk. 4, og 69, stk. 1.

[...]

Samlet vurdering vedrørende 2004

Den samlede efterregulering for 2004 kan således opgøres til 22,227 mio. kr. (10,396 + 11,831), jf. Efl § § 69, stk. 1, 72, stk. 2, og 77, stk. 4.

[...]"

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 5 af 38

Som det fremgår, fremkommer de i afgørelsen opgjorte beløb som ikke-nødvendige omkostninger på 11,831 mio. kr. tillagt den ikke godkendte avance på 10,396 mio. kr., dvs. i alt 22,227 mio. kr.

Klagen til Energiklagenævnet

Advokat Christine Jansby har på vegne Nesa Forsyning indbragt Energitilsynets afgørelse for Energiklagenævnet under nedlæggelse af følgende endelige

"PÅSTANDE

Principal: Nesa Forsyning tillades et samlet overskud på 4,72 mio. kr. og Nesa Forsyning frifindes for det af Energitilsynet pålagte tilbageføringskrav på 11,831 mio. kr. for ikke nødvendige omkostninger.

Subsidiært: Nesa Forsyning tillades et højere overskud end det af Energitilsynet fastsatte overskud på 817.000 og/eller Nesa Forsyning frifindes for det af Energitilsynet pålagte tilbageføringskrav på 11, 831 mio. kr. for ikke nødvendige omkostninger.

Mere subsidiært: Energitilsynets afgørelse af 30. november 2006 ophæves og hjemvises til fornyet behandling.

Klager har til støtte for sine påstande gjort følgende hovedsynspunkter gældende:

"Principalt anbringende: Regulering kan kun ske i overensstemmelse med Vejledningen [...]"

Nesa Forsyning gør gældende, at der ikke er grundlag for en selvstændig regulering for omkostninger, der vurderes at være ikke-nødvendige. Vejledningen udmønter elforsyningslovens regler om regulering af forsyningspligtselskabernes priser. Heraf følger, at regulering skal baseres på en vurdering af selskabernes [slutkunde-]priser sammenholdt med en referencepris, og at eventuelle tilbageføringskrav kun kan baseres på en regulering af selskabets overskud i overensstemmelse med elforsyningslovens § 72.

Energitilsynets pålæg om et selvstændigt tilbageføringskrav for ikke-nødvendige omkostninger er en fravigelse af Vejledningen. Der er ikke hjemmel til at foretage en anderledes vurdering af selskabets priser og omkostninger end den, der følger af Vejledningen. Tilbageføringskrav kan derfor kun pålægges i det omfang, det følger af referenceprismodellen.

Subsidiært anbringende: Indkøb er sket på markedsbestemte vilkår [...]"

Nesa Forsyning gør subsidiært gældende, at Nesa Forsynings aftaler med Nesa El er indgået på markedsbestemte vilkår. Det afgørende efter § 46, stk. 4, er, om aftalens vilkår svarer til sådanne vilkår, som gælder mellem uafhængige parter. En regulering i medfør af bestemmelsen forudsætter, at selskabets priser afviger væsentligt fra det markedsinterval, der var gældende på aftaleindgåelsestidspunktet.

Bevisbyrden for, at en indkøbsaftale mellem koncernforbundne selskaber ikke er indgået på markedsbestemte vilkår, påhviler Energitilsynet. Energitilsynet har imidlertid ikke løftet denne bevisbyrde [...].

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 6 af 38

Tværtimod er det godtgjort, at aftalen mellem Nesa Forsyning og Nesa El er indgået på markedsbestemte vilkår, allerede fordi salg på samme vilkår er sket til en uafhængig tredjepart, Helsingør El-forsyning.

Nesa Forsyning gør desuden gældende, at en vurdering af, hvorvidt Nesa Forsyning har indkøbt på markedsbestemte vilkår, forudsætter en sammenligning med tilsvarende produkter indkøbt på tilsvarende vilkår og på samme tidspunkt [...]. Energitilsynet har ikke foretaget en korrekt sammenligning på dette grundlag.

Specielt i relation til tilsynets vurdering af delydelserne porteføljemanagement og balancehåndtering gøres det gældende, at Energitilsynets vurdering af markedsprisen i 2004 er baseret på et ufuldstændigt og fejlagtigt grundlag. Tilsynet har således ikke løftet bevisbyrden for, at markedsprisen udgør 3,00 DKK/MWh [...], herunder at der er tale om sammenlignelige delydelser indkøbt på samme tidspunkt. Energitilsynet har heller ikke godtgjort, at det for Østdanmark er korrekt at foretage et fradrag med 2,00 DKK/MWh i forhold til Vestdanmark.

Mere subsidiært anbringende: Reguleringsmetode [...]

Nesa Forsyning gør mere subsidiært gældende, at der ikke er hjemmel i elforsyningsloven til at pålægge Nesa Forsyning et selvstændigt tilbageføringskrav på et beløb svarende til afholdte ikke-nødvendige omkostninger, da regulering skal ske over overskuddet.

Det gøres herunder gældende, at opkrævede beløb, som ikke dækker godkendte nødvendige omkostninger i henhold til § 69, må betragtes som avance, og kun hvis denne avance i henhold til § 72 vurderes at være urimelig høj, vil der være grundlag for et tilbageføringskrav.

Overskudsreguleringen – effektivitetsvurderingen

Energitilsynets referenceprismodel er ikke udtryk for en effektivitetsvurdering [...]

Nesa Forsyning gør gældende, at Energitilsynets referenceprismodel ikke er udtryk for en effektivitetsvurdering af det enkelte forsyningspligtselskab, men derimod alene en sammenligning af selskabernes gennemsnitlige omkostningsniveau.

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 7 af 38

Energitilsynets referenceprismodel skal udmønte prisreglen i lovens § 72, stk. 1, hvorefter selskaberne i deres priser kan "indregne et overskud, som er rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektivitet ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger". Bestemmelsens forarbejder forudsætter, at overskuddet 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". Dette indebærer, at effektivitetsvurderingen skal anlægges med udgangspunkt i forhold, som selskabet har mulighed for at påvirke ved at ændre adfærd. Endvidere fremgår det af forarbejderne, at der ikke kan fastlægges bindende rammer for selskabernes indtægter, "fordi indkøbsprisen på el afhænger af markedsforholdene".

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Nesa Forsyning gør gældende, at Energitilsynets referenceprismodel ikke inddrager ovennævnte hensyn, da modellen ikke indebærer en vurdering af, hvilke omkostninger det er muligt for selskaberne at effektivisere, og da den ikke tager højde for det enkelte selskabs individuelle forhold og omkostninger, herunder omkostningerne til elindkøb.

Side 8 af 38

Som følge af ovennævnte omstændigheder nødvendiggør referenceprismodellen i særlig høj grad en hensyntagen og korrektion for selskabernes konkrete forhold. Ligeledes som følge af ovennævnte forhold tager Nesa Forsyning forbehold for at anfægte referenceprismodellen som værende i strid med elforsyningsloven.

Effektivitetsvurderingen skal tage hensyn til Nesa Forsynings konkrete forhold [...]

Nesa Forsyning gør gældende, at Energitilsynets vurdering af Nesa Forsynings effektivitet er foretaget på et forkert grundlag i strid med elforsyningsloven og Vejledningen, idet Energitilsynet har forsømt at tage de konkrete hensyn til Nesa Forsynings forhold, herunder forhøjede omkostninger grundet en uheldig indkøbsstrategi, som både loven og Vejledningen forudsætter [...].

Der skal således efter omstændighederne beregnes en konkret referencepris for den enkelte virksomhed, der kan tage hensyn til virksomhedens konkrete forhold.

Konkret skal der foretages en korrektion for Nesa Forsynings forhøjede elindkøbsomkostninger [...], da selskabets forhøjede om-

kostninger ikke beror på ineffektivitet, men derimod på prisstigningen i markedet 2003-2004. Markedets prisudvikling er ikke en omstændighed, som selskabet kan påvirke ved en ændret adfærd og dermed ikke et effektivitetsparameter. Hertil kommer, at Nesa Forsynings indkøbsstrategi har været forsvarlig og i overensstemmelse med elforsyningsloven.

Resultatet af en sådan korrektion for forhøjede elindkøbsomkostninger fremgår af følgende skema:

Tilsynets referencepris	Nesa Forsynings ideelle salgspris	Nesa forsynings ideelle salgspris korrigeret for forhøjede omkostninger til elindkøb
272,03	290,44	263,10

10. marts 2008
J.nr.: 11-452
Eksp.nr.: 34199
SNK-EKN

(Alle beløb er i DKK/MWh)

Side 9 af 38

Nesa Forsyning skal derfor anses for at være mere effektiv end et gennemsnitligt effektivt selskab i Østdanmark med deraf følgende ret til overskud.

Effektivitetsvurderingen skal ske efter fradrag af ikke-nødvendige omkostninger [...]

Såfremt Energiklagenævnet er af den opfattelse, at der skal ske regulering for ikke-nødvendige omkostninger, gør Nesa Forsyning gældende, at effektivitetsvurderingen skal foretages efter fradrag af sådanne omkostninger.

Hvis Energiklagenævnet finder, at reguleringen skal ske ved, at selskabets realiserede omkostninger regulatorisk nedskrives, og at avancen opskrives [...], skal det således reducerede (godkendte) omkostningsniveau lægges til grund ved effektivitetsvurderingen [...].

Resultatet af en sådan korrektion fremgår af følgende skema:

Tilsynets referencepris	Nesa Forsynings ideelle salgspris	Nesa Forsynings ideelle salgspris korrigeret for forhøjede omkostninger til el	Nesa Forsynings salgspris korrigeret for ikke-nødvendige omkostninger
272,03	290,44	263,10	257,48

Overskudreguleringen – fastsættelsen af overskuddet

Energitilsynet har i afgørelsen af 30. november 2006 om efterregulering af Nesa Forsyning for 2004 anset selskabets realiserede overskud på 11,231 mio. kr. for at være urimeligt højt. På baggrund af Energitilsynets referenceprismodel er selskabet alene fundet berettiget til et overskud på 817.000 kr. Selskabets overskud er således efterreguleret med i alt 10,396 mio. kr.

Principal anbringende: Krav på overskud i henhold til Vejledningen [...]

Det gøres principalt gældende, at Nesa Forsyning har ret til både en forrentning af egenkapitalen efter elforsyningslovens § 69, stk. 1, og et rimeligt samlet overskud efter elforsyningslovens § 72, stk. 1. Dette rimelige samlede overskud svarer til i alt 4,72 mio. kr. i overensstemmelse med Energitilsynets referenceprismodel efter korrektion for Nesa Forsynings konkrete forhold.

Såfremt Energiklagenævnet finder, at Nesa Forsyning har afholdt ikke-nødvendige omkostninger og regulerer herfor efter den beskrevne metode, [...], gøres det gældende, at Nesa Forsyning er berettiget til et samlet overskud på i alt 5,33 mio. kr. i overensstemmelse med Energitilsynets referenceprismodel.

Energitilsynets efterregulering af Nesa Forsynings overskud med i alt 10,369 mio. kr. er således ukorrekt.

Subsidiært anbringende: Det tilladte overskud er fastsat i strid med loven [...]

Det gøres subsidiært gældende, at et overskud på 1,7 % af egenkapitalen primo 2004, svarende til 817.000 kr. er i strid med elforsyningslovens § 69, stk. 1, hvorefter selskabet i hvert fald er berettiget til en forrentning af egenkapitalen svarende forrentningen heraf i sammenlignelige brancher.

Energitilsynet har i sin generelle afgørelse af 31. oktober 2005 fastlagt en forrentning på 8 % "ud fra hvad sammenlignelige brancher havde i overskud under hensyntagen til en sammenlignelig risiko". Nesa Forsyning gør derfor gældende, at selskabet som minimum er berettiget til en forrentning på 8 %.

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 10 af 38

Det gøres endvidere gældende, at det tilladte overskud er fastsat urimeligt lavt og i strid med almindelige proportionalitetsbetragtninger, hvorfor afgørelsen er i strid med elforsyningslovens § 72, stk. 1.

Energitilsynets reduktion af Nesa Forsynings overskud svarer til 78,8 % i forhold til, hvis selskabets ideelle pris var identisk med referenceprisen. Før korrektioner af Nesa Forsynings ideelle salgspris ligger selskabet alene 6,8 % over Energitilsynets referencepris. En reduktion svarende til 78,8 % findes uden sagligt grundlag henset til den lille forskel mellem referenceprisen og selskabets ideelle salgspris før korrektioner.

Mere subsidiært anbringende: Det tilladte overskud er fastsat i strid med loven [...]

Nesa Forsyning gør mere subsidiært gældende, at selskabets overskud som minimum skal fastlægges i overensstemmelse med forrentningsniveauet for en sikker, passiv placering af selskabets egenkapital. En sådan minimumsforrentning udgør 4,3 %, hvilket svarer til den gennemsnitlige forrentning, selskabet ville kunne have oppebåret ved en alternativ placering af kapitalen i 10-årige statsobligationer i 2004.”

Nesa Forsyning bestrider desuden, at Efl § 84, stk. 1, kan anvendes på den af Energitilsynet påberåbte måde.

Energitilsynets bemærkninger

Energitilsynet har over for Energiklagenævnet fastholdt sin opfattelse af sagen, som den fremgår af den af tilsynet truffe afgørelse.

Vedrørende spørgsmålet, om der er hjemmel til en selvstændig regulering for omkostninger, der vurderes at være ikke-nødvendige, eller om Energitilsynets ”Vejledning for forsyningspligtige selskaber” af 28. april 2003 i overensstemmelse med elforsyningsloven gør op med den regulering, der kan foretages af forsyningspligtselskabernes priser, således at regulering skal baseres på en vurdering af slutkundepriser og skal ske udelukkende i form af en regulering af selskabets overskud, har Energitilsynet til støtte for den truffe afgørelse udtalt:

”Efl § 72, stk. 1 og 2, sammenholdt med § 46, stk. 4, § 69, stk. 1, samt § 77, stk. 1 og 4, giver Energitilsynet omfattende skøns-

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 11 af 38

mæssige pligter og beføjelser ved udøvelsen af prisgodkendelsen, idet tilsynet skal skride ind, hvis:

- der foreligger aftaler, der ikke er indgået på markedsbestemte vilkår (§ 46, stk. 4).
- tilsynet "finder" at priserne "må anses at være" i strid med de ovennævnte bestemmelser (§ 77, stk. 1) – fx hvis en forsyningspligtig virksomhed i prisen har indkalkuleret et overskud, som ikke er "rimeligt" i forhold til virksomhedens effektivitet, eller har indkalkuleret unødvendige omkostninger (§ 72, stk. 1, jf. § 72, stk. 1 og § 69, stk. 1)
- der foreligger en disposition, der "ikke kan anses for rimelig for forbrugerne" (§ 77, stk. 4)), hvilket efter lovbemærkningerne klart omfatter virksomhedernes indkøb af energi og andre ydelser.

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Energitilsynets vejledning af 28. april 2003 vedrørende prisregulering af forsyningspligtige elvirksomheder angiver Energitilsynets *udgangspunkt* for den måde, hvorpå virksomhederne prisreguleres for 2004. Det fremgår klart af vejledningen, at denne alene etablerer et udgangspunkt for tilsynets efterfølgende konkrete afgørelser. Vejledningens udgangspunkt kan således ikke indskrænke tilsynets skønsmæssige pligter og beføjelser efter Efl §§ 46, 69 og 77."

Side 12 af 38

"I Efl § 46, stk. 4, fremgår, at *"aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår"*. Det fremgår endvidere af bestemmelsens bemærkninger, at den har *"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 (stk. 4 i den vedtagne lov) skal navnlig hindre, at de kollektive elforsyningsvirksomheder ved at købe for dyrt eller sælge for billigt overfører midler imellem interesseforbundne virksomheder, hvilket vil stride mod lovens intentioner.*

Elforsyningslovens udgangspunkt er, at kollektive elforsyningsvirksomheder kan indregne alle såkaldte "nødvendige omkostninger" i virksomhedernes salgspriser, jf. Efl §§ 69 og 71.

Af bemærkningerne til § 69 fremgår det, at reguleringen gælder prisfastsættelsen i alle led. Begrebet "nødvendige omkostninger" præciseres i Efl § 71, hvor det fremgår, at "nødvendige omkostninger" omfatter omkostninger, som virksomheden afholder ud

fra driftsøkonomiske overvejelser med henblik på at opretholde en effektiv drift.

Det er derfor Energitilsynets klare opfattelse, at Efl § 46, stk. 4, hvorefter aftaler skal indgå på markedsbestemte vilkår, skal forstås sådan, at virksomhederne kun kan indregne betalinger for aftaleydelser i salgspriserne i det omfang betalingerne afspejler markedsbestemte vilkår.

Dette understreges i lovbemærkningerne til § 77, stk. 4, hvor det fremgår, at *"Endvidere kan Energitilsynet efter stk. 3 (stk. 4 i den vedtagne lov) beslutte, at en kollektiv elforsyningsvirksomhed skal nedsætte forbrugerpriserne, hvis virksomheden har foretaget en disposition, der ikke kan anses for rimelig for forbrugerne. Der sigtes til eksempelvis ulovlige dispositioner til fordel for sideordnede virksomheder og efter omstændighederne f.eks. også urimelige dispositioner ved forsyningspligtige virksomheders indkøb af elektricitet. Energitilsynet kan herunder bestemme, at virksomheden i nærmere angivet omfang skal anvende et overskud hertil."*

Energitilsynet skal således bestride, at der ikke er grundlag for en selvstændig regulering for omkostninger, tilsynet vurderer at være ikke-nødvendige."

Vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt Nesa Forsyning ved sit elindkøb for 2004 fra Nesa El A/S har tilsidesat forpligtelsen ifølge dagældende Efl § 46, stk. 4, (nu § 46, stk. 1), ifølge hvilken aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår, har Energitilsynet til støtte for den trufne afgørelse udtalt følgende:

"Nesa Forsyning A/S betalte i alt 8,62 DKK/MWh til Nesa El A/S for porteføljemanagement og balancehåndtering. Beløbet fremkommer som et vægtet gennemsnit af oplyste tillæg og mængder [...].

Efter Energitilsynets praksis i en række sager om forsyningspligtsskabers elindkøb kan markedsprisen for porteføljemanagement og balancehåndtering ikke udgøre mere end 3,00 DKK/MWh for Østdanmark i 2003.

Energitilsynet kan konstatere, at markedsprisen for porteføljemanagement og balancehåndtering for 2004 ikke har ændret sig

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 13 af 38

nævneværdigt i forhold til 2003 selvom, at indkøbsprisen for balancekraft hos Elkraft og Eltra var faldende. Energitilsynet har derfor valgt, at fastholde markedspriseniveauet for porteføljemanagement og balancehåndtering på 3,00 DKK/MWH for Østdanmark i 2004.

[...]

På denne baggrund vurderes, at Nesa Forsyning A/S omkostninger til porteføljemanagement- og balancehåndteringsydelser leveret af Nesa El A/S på i alt 8,62 DKK/MWh ikke afspejler markedsvilkår, jf. EfL § 46, stk. 4. [...]"

"I forbindelse med tilsynets vurdering af, om størrelsen af det indeholdte honorar for porteføljemanagement og balancehåndtering i de aftaler, Nesa Forsyning A/S har indgået med Nesa El A/S, svarer til markedsbestemte vilkår, skal det understreges, at tilsynet alene har taget udgangspunkt i en sammenligning af børsuafhængige faktorer mellem samtlige anmeldte aftaler. Det opgjorte honorar for porteføljeforvaltning og balancehåndtering består således af summen af betalingerne for følgende delelementer i aftalerne:

- Balancetillæg
- Transaktionsomkostninger
- Likviditetsrenter, samt
- Omkostningstillæg

Disse delelementer er helt uafhængige af prisudviklingen på Nord Pool og kan dermed sammenlignes dels mellem forskellige virksomheders aftaler, dels over tid.

Energitilsynet medgiver, at udviklingen i balanceomkostninger kunne antages at have en effekt på honoraret for balancehåndtering. En tilsvarende antagelse kunne fremføres for så vidt angår betalingen for likviditetsrenter og indeholdt betaling for sikkerhedsstillelse.

Imidlertid kan Energitilsynet konstatere, at hverken generelt faldende priser på indkøb af balancekraft eller et generelt faldende renteniveau i perioden 2002-2004 har givet sig udslag i faldende honorarer i anmeldte aftaler om porteføljeforvaltning og balancehåndtering. Derfor har Energitilsynet ikke fundet grundlag for at nedjustere referencebeløbet for betalinger til porteføljemanagement

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 14 af 38

ment og balancehåndtering på 3,00 DKK/MWh for Østdanmark, hhv. 5,00 DKK/MWh for Vestdanmark for perioden 2002-2004.”

Vedrørende spørgsmål, om bevisbyrden for, at en aftale ikke er indgået på markedsvilkår, påhviler Energitilsynet, har Energitilsynet til støtte for den trufne aftale udtalt:

”I forbindelse med skønsudøvelsen [...] giver Efl § 84, stk. 1, Energitilsynet adgang til at pålægge parterne en oplysningspligt ud over det efter § 76 anmeldte. Oplysningspligten omfatter alle oplysninger, som Energitilsynet skønner nødvendige for myndighedsudøvelsen.”

”Energitilsynet har konkret undersøgt, hvorvidt Nesa Forsyning A/S's aftaler med Nesa El A/S vedr. tilvejebringelsen af forsyningspligtproduktet er indgået i overensstemmelse med markedsbestemte vilkår, jf. Efl § 46, stk. 4. Tilsynets undersøgelser heraf er baseret på den helt grundlæggende markedsøkonomiske forudsætning, at professionelle erhvervsvirksomheder – som de forsyningspligtige virksomheder – må basere deres valg af aftalepart på en grundig afsøgning af markedet for at sikre effektivitet i alle led af prisfastsættelsen [...].

Denne forudsætning er helt i overensstemmelse med Efl, hvor det i bemærkningerne til § 72, stk. 1, fremgår, at *”Det forudsættes således, at virksomheden agerer effektivt ved køb af elektricitet, og at den herunder afsøger mulighederne for lang- og kortsigtede aftaler...”*.

I tilfælde, hvor en sådan markedsafsøgning ikke har fundet sted, må der, jf. Efl § 84, stk. 1, frembringes særlig grundig dokumentation for, at den pågældende aftale alligevel afspejler markedsbestemte vilkår. Det understreges, at forsyningspligtvirksomhederne er nærmest til at fremkomme med en sådan dokumentation, eller bære risikoen for dens fravær [...].

Det bemærkes, at Nesa Forsyning A/S ikke gennemførte en afsøgning af markedet forud for aftaleindgåelserne vedr. indkøb af porteføljemanagement og balancehåndtering [...]. Energitilsynet kan dermed ikke umiddelbart lægge til grund, at disse aftaler er indgået på markedsbestemte vilkår, jf. Efl § 46, stk. 4. Det bemærkes endvidere, at klager ikke har frembragt nogen dokumentation for, at disse aftaler alligevel skulle være indgået på markedsbestemte vilkår [...].”

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 15 af 38

Vedrørende spørgsmål, om effektivitetsvurderingen skal foretages efter fradrag af ikke-nødvendige omkostninger, har Energitilsynet til støtte for den trufne afgørelse udtalt:

"På et marked med velfungerende konkurrence måles og vejes virksomhederne automatisk i forhold til hinanden via forbrugernes valg, og de mest effektive virksomheder opnår de bedste økonomiske resultater samtidigt med, at samfundets ressourcer udnyttes bedst muligt. Det indebærer også, at nogle virksomheder vælger at forlade markedet, hvis de ikke er tilstrækkeligt effektive.

Imidlertid er forbrugerne af forsyningspligtig el meget lidt markedsaktive, idet forsyningspligtforbrugerne netop ikke benytter deres ret til frit valg af el-leverandør, jf. Efl §§ 5 og 6. Forsyningspligtvirksomhederne er dermed reelt ikke i konkurrence med hinanden gennem forbrugernes aktive valg af den ene leverandør frem for den anden.

Det er derfor et grundlæggende princip for Energitilsynets økonomiske regulering af forsyningspligtvirksomhederne, at den i videst muligt omfang skal reflektere forholdene for virksomhederne, der agerer på et marked med virksom konkurrence, jf. også lovbemærkninger til Efl §72 [...].

Det vil sige, at reguleringen skal træde i stedet for et marked og give virksomhederne incitament til effektivt at udbyde forsyningspligtproduktet til en rimelig pris. Produktet består i at levere el til forsyningspligt kunderne på ensartede vilkår, jf. Efl § 6, stk. 3, og tilvejebringelsen af dette produkt består i at indkøb el til videresalg hos forsyningspligt kunderne.

Der er således tale om et homogent produkt, hvor prisen og omkostningerne ved tilvejebringelsen ville være helt centrale konkurrenceparametre, hvis forsyningspligtvirksomhederne reelt var i konkurrence med hinanden.

På denne baggrund har Energitilsynet benchmarket forsyningspligtvirksomhederne efter deres faktiske omkostninger, og har derved vurderet virksomhedernes indbyrdes effektivitet. [...]"

"Efter Efl § 72, stk. 2, skal Energitilsynet godkende virksomhedens prisfastsættelse. Godkendelsen hviler på en vurdering af,

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 16 af 38

hvad der er et rimeligt overskud og hvilke omkostninger, der er nødvendige ved effektiv drift. Udgangspunktet for denne vurdering er virksomhedens faktiske resultater og markedsmæssige adfærd og er baseret på to parametre i) virksomhedens realiserede overskud, jf. Efl § 72, stk. 1, og ii) virksomhedens realiserede omkostninger, jf. Efl §§ 46, stk. 4, 69, stk. 1, og forholdene for en effektivt drevet virksomhed på et velfungerende marked og reguleres i overensstemmelse hermed.

Når Energitilsynet har identificeret urimelige overskud og ikke-nødvendige omkostninger, opgøres virksomhedens godkendte overskud og omkostninger:

Realiseret overskud	Realiserede omkostninger
- <u>Urimeligt overskud</u>	- <u>Ikke-nødvendige omkostninger</u>
= Godkendt overskud	= Godkendte omkostninger

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 17 af 38

Tilsammen udgør dette det samlede efterreguleringsbeløb:

Ikke-nødvendige omkostninger
+ Urimeligt overskud
= Efterregulering

Der er således tale om en vurdering af to selvstændige forhold, der tilsammen udgør efterreguleringen. Dette ses også ved, at summen af godkendt overskud og godkendte omkostninger i realiteten udgør virksomhedens godkendte omsætning, medens summen af virksomhedens realiserede overskud og realiserede omkostninger udgør virksomhedens realiserede omsætning. Efterreguleringen udtrykker netop forskellen mellem virksomhedens godkendte omsætning og virksomhedens realiserede omsætning:

Realiseret omsætning
- Godkendt omsætning
= Efterregulering

På denne baggrund kan Energitilsynet ikke tage virksomhedens bemærkninger om "dobbelt" regulering til følge."

Vedrørende spørgsmålet, om elforsyningsselskabet har krav på såvel forrentning af egenkapital som et rimeligt overskud, har Energitilsynet til støtte for den trufne afgørelse udtalt:

"Det skal i den forbindelse bemærkes, at der ved "rimeligt overskud" efter Efl § 72, stk. 2, og "forrentning af kapital" efter Efl §

69, stk. 1, er tale om to sider af samme sag. Ud fra et virksomhedsregnskab beregnes virksomhedens forrentning af kapital ved at stille virksomhedens overskud overfor kapitalen i virksomheden. Forrentningen af kapital udtrykker netop en virksomheds evne til at aflønne den i virksomheden investerede kapital i form af optjeningen af overskud. Der kan således ikke skelnes mellem et overskud og forrentning af kapital som to uafhængige begreber.

Energitilsynets opgørelse af et rimeligt overskud på baggrund af en vurdering af en rimelig forrentning af egenkapital er således helt i overensstemmelse med Efl § 72, stk. 2, og § 69, stk. 1. Ligeledes gælder det, at Efl ikke giver hjemmel for forsyningspligt-virksomhederne til at oppebære en selvstændig forrentning af kapital udover et rimeligt overskud efter Efl § 72, stk. 1.”

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Vedrørende spørgsmålet, om det for Nesa Forsyning konkret tilladte overskud er fastsat urimeligt lavt og dermed i strid med elforsyningsloven samt almindelige proportionalitetsbetragtninger, har Energitilsynet til støtte for den trufne afgørelse udtalt:

Side 18 af 38

”Energitilsynet har [...] fastsat en rimelig forrentning af egenkapitalen for en gennemsnitligt effektiv forsyningspligtvirksomhed til 8,00 % i 2004 ud fra en analyse af egenkapitalforrentningen i sammenlignelige brancher.

Ud fra princippet om, at de mest effektive virksomheder opnår de bedste økonomiske resultater og med udgangspunkt i vurderingen af et rimeligt overskud for en gennemsnitligt effektiv virksomhed har Energitilsynet herefter opgjort, hvilket overskud, der er rimeligt for hver enkelt virksomhed, jf. Efl § 72, stk. 1.

[...]

Det rimelige overskud, tilsynet har vurderet for Nesa Forsyning A/S i den påklagede afgørelse, afspejler dermed Nesa Forsyning A/Ss effektivitet helt i overensstemmelse med § 72, stk. 1.”

Retsgrundlaget

Den dagældende elforsyningslov (Lov nr. 375 af 2. juni 1999 om elforsyning med senere ændringer) § 46, stk. 4, § 69, stk. 1, 1. pkt., § 72, § 76, stk. 1, nr. 1 og 3, samt stk. 3, § 77 og § 84, stk. 1, var, jf. lovbekendtgørelse nr. 151 af 10. marts 2003 med senere ændringer, sålydende:

"[...]

§ 5. [...]

I denne lov forstås ved følgende:

[...]

Kollektiv elforsyningsvirksomhed; Offentlig eller privat ejet virksomhed med bevilling, som på offentligt regulerede vilkår har til formål at udføre aktiviteter som net-, transmissions-, forsyningspligtig eller systemansvarlig virksomhed.

[...]

§ 46. [...]

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

[...]

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 19 af 38

§ 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,

[...]

3) dokumentation for udskillelse af kommercielle aktiviteter,

[...]

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

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

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

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

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

[...]

§ 84. Økonomi- og erhvervsministeriet, Energitilsynet og Energitilklagenævnet kan i forbindelse med behandling af en klage eller i forbindelse med udøvelsen af tilsyn hos bevillingspligtige virksomheder, andre elproduktionsvirksomheder og elhandelsvirksomheder samt disses koncernforbundne virksomheder og berørte forbrugere indhente oplysninger, som er nødvendige til varetagelsen af deres opgaver.

[...]"

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 20 af 38

Fra forarbejderne til det lovforslag om elforsyning, der blev fremsat den 29. april 1999 (L 234) og var grundlaget for den vedtagne lov, citeres følgende fra lovforslagets bemærkninger til § 46, stk. 3, (som svarer til § 46, stk. 4, i den vedtagne lov), til § 69, stk. 1, § 72, stk. 1, § 76, stk. 1, og § 77, stk. 1 og stk. 3, som er stk. 4 i den vedtagne lov:

"[...]

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 § 69

De kollektive elforsyningsvirksomheders priser reguleres i §§ 69 – 77. Det fælles udgangspunkt for reguleringen af priserne fremgår at stk. 1, hvorefter priserne for ydelserne fastsættes under hensyntagen til virksomhedernes omkostninger til indkøb af energi, lønninger, tjenesteydelser, administration, vedligeholdelse, andre driftsomkostninger og afskrivninger samt forrentning af kapital. Ved kapital forstås kapitalfremskaffelse i bred forstand, herunder til investering og konsolidering samt udbytte til indskydere.

Reguleringen vil gælde prisfastsættelsen i alle de led, som reguleres, d.v.s. både priser til forbrugerne og prisfastsættelsen for ydelser mellem forskellige kollektive elforsyningsvirksomheder indbyrdes. [...]”

Til § 72

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

”Almindelige bemærkninger.

[...]

i) Priser og betingelser for elektricitet:

Prisreguleringen af forsyningspligtige virksomheder har som overordnet formål at sikre alle forbrugere elleverancer til rimelige pri-

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 21 af 38

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

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 22 af 38

"Til § 76

Det fremgår af bestemmelsen, at de i stk. 1, nr. 1 – 6 nævnte forhold skal anmeldes til Energitilsynet. Anmeldelserne er som udgangspunkt offentlige, jf. § 82, og tjener til at sikre gennemsigtighed og at give tilsynet mulighed for at kontrollere priser og betingelser. Priser, tariffer og betingelser omfatter såvel priser efter faste takster som forhandlede priser f.eks. for transit. Både priser til forbrugere og aftalte priser i andre led, som reguleres ved bevilningerne skal anmeldes, eksempelvis priser for balanceringsydelser etc. Leveringsbetingelser omfatter eksempelvis tilslutningsbetingelser for forbrugere og producenter, vilkår for netadgang etc. Med grundlaget for fastsættelsen sigtes til budgetter, regnskaber m.v., eventuelt i standardiseret form, samt efter omstændighederne leveringsaftaler af væsentligt omfang, f.eks. i forsyningspligtvirksomheder. Energitilsynet kan træffe nærmere bestemmelse om omfang og form for det grundlag, som skal anmeldes.
[...]"

"Til § 77

Det fremgår af stk. 1, at Energitilsynet kan give pålæg om ændring af priser og betingelser jf. herom bemærkningerne til § 76, stk. 1, hvis tilsynet finder, at disse må anses for at være i strid med bestemmelserne i denne lov, jf. i øvrigt bestemmelserne i §§ 69-73 og § 75, stk. 2 og 3.

[...]

Endvidere kan Energitilsynet efter stk. 3 [dvs. stk. 4 i den vedtagne lov] beslutte, at en kollektiv elforsyningsvirksomhed skal ned-

sætte forbrugerpriserne, hvis virksomheden har foretaget en disposition, der ikke kan anses for rimelig for forbrugerne. Der sigtes til eksempelvis ulovlige dispositioner til fordel for sideordnede virksomheder og efter omstændighederne f.eks. også urimelige dispositioner ved forsyningspligtige virksomheders indkøb af elektricitet. Energitilsynet kan herunder bestemme, at virksomheden i nærmere angivet omfang skal anvende et overskud hertil.”

Energitilsynets vejledning af 28. april 2003

Fra Energitilsynets ”Vejledning for forsyningspligtige elselskaber” citeres følgende:

”1. Formål med vejledningen

Formålet med vejledningen er for det første at sikre, at prisfastsættelsen sker efter rimelige, objektive og ikke diskriminerende kriterier i forhold til hvilke omkostninger de enkelte køberkategorier/kundegrupper giver anledning til, jf. § 73 i Elforsyningsloven, dvs. hindre krydssubsidiering mellem privatkunder og større kunder.

For det andet 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.

For det tredje at informere om Energitilsynets udgangspunkt og vurderingsgrundlag specifikt i forbindelse med Tilsynets godkendelse af de forsyningspligtige elvirksomheders prisfastsættelse, jf. § 72, stk. 2, i Elforsyningsloven, herunder om grundlaget for Tilsynets pris- og avanceregulering.

[...]

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

Aftaler som forsyningspligtige elvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder med koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår, jf. Elforsyningslovens § 46 og kapitel 10.

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 så-

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 23 af 38

ledes 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 over for Tilsynet.

Aftaleforhold af væsentlig omfang er anmeldelsespligtige, jf. Elforsyningslovens § 76 og BEK nr. 90 af 7. feb. 2000.

5. Pris og avanceregulering – salg af elektricitet

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. Faktorerne størrelse/volumen og effektivitet er derfor af central betydning for Energitilsynets vurdering af selskabets avanceregulering og dermed for, hvilket overskud selskabet kan indkalkulere.

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 Elforsyningslovens § 72, stk. 2.

Ifølge bemærkningerne til lovens § 72, stk. 1, vil de forsyningspligtige virksomheder med de gældende regler blive pålagt en prisregulering, som tager højde for, at virksomhederne skal kunne agere kommercielt. Overskuddet, som nævnes i lovens § 72, stk. 1, fastsættes ud fra en konkret vurdering af den enkelte virksomheds effektivitet og omsætningens størrelse 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.

Det fremgår af lovforslagets almindelige bemærkninger, pkt. 2 afsnit i), at reguleringen af de forsyningspligtige virksomheders priser som overordnet formål har at sikre alle forbrugere eller leverancer til rimelige priser. Den pris, som den forsyningspligtige virksom-

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 24 af 38

somhed 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 forrentningen, således at den realiserede fortjeneste vil afhænge af den forsyningspligtige virksomheds effektivitet og omsætningens størrelse sammenholdt med de muligheder, som der er for at agere effektivt på markedet.

I de nedenstående afsnit præciseres Energitilsynets forståelse af ovennævnte bestemmelser og det vurderingsgrundlag, som Tilsynet i udgangspunktet og under en konkret stillingtagen lægger til grund ved godkendelsen af virksomhedernes prisfastsættelse ved anmeldelsesårets start og grundlaget for avancereguleringen ved anmeldelsesårets slutning. Det skal understreges, at der er tale om et udgangspunkt og at Tilsynet ikke er bundet heraf.

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

5.1. Vurderingsgrundlag ved avancereguleringen

Side 25 af 38

Der indgår to hovedelementer i Energitilsynets prisregulering af de forsyningspligtige virksomheder.

For det første indebærer reguleringen ved anmeldelsesårets begyndelse (ex-ante), at Tilsynet vurderer hvorvidt, der kan ske en foreløbig godkendelse af virksomhedernes prisanmeldelse, jf. Vejledningens afsnit 5.2.

[...]

For det andet vil Energitilsynet (ex-post) når anmeldelsesåret er afsluttet for hhv. Vest –g Østdanmark som udgangspunkt fastlægge virksomhedernes individuelle volumenvægtige gennemsnitlige realiserede salgspriser og sammenholde disse med en referencepris, jf. afsnit 5.3.1. nedenfor. Den efterfølgende difference benævnes efterregulering, R, og denne vil efter en konkret vurdering af virksomhedens forhold i øvrigt medføre en efterregulering i form af en korrigeret individuel maksimalpris, som den enkelte forsyningspligtige virksomhed må tage i det nye anmeldelsesår. Dog vil efterreguleringen, R, i udgangspunktet ikke kunne overstige værdien af ex-ante forrentningen, medmindre en konkret vurdering af det pågældende selskabs effektivitet og øvrige forhold tager herfor.

Den konkrete vurdering har til formål at sikre, at kun forhold, der kan tilskrives ineffektivitet, urimeligheder i øvrigt eller på an-

den måde strider mod Elforsyningslovens bestemmelser kan medvirke til krav om tilbagebetaling af avance.

5.2. Prisdokumentation ex-ante

Prisdokumentation ex-ante vil som udgangspunkt og under hensyntagen til rettidig prisangivelse foregå primo april i anmeldelsesåret. Energitilsynet vil i udgangspunktet sikre, at Vejledningens og Lovens minimumskrav er overholdt. Det være sig kravet til priser og vilkår, samt indregning af overskud/efterregulering m.m. Endelig vil Tilsynet tilse, at der ikke forefindes åbenlyst urimelige forhold ved prisangivelsen. Det være sig i prissætningen som i selskabets forvaltning i øvrigt. Eksempelvis at den forsyningspligtige virksomhed bevidst overfører/låner penge fra en anmeldelsesperiode til en anden ved til stadighed at opkræve for høje priser.

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Prisdokumentation er foreløbig og erstattes siden af den endelige ex-post godkendelse, jf. nedenfor. Alle godkendelser gives på baggrund af det for Energitilsynet forelagte datagrundlag. En godkendelse, der er givet på baggrund af åbenlyst ukorrekt, vildledende og/eller mangelfuldt datagrundlag kan til enhver tid omstødes af Tilsynet – dog kun med konsekvenser for den pågældende virksomhed, der har været skyld heri.

Side 26 af 38

5.3. Prisdokumentation ex-post

Tilsynet vil på tidspunktet for den endelige ex-post prisdokumentation og efterregulering medio året efter anmeldelsesåret, som udgangspunkt for den konkrete vurdering af selskabets effektivitet anvende en reference der er et volumenvægtet gennemsnit af samtlige forsyningspligtvirksomheders salgspris for hhv. Vest- og Østdanmark (hhv. prisområde DK1 og DK2). Udgangspunktet for Tilsynets efterregulering af de enkelte virksomheder, $(R_i(t))$, er forskellen mellem selskab i's volumenvægtede gennemsnitlige salgspris $(P_i(t)_{\text{regnskab}})$ og en referencepris $(P_i(t)^*)$ for hhv. Vest- og Østdanmark. For definitionen af $P_i(t)^*$ se afsnit 5.3.1. nedenfor.

$$(1) R_i(t) = P_i(t)^* - P_i(t)_{\text{regnskab}} \text{ (øre pr. kWh)}$$

Hvor $R_i(t)$ i udgangspunktet maksimalt er +/- værdien af ex-ante forrentningen.

Det bemærkes at selve efterreguleringen i værdi fremkommer som $R_i(t)$ multipliceret med den solgte nettomængde.

Hvis den af Energitilsynet fastlagte efterregulering ($R_i(t)$) er mindre end nul, og virksomheden dermed har taget en højere pris end det volumenvægtede gennemsnit for hhv. Vest- og Østdanmark er det udgangspunktet for Tilsynets konkrete vurdering, at virksomheden skal have reduceret sin salgspris det efterfølgende anmeldelsesår. Det sker ved, at der forlod foretages en reduktion i den volumenvægtede gennemsnitlige maksimale salgspris i det efterfølgende anmeldelsesårs svarende til efterreguleringen ($R_i(t)$).

Hvis den fastlagte efterregulering omvendt er større end nul og virksomheden har opkrævet en mindre pris end det volumenvægtede gennemsnit for hhv. Vest- og Østdanmark, er det udgangspunktet for Tilsynets efterregulering at selskabet kan indregne differencen som en højere salgspris i den kommende periode, jf. nedenfor (dog igen som udgangspunkt maksimalt med værdien af ex ante forrentningen):

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 27 af 38

$$(2) R_i(t+1) = P_i(t+1)^* + R_i(t) - P_i(t+1)_{\text{regnskab}} \text{ (øre pr. kWh)}$$

Som følge af varierende afsætning fra år til år vil $R_i(t)$ givet skulle fordeles over flere efterfølgende perioder.

Hvert selskab får således en konto, hvorpå de akkumulerede efterreguleringer opsamles. Kontoen skal til stadighed søges nedbragt til nul. Virksomhedernes evt. potentielle tilgodehavender, der er mere end tre år gamle kan i udgangspunktet ikke overføres til senere brug.

Da en given efterregulering for et anmeldelsesår (t) først opgøres ex-post i det efterfølgende anmeldelsesår ($t+1$) vil en evt. efterregulering i praksis skulle fordeles på 2-halvår år ($t+1$) og 1-halvår i år ($t+2$) efter det relevante anmeldelsesår.

I stedet for at lade efterreguleringen indregne i de generelle salgspriser i den efterfølgende periode, som beskrevet ovenfor, kan selskabet vælge at indregne efterreguleringen **alene** for de forbrugere, der har været kunder i selskabet i den regulerede periode.

5.3.1. Priselementer – Omkostninger og avance

Tilsynet vil i sine vurderinger fokusere på selskabets gennemsnitlige salgspris pr. kWh inklusiv abonnement.

Energitilsynet vil for hvert enkelt prisområde (DK1 og DK2) tage udgangspunkt i følgende maksimal prismodel:

$P_i(t) = C(t)_{el} + C(t)_{\text{øvrige}} + I(t) + /- R_i(t-1)$ (alle størrelser i kWh)

Hvor,

$P_i(t)$ er den volumenvægtede gennemsnitlige salgspris i en forsyningspligtig virksomhed pr. solgt kWh i anmeldelsesåret inklusiv eventuelle forbrugsuafhængige priser/afgifter f.eks. en abonnementsafgift.

C_{el} er virksomhedens omkostninger til indkøb af elektricitet pr. kWh plus/minus avance på finansielle elhandler.

$C_{\text{øvrige}}$ er virksomhedens ikke energirelaterede omkostninger såsom administrations-, drifts- og porteføljemanagementomkostninger pr. kWh.

I dækker forrentning af virksomhedens egenkapital. Indeholdt i forrentningen I er det overskud, som er omtalt i Elforsyningslovens § 72, stk. 1.

$R_i(t-1)$ er efterreguleringen fra det foregående anmeldelsesår, jf. afsnit 5.3.

Med visse modifikationer vil følgende gøre sig gældende for hvert selskab (ved gennemsnit forstås det volumenvægtede gennemsnit):

$P_i(t)' = C(t)_{el, \text{gennemsnit}} + C(t)_{\text{øvrige}, i} + I(t)_{\text{gennemsnit}}$ (alle størrelser i øre pr. kWh)

Derved opnår sektoren som helhed i udgangspunktet en forrentning på $I(t)$. Tilsynet skal derfor i udgangspunktet påse, at sektoren som helhed ikke tager en avance større end $I(t)$, jf. afsnit 5.3.4., samt at den enkelte forsyningspligtige virksomhed ikke tager en avance større end $I + /- R_i(t-1)$.

5.3.2. Omkostninger til elindkøb (C_{el})

I denne post indgår kun direkte medgåede energiomkostninger og det forudsættes, at den forsyningspligtige virksomhed har ageret kommercielt og effektivt i forhold til deres elindkøb. Der må således ikke hverken direkte eller indirekte tillægges omkostninger i form af f.eks. lønninger, porteføljemanagement, husleje IT m.m.. Volumenafhængige kurtager til Elbørsen (såvel for termins- som for spothandel) og volumenafhængige mæglerhonorarer anses

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199
SNK-EKN

Side 28 af 38

som en direkte medgået energiomkostning. Et evt. mæglerhonorar må ikke overstige det mægler honorar som en uafhængig mægler i markedet tilsvarende må forventes at ville oppebære for en tilsvarende ydelse.

Omkostningen ex-post til elindkøb C_{el} vil for hhv. Vest- og Østdanmark være:

+ Omkostningerne til spotindkøb i prisområdet inkl. evt. kurtage

+ Variable omkostninger til balanceholdning

+/- Avancen på terminshandler til afdækning inkl. kurtagge/mæglerhonorar

+/- Avancen på valuta i relation til elhandel

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 29 af 38

Ovenstående kan ex-ante ses som en finansiel pakke bestående af en grundlastleverance til systempris tillagt en CfD (dvs. forskellen mellem områdeprisen og systemprisen) omregnet fra NOK til DKK med udgangspunkt i dennes relevante terminspris for NOK/DKK. Hertil kommer et tillæg for profil og balance.

Gennemsnittet af de volumenvægtede ex-post elindkøbsomkostninger samt de enkelte selskabers elindkøbsomkostninger vil blive offentliggjort på Energitilsynets hjemmeside.

5.3.3. Øvrige omkostninger (C_{ovrige})

En forsyningspligtig virksomheds øvrige omkostninger, C_{ovrige} , skal dække omkostninger til drift af virksomheden, bortset fra dennes direkte medgåede omkostninger til indkøb af elektricitet.

Følgende kategorier af omkostninger indgår i C_{ovrige} :

Kundeadministration og kundeservice, herunder fakturering.

Tab på debitorer.

Administration, IT, husleje, drift m.m.

Indirekte elhandelsomkostninger til f.eks. porteføljemanagement og analysevirksomhed.

Marketing.

Nettorenteudgifter.

Afskrivninger.

For forsyningspligtselskaberne i Vest- og Østdanmark sættes de øvrige omkostninger til maksimalt 83,60 kr. per kunde. Referencemkostningen for det enkelte selskab, Cøvrige i, fremkommer som 83,60 kr. pr. kunde multipliceret med det gennemsnitlige antal kunder og sat i forhold til den solgte mængde el for selskabet. Fastsættelsen af størrelsen Cøvrige er af Tilsynet fastsat ud fra en vurdering af en modelvirksomheds effektivitet og omsættningens størrelse.

Som udgangspunkt vil Tilsynet årligt korrigere Cøvrige og dennes delelementer for inflation ex-ante, jf. Danmarks Statistiks Netto-
prisindeks, men Tilsynet vil også kunne stille krav til produktiv-
tetsforbedringer gennem en evt. reduktion af Cøvrige.

5.3.4. Forrentningens størrelse (I)

I udgangspunktet tillades det de forsyningspligtige virksomheder at forrente deres primo egenkapital med p.t. 7,0 pct. p.a. før skat med et risikotillæg begrundet i forsyningspligtselskabernes øgede konkurrence situation. Denne forrentning kan indregnes i salgsprisen.

Forrentningssatsen udmeldes årligt ex-ante af Energitilsynet. Typisk i forbindelse med godkendelsen af priserne ex-post, jf. afsnit 5.3.

6. Krav til indkøb af elektricitet

Energitilsynet forudsætter at de forsyningspligtige selskaber ikke foretager ekstreme indkøb af el. Dels skal selskaberne foretage deres indkøb af el og øvrige forvaltning heraf i henhold til dækkende skriftlig risikopolitik, der er godkendt af den siddende bestyrelse. Dels skal der være udarbejdet en skriftlig og bestyrelsesgodkendt "papir og arbejdsgangsbeskrivelse", der tilsikrer god forvaltningsskik.

Det bør tilstræbes at den forsyningspligtige virksomhed spreder sine indkøb over en længere periode i tiden op til den leveringsperiode, hvor den med rimelighed forventede afsætning finder sted., således at vilkår for indkøb og salg af el matches/afdækkes/hedges i rimelig eller mest muligt omfang. Af bemærkningerne til Elforsyningslovens § 72, stk. 1, fremgår det, at

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 30 af 38

det forudsættes, at virksomheden afsøger mulighederne for lang- og kortsigtede aftaler og sikrer sig tilstrækkelige reserveleverancer. I lyset heraf lægger Tilsynet til grund, at indkøb af elektricitet ikke alene sker på kort sigt (1 – 3 mdr.), men også på lang sigt (1 år), ligesom at markedet skal afsøges for alternative/konkurrerende leverancer.

[...]

Tilsynet vil lade opfyldelsen af den henstillede indkøbsstrategi indgå i en konkret vurdering af selskabets effektivitet, således at bl.a. selskaber med en risikobetonet indkøbsstrategi ikke kan forvente at overvælte en evt. meromkostning som følge heraf på elforbrugerne.

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Energiklagenævnets bemærkninger

Om regulering for ikke-nødvendige omkostninger m.v.

Side 31 af 38

Nesa Forsyning har gjort gældende, at der ikke er hjemmel til en selvstændig regulering for ikke-nødvendige omkostninger og i den forbindelse, at Energitilsynets "*Vejledning for forsyningspligtige selskaber*" af 28. april 2003 (Vejledningen) på bindende måde udmønter elforsyningslovens regler om regulering af forsyningspligtselskabernes priser, hvoraf det følger, at reguleringen skal baseres på en vurdering af selskabers slutkundepriser, sammenholdt med en referencepris, og at eventuelle tilbageføringskrav kun kan baseres på en regulering af selskabets overskud i overensstemmelse med elforsyningslovens § 72.

Energiklagenævnet bemærker hertil følgende:

Det er energiklagenævnets opfattelse, at der i den omhandlede elforsyningslov er hjemmel til regulering for ikke-nødvendige omkostninger, såvel som for et urimeligt højt overskud, jf. herved dagældende Efl § 46, stk. 4, jf. § 72, stk. 2, og 77, stk. 4, samt lovforslagets bemærkninger til disse bestemmelser. Energiklagenævnet er dog samtidig af den opfattelse, at der ved den effektivitetsvurdering, som danner grundlag for fastsættelsen af et rimeligt overskud, skal tages hensyn til omfanget af de fundne ikke-nødvendige omkostninger, jf. nærmere herom nedenfor.

Det følger ligeledes af elforsyningsloven og dens forarbejder, at prisreguleringen af de forsyningspligtige selskaber bl.a. har til formål at beskytte forbrugerne mod, at virksomheden gennem sin indkøbspolitik fører værdier over i

andre selskaber, herunder koncernforbundne el-handelsselskaber - såkaldt krydssubsidiering. Nævnet finder på denne baggrund, at forsyningspligtvirksomhedernes priser skal bedømmes ud fra bl.a. den forudsætning, at der skal være effektivitet på alle delelementer, som indgår i prisen, hvorved det bemærkes, at gennemsigtighed i prisdannelsen har væsentlig betydning for kontrollen af, at der ikke føres værdier fra elforsyningsselskaberne over i andre selskaber.

For så vidt angår Energitilsynets vejledning af 23. oktober 2003 fremgår det tydeligt af ordlyden, at vejledningen beskriver et udgangspunkt for Energitilsynets prisgodkendelser og i øvrigt ikke er bindende for tilsynet, der i alle tilfælde vil foretage en konkret vurdering. Energiklagenævnet kan ikke i vejledningens ordlyd finde noget grundlag for klagers opfattelse af, at en eventuel regulering udelukkende skulle kunne basere sig på slutkundeprisen; tværtimod fremgår det af vejledningen bl.a., at Energitilsynet agter at operere med en fast maksimumpris for de såkaldte "øvrige omkostninger" som udgangspunkt for sin vurdering, (jf. vejledningens pkt. 5.3.3., der er citeret ovenfor), hvilken tilkendegivelse klart peger i retning af, at Energitilsynet - i overensstemmelse med hidtidig praksis - vil kontrollere nødvendigheden også af de delelementer, der tilsammen udgør slutkundeprisen. Energiklagenævnet finder i det hele taget ikke, at den udsendte vejledning af 23. oktober 2003 kan tillægges nogen fra loven afvigende betydning for vurderingen af, i hvilket omfang der kan ske regulering som følge af fundne ikke-nødvendige omkostninger.

Om indkøb på markedsbestemte vilkår:

Nesa Forsyning har gjort gældende, at bevisbyrden for, at en indkøbsaftale mellem koncernforbundne selskaber ikke er indgået på markedsbestemte vilkår, påhviler Energitilsynet, som ikke har løftet denne bevisbyrde. Tværtimod er det efter Nesa Forsynings opfattelse godtgjort, at aftalen mellem Nesa Forsyning og Nesa El er indgået på markedsbestemte vilkår, allerede fordi salg på samme vilkår er sket til en uafhængig tredjepart, Helsingør Elforsyning.

Videre har Nesa Forsyning gjort gældende, at den omhandlede elindkøbsaftale rent faktisk er indgået på markedsvilkår, og at de tal og sammenligninger, Energitilsynet har anvendt ved sin vurdering af aftalens vilkår, er ufuldstændige og fejlagtige.

Hertil bemærker Energiklagenævnet følgende:

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 32 af 38

Vedrørende de dokumentationskrav m.v., der kan stilles til forsyningspligtselskaberne, fremgår det af bekendtgørelse nr. 90 af 7. februar 2000 samt Energitilsynets anmeldelsesskemaer, at de forsyningspligtige virksomheder bl.a. skal anmelde el-indkøbsaftaler og porteføljemanagementaftaler samt fakturerings- og callcenter-aftaler til Energitilsynet. Sådanne dokumentationskrav er udmøntet i overensstemmelse med elforsyningslovens § 76.

Efter elforsyningslovens § 84 kan Energitilsynet i forbindelse med kontrollen efter § 72 indhente de nødvendige oplysninger ud over det efter § 76 anmeldte. Det samme følger i øvrigt med virkning fra 1. januar 2005 af elforsyningslovens § 46, stk. 2.

Nesa Forsyning, der er eller bør være i besiddelse af over dokumentation for, at selskabet har ageret effektivt ved indkøb af elektricitet og afholdelse af omkostninger i forbindelse hermed, og for at omkostningerne var nødvendige og dermed kunne indregnes i selskabernes salgspriser, er efter nævnets opfattelse også nærmest til at fremkomme med dokumentationen over for tilsynet, eller bære ulemperne ved dens fravær.

En fyldestgørelse dokumentation må – jf. de førnævnte kontrollensyn vedrørende krydssubsidiering m.v. - efter nævnets opfattelse tillige indbefatte oplysning om, at prisen hos den valgte leverandør af porteføljemanagement og balancehåndteringsydelser m.v. ligger under en række alternativt afsøgte tilbud.

Energiklagenævnet kan på dette grundlag tilslutte sig, at Energitilsynet ikke har anset det for dokumenteret af Nesa Forsyning, at de omhandlede aftalevilkår svarede til markedsvilkår. Det bemærkes herved, at Nesa Forsyning tidligere er blevet pålagt at afsøge markedet, uden at dette er sket, hvorfor selskabet ikke kan have været i nogen berettiget tvivl om dokumentationskravene på dette punkt.

Nævnet tiltræder i lyset heraf – og endvidere på baggrund af tilsynets sammenligning med omkostningsniveauet i en række andre forsyningspligtige virksomheder – at tilsynet er gået ud fra, at de i sagen omtvistede omkostninger til porteføljemanagement og balancehåndtering, som lå udover 3,00 DKK/MWh, ikke var nødvendige omkostninger, der kunne indregnes i salgspriserne. Det bemærkes herved, at der efter nævnets opfattelse er den for-

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 33 af 38

nødne hjemmel til at fastsætte et udgangspunkt for det maksimale nødvendige omkostningsniveau også på de enkelte omkostningselementer, som indgår i forsyningspligtselskabernes salgspriser, og lade dette indgå som en del af grundlaget for vurderingen af, om der er handlet på markedsbestemte vilkår. Endvidere bemærkes, at det af Energitilsynet anvendte udgangspunkt på højst 3,00 DKK/MWh efter nævnets opfattelse er fastsat på et sagligt grundlag ved en relevant sammenligning af anmeldte priser og ydelser.

Det forhold, at Nesa El med en enkelt uafhængig tredjemand har indgået en aftale af tilsvarende indhold som med Nesa Forsyning, finder nævnet ikke i sig selv kan tillægges nogen betydning som bevis for markedsvilkår, når henses til det sammenligningsgrundlag m.v., hvorpå Energitilsynet har foretaget sin vurdering af aftalens vilkår.

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Ud fra ovenstående synspunkter tiltræder nævnet Energitilsynets vurdering, hvorefter aftaleindgåelsen mellem Nesa Forsyning og Nesa El ikke for så vidt angår prisen på porteføljemanagement og balancehåndtering kan anses at afspejle markedsvilkår.

Side 34 af 38

Om effektivitetsvurderingen:

Nesa Forsyning har gjort gældende, at Energitilsynets referenceprismodel ikke er udtryk for en effektivitetsvurdering af det enkelte forsyningspligtselskab, men derimod alene en sammenligning af selskabernes gennemsnitlige omkostningsniveau, hvorfor modellen nødvendiggør en hensyntagen til og korrektion for selskabernes konkrete forhold.

Nesa Forsyning har videre anført, at Energitilsynet for Nesa Forsynings vedkommende har forsømt at tage de konkrete hensyn til selskabets forhold, herunder de forhøjede omkostninger grundet en uheldig indkøbsstrategi, som både loven og Vejledningen efter Nesa Forsynings opfattelse forudsætter. Efter en sådan konkret vurdering mener Nesa Forsyning at måtte anses for at være mere effektiv end et gennemsnitligt effektivt selskab i Østdanmark med deraf følgende ret til overskud.

Nesa Forsyning har endelig anført, at effektivitetsvurderingen skal foretages efter fradrag af ikke-nødvendige omkostninger, hvilket vil medføre en væsentligt forbedret effektivitetsvurdering for selskabet med deraf følgende ret til overskud.

Hertil bemærker Energiklagenævnet følgende:

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

Energiklagenævnet er under henvisning hertil enig med klager i, at referenceprismodellen ifølge Energitilsynets vejledning af 28. april 2003 ikke i sig selv er udtryk for nogen effektivitetsvurdering, idet en sådan forudsætter et konkret skøn på baggrund de specifikke forhold, der gør sig gældende for det enkelte forsyningspligtselskab.

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 35 af 38

Det fremgår efter Energiklagenævnets opfattelse ikke af Energitilsynets afgørelse, hvorvidt Energitilsynet har foretaget en sådan konkret vurdering af Nesa Forsynings forhold for det omhandlede år og herunder har taget stilling til spørgsmålet om den eventuelle betydning af en uheldig indkøbsstrategi.

Som ovenfor nævnt, er Energiklagenævnet af den opfattelse, at der i elforsyningsloven er hjemmel til regulering for såvel ikke-nødvendige omkostninger som urimeligt højt overskud, men finder samtidig, at der ved den effektivitetsvurdering, som danner grundlag for fastsættelsen af et rimeligt overskud, skal tages hensyn til omfanget af de fundne ikke-nødvendige omkostninger.

Det fremgår efter Energiklagenævnets opfattelse 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 de nævnte uklarheder har væsentlig betydning for Energiklagenævnets prøvelse af, om den af Energitilsynet anvendte metode er i overensstemmelse med elforsyningsloven, og om det for Nesa Forsyning for 2004 godkendte overskud herefter er rimeligt og i øvrigt ikke fastsat i strid med grundlæggende forvaltningsretlige principper, vil sagen være at hjemvise til Energitilsynet for en nærmere afklaring af eller eventuelt fornyet afgørelse på disse punkter.

Om fastsættelse af overskud:

Når henses til det om sagens hjemvisning anførte, findes der ikke for nuværende anledning til for nævnet at tage stilling til de af Nesa Forsyning i øvrigt fremsatte synspunkter vedrørende fastsættelsen af et rimeligt overskud.

Vedrørende Nesa Forsynings opfattelse af, at forsyningspligtselskaber har krav på såvel forrentning af egenkapital som et rimeligt overskud, bemærkes dog, at synspunktet efter Energiklagenævnets opfattelse ikke har støtte i hverken elforsyningslovens ordlyd eller forarbejder.

Det fremgår således af bemærkningerne til § 69, at bestemmelsen udgør det fælles udgangspunkt for reguleringen af elforsyningsvirksomhedernes priser og betingelser. De efterfølgende bestemmelser indeholder herefter de konkrete bestemmelser om reguleringen af henholdsvis net- og transmissionsvirksomhederne (§ 70), de systemansvarlige virksomheder (§71) og de forsyningspligtige virksomheder (§72). De tre bestemmelser indeholder hver især bestemmelser om det overskud, som kan oppebæres eller indregnes i prisen. For de forsyningspligtige virksomheder bestemmer § 72, at der i priserne som nævnt i § 69, stk. 1, kan indkalkuleres "et overskud, som er rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger." Denne bestemmelse gør op med fastsættelsen af det overskud, som de forsyningspligtige virksomheder kan indregne i priserne.

Det følger således efter Energiklagenævnets opfattelse af selve lovens systematik, at Nesa Forsynings synspunkt ikke er korrekt, ligesom det i øvrigt bekræftes af den sædvanlige regnskabsmæssige forståelse af udtrykkene "forrentning af kapital" og "overskud" som værende to sider af samme sag.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af den 30. november 2006 hjemvises.

Sagen har været behandlet på Energiklagenævnets møde den 25. februar 2008.

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

10. marts 2008

J.nr.: 11-452

Eksp.nr.: 34199

SNK-EKN

Side 36 af 38

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 offentligt bekendtgjort, regnes fristen dog altid fra bekendtgørelsen.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside. Efter nævnsformandens bestemmelse kan offentliggørelse ske i hel eller delvis anonymiseret form.

P.N.V.

Poul K. Egan
Nævnnsformand

10. marts 2008

J.nr.: 11-452
Eksp.nr.: 34199
SNK-EKN

Side 37 af 38

/ Henrik Chieu
Sekretariatschef