

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	AKE Forsyning A/S over
AFGØRELSE FRA	Energitilsynet af 30. december 2006
OM	Prisregulering for 2002

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

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. december 2006 <u>hjemvises</u>
AFGØRELSE	

Sagens problemstillinger

Advokat Jørgen Holst har på vegne af AKE Forsyning A/S (herefter benævnt "klager") ved brev af 29. januar 2007, modtaget i Energiklagenævnet samme dag, påklaget Energitilsynets afgørelse af 30. december 2006 vedrørende prisregulering for 2002.

Sagens materielle hovedproblemstillinger drejer sig ifølge klagen om, 1) hvorvidt den mellem klager og Nordjysk Elhandel A/S (herefter benævnt "Nordjysk Elhandel") aftalte pris for porteføljeforvaltning for 2002 er i strid med dagældende elforsyningslov (EfL) § 46, stk. 4, (nu EfL § 46, stk. 1), ifølge hvilken aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med andre virksomheder, herunder koncernforbundne virksomheder, skal indgås på markedsbestemte vilkår, og 2) hvorvidt der ved klagers accept af en prisforhøjelse på en fastprisaftale af april 2002, indgået med Nordjysk Elhandel, er handlet i strid med samme nævnte bestemmelse i dagældende EfL § 46, stk. 4.

Energitilsynet har allerede ved en tidligere (del-) afgørelse af 31. oktober 2005 vedrørende bl.a. klager taget stilling til, hvorvidt den nævnte prisforhøjelse på fastprisaftale af april 2002 samt prisen for porteføljeforvaltningsaftalen for 2002 er i strid med dagældende EfL § 46, stk. 4. Energitilsynet fandt for begge forholds vedkommende, at der forelå en overtrædelse af EfL § 46, stk. 4, hvorfor de omhandlede omkostninger ikke ville kunne indregnes som en del af elprisen, jf. dagældende EfL § 69, stk. 1. Klager samt fire øvrige af de i alt seks forsyningspligtselskaber, som sagen vedrørte, indbragte afgørelsen for Energiklagenævnet, som for klagers vedkommende har behandlet sagen under j.nr. 11-373. Energiklagenævnet har truffet afgørelse i denne sag den 25. februar 2008, hvorved nævnet har stadfæstet Energitilsynets afgørelse.

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Energiklagenævnet vil således ikke i nærværende sag forholde sig til disse allerede afgjorte hovedspørgsmål.

Side 2 af 35

Energitilsynets aktuelt påklagede afgørelse af 30. december 2006 adskiller fra tilsynets tidligere trufne afgørelse af 31. oktober 2005 derved, at den individuelt og konkret tager stilling til pris- og avancereguleringen for klager for 2002. Energitilsynets konkrete udmøntning af klagers pris- og avanceregulering for 2002 er således genstand for denne klagesag, hvorved også udmøntningen af Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2005 vil blive behandlet af Energiklagenævnet.

Klager har i relation til den aktuelt påklagede afgørelse desuden rejst en række mere formelle spørgsmål og herunder nedlagt påstand om, at afgørelsen skal annulleres, for det første fordi den er fremkommet for sent, og for det andet fordi der foreligger forkert retsanvendelse. Også disse spørgsmål vil således indgå i Energiklagenævnets behandling af klagen.

Opsættende virkning

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

Særskilt og forlods behandling af spørgsmålet om annulation af den påklagede afgørelse som værende fremkommet for sent

Energiklagenævnet har den 22. oktober 2007 truffet beslutning om ikke at imødekomme klagers anmodning om særskilt og forlods behandling af den del af klagen, der angår spørgsmålet, om Energitilsynets afgørelse er frem-

kommet for sent. Nævnet vil således tage stilling til dette anbringende i forbindelse med nærværende afgørelse af sagen i sin helhed.

Den påklagede afgørelse

Energitilsynet traf den 30. december 2006 over for klager følgende

"Afgørelse

Energitilsynet godkender hermed AKE Forsyning A/S prisfastsættelse for 2002 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 omkostninger vedrørende elindkøb fra Nordjysk Elhandel 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.

Den nærmere begrundelse fremgår nedenfor.

[...]

Begrundelse

Energitilsynet har modtaget virksomhedens høringssvar af 29. november 2006 samt 18. december 2006 v/advokat Jørgen Holst. På denne baggrund har Energitilsynet korrigeret virksomhedens faktiske omkostninger til porteføljemanagement og balancehåndtering i perioden 2002-2004.

Herudover har Energitilsynet efter anmodning af 5. december 2006 v/advokat Jørgen Holst taget højde for evt. uudnyttet avance oppebåret i årene 2002-2003 [...].

Opgørelse af ikke-nødvendige omkostninger

AKE Forsyning A/S har for leveringsåret 2002 indkøbt elektricitet/porteføljemanagement mv. fra Nordjysk Elhandel A/S.

AKE Forsyning A/S havde faktiske omkostninger til porteføljemanagement og balancehåndtering vedr. ordinære forsynings-

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 3 af 35

pligt-kunder på [...] DKK/MWh svarende til i alt [...] mio. kr. ([...] x [...])

Efter Energitilsynets praksis i en række sager om forsyningspligtselskabers elindkøb kan markedsprisen for porteføljemanagement og balancehåndtering ikke udgøre mere end 5,00 DKK/MWh for Vestdanmark i 2002.

[...]

På denne baggrund vurderes, at AKE Forsyning A/S omkostninger til porteføljemanagement- og balanceydelse på [...] DKK/MWh ikke afspejler markedsvilkår, jf. Efl § 46, stk. 4. Meromkostningerne på [...] DKK/MWh ([...] – 5,00), svarende til i alt [...] mio. DKK ([...] x [...]), kan derfor ikke indregnes som en nødvendig omkostning i priserne, jf. Efl § 69, stk. 1. Der henvises herunder særligt til Energitilsynets afgørelse vedr. forsyningspligtselskabers elindkøb fra Nordjysk Elhandel A/S af 31. oktober 2005 [...]. [Energiklagenævnets j.nr. 11-373]

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 4 af 35

Endvidere accepterede virksomheden i august 2002 en ekstraordinær prisforhøjelse for perioden 1. juli til 31. december 2002 på fastprisaf-tale om elindkøb af april 2002 med Nordjysk Elhandel A/S. Prisforhøjelsen udgør [...] DKK/MWh svarende til en forhøjelse på i alt [...] mio. DKK for perioden 1. juli til 31. december 2002 ([...] x [...]).

Det vurderes, at virksomhedens accept af denne ekstraordinære prisforhøjelse på fastprisaf-talen er en urimelig disposition over for forbrugerne, jf. elforsyningslovens § 77, stk. 4. Meromkostningerne ved denne disposition på [...] mio. DKK kan derfor ikke indregnes som en nødvendig omkostning i priserne, jf. Efl § 69, stk. 1. Der henvises herunder særligt til Energitilsynets afgørelse vedr. forsyningspligtselskabernes elindkøb fra Nordjysk Elhandel A/S af 31. oktober 2005 [...]. [Energiklagenævnets j.nr. 11-373]

Samlet vurdering vedrørende 2002

Den samlede efterregulering vedr. ikke-nødvendige omkostninger for 2002 kan således opgøres til [...] mio. DKK ([...] + [...]), jf. Efl §§ 69, stk. 1, 72, stk. 2, og 77, stk. 4.

Det fremgår imidlertid af Energitilsynets opgørelse vedrørende 2002, at virksomhedens rimelige overskud før skat i 2002 – på baggrund af en benchmarking af AKE Forsyning A/S [...] – kan

udgøre op til [...] mio. DKK svarende til [...] DKK/MWh og en egenkapitalforretning på ca. [...] %. AKE Forsyning A/S realiserede i 2002 et overskud på [...] mio. DKK. Virksomheden har således en uudnyttet avance for 2002 på i alt [...] mio. DKK. Netto udgør selskabets samlede regulering for 2002 derfor [...] mio. DKK ([...] – [...]).

[...]"

Klagen til Energiklagenævnet

Klager har indbragt Energitilsynets afgørelse for Energiklagenævnet under nedlæggelse af følgende påstande:

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

I relation til prisen på porteføljeforvaltningsaftalen:

Principal: Energitilsynets afgørelse om efterregulering annulleres som følge af, at efterreguleringen ikke er afsluttet i 2006.

Side 5 af 35

Subsidiært: Energitilsynets afgørelse om efterregulering annulleres som følge af en forkert retsanvendelse.

Mere subsidiært:

Energitilsynets afgørelse om efterregulering annulleres som følge af, at klager ikke har handlet i strid med elforsyningslovens § 46, stk. 4.

Mest subsidiært:

Energitilsynets afgørelse om efterregulering ændres således, at efterreguleringen reduceres til et beløb efter Energiklagenævnets skøn.

I relation til prisforhøjelsen på fastprisaftalen af april 2002:

Principal: Energitilsynets afgørelse om efterregulering annulleres som følge af, at efterreguleringerne ikke er afsluttet i 2006.

Subsidiært: Energitilsynets afgørelse om efterregulering annulleres som følge af en forkert retsanvendelse.

Mere subsidiært:

Energitilsynets afgørelse om efterregulering annulleres som følge af, at klager ikke har handlet i strid med elforsyningslovens § 46, stk. 4.

Mest subsidiært:

Energitilsynets afgørelse ændres således, at efterreguleringen reduceres til et beløb, der er videreført til forbrugerne, efter Energiklagenævnets skøn.

Til støtte for de principale påstande om, at Energitilsynets afgørelse skal annulleres som følge af, at efterreguleringen ikke er afsluttet i 2006, har klager anført følgende:

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 6 af 35

"Ifølge lov nr. 494 af 9. juni 2004 skal efterreguleringen af de forsyningspligtige virksomheders priser for perioden fra 2002 indtil ikrafttrædelsen af lovens bestemmelser om prisregulering være afsluttet senest i 2006.

Eftersom Energitilsynets afgørelser om efterregulering alene er blevet "modtaget" af de forsyningspligtige selskaber via e-mail – ikke brev – i weekenden 30. – 31. december 2006, dvs. uden for almindelig kontortid, kan lovens frist om afslutning af efterregulering ikke siges at være opfyldt. Dette synspunkt hviler på følgende betragtninger:

Efterreguleringen af de forsyningspligtige virksomheders priser må nødvendigvis være meddelt virksomhederne, hvis efterreguleringen skal siges at kunne være "afsluttet". Det følger således at dansk rets almindelige regler, at forvaltningsafgørelse først kan få virkning, når den er meddelt i den foreskrevne form af den dertil bemyndigede myndighed. En afgørelse er meddelt, når den er kommet frem til adressaten, jf. fx Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 2. udgave 2002, s. 609ff.

Eftersom Energitilsynets afgørelser skal meddeles *skriftligt*, jf. Energitilsynets forretningsorden § 9, stk. 1, kan en afgørelse, der alene meddeles de forsyningspligtige virksomheder via elektronisk post i en weekend, hvor virksomhederne i almindelig her lukket, ikke siges at være "meddelt" skriftligt. En meddelelse om efterre-

gulering kan alene meddeles pr. brev, der er underskrevet af en kompetent person på Energitilsynets vegne.

I den forbindelse henvises til betænkning nr. 1400/2000 om e-signatur og formkrav i lovgivningen. Betænkningen indeholder (særligt s. 155ff) forslag om indføjelser af en generel bemyndigelsesbestemmelse – fx i forvaltningsloven – hvorefter der ved bekendtgørelse kan fastsættes regler om, at der kan anvendes digital kommunikation ved henvendelse til den offentlige forvaltning. Udvalget bag betænkningen foreslog derimod ikke en generel regel om digitale meddelelser fra det offentlige til borgerne, idet "der ... efter udvalgets opfattelse [vil] knytte sig betydelige retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved i bekendtgørelsesform at ændre lovbestemmelser, som giver borgerne mv. ret til at modtage kommunikation fra det offentlige på en bestemt måde, således at borgerne pålægges pligt til at modtage meddelelser digitalt". (betænkningen s. 154f.)

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 7 af 35

Sammenlignes fremgår det endvidere, at digital kommunikation fra det offentlige til borgerne kan ske, hvis den pågældende har givet samtykke hertil.

I forlængelse heraf henvises til U 2001B.183, som på baggrund af rettens afgørelse i U 2001.252 Ø redegør for de retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved elektronisk kommunikation til – og særligt fra – forvaltningsmyndigheder.

På den baggrund kan afgørelser fra Energitilsynet ikke efter gældende ret få retsvirkning, hvis de alene – uden samtykke – meddeles ved hjælp af e-mail uden for normal åbningstid. Eftersom de påklagede efterreguleringer herefter ikke er blevet meddelt ved underskrevet brev inden udgangen af 2006, opfylder efterreguleringen ikke elforsyningslovens krav om, at efterreguleringen skal være afsluttet i 2006. De pågældende afgørelser om efterregulering er derfor ugyldige."

Som en reaktion på Energitilsynets udtalelser herom – hvilke er citeret nedenfor under "Energitilsynets bemærkninger" – har klager videre til støtte for de principale annullationspåstande gjort følgende synspunkter gældende:

"Bemærkninger til "1. Sagsforløb"

Høringsfristen

Som anført af Energitilsynet fremsendte tilsynet i sidste halvdel af november 2006 udkast til konkrete afgørelser vedrørende ef-

terregulering for 2002, 2003 og 2004. I den forbindelse fastsatte Energitilsynet en høringsfrist på kun 1. uge. Energitilsynet anfører, at denne korte frist var "rimelig" i betragtning af, at de fremsendte udkast til afgørelser i vidt omfang bygger på tilsynets afgørelse af 31. oktober 2005.

Hertil skal bemærkes, at hvert af de fem berørte selskaber modtog tre afgørelser. Selv hvis selskaberne ikke ønskede at søge rådgivning inden fremsendelsen af et svar til Energitilsynet, ville det for de fleste selskaber være umuligt på én uge at foretage en seriøs behandling af disse foreløbige afgørelser om efterregulering, der vedrører millionbeløb.

I det konkrete tilfælde ønskede de fem berørte selskaber naturligvis at rådføre sig bl.a. med deres faste advokatforbindelse, hvilket ikke bør komme bag på Energitilsynet.

I forlængelse heraf skal det bemærkes, at den omtalte afgørelse fra 2005 alene vedrørte året 2002 og altså ikke 2003 og 2004. Det skal endvidere fremhæves, at 2005-afgørelsen ikke på nogen måde forholder sig til størrelsen og den nærmere sammensætning af de beløb, som efter tilsynets opfattelse skal tilbagebetales for årene 2002-2004.

I det lys er fastsættelsen af en høringsfrist på kun 1 uge ikke kun unødvendig, men direkte usaglig.

Anmodning om aktindsigt

Som anført af Energitilsynet anmodede klagerne om aktindsigt i afgørelsessagernes dokumenter den 22. november 2007. Det fremsendte materiale fra Energitilsynet var imidlertid ikke fyldestgørende, og den 24. november 2007 anmodede klagerne på den baggrund om aktindsigt i *alle* dokumenter samt aktfortegnelsen, der heller ikke tidligere var blevet fremsendt. Først den 30. november 2007 modtog vi aktfortegnelsen samt en anmodning om at oplyse – evt. med reference til aktfortegnelsen – hvilke yderligere dokumenter klagerne ønskede kopi af.

Den 5. december 2007 meddelte de fem klagere, at den fremsendte aktfortegnelse ikke gav klagerne anledning til anmodninger om aktindsigt i de resterende dokumenter på fortegnelsen. Deruover påpegede klagerne igen, at Energitilsynet stadig ikke havde fremsendt de underliggende beregninger for tilsynets udkast til afgørelser.

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 8 af 35

Konklusion

På den baggrund er det ikke min opfattelse, at Energitilsynet – som tilsynet fremhæver – har handlet aktivt og fleksibelt”. I den forbindelse er det næppe – som antydnet af Energitilsynet – særligt bemærkelsesværdigt, at tilsynet i løbet af høringsprocessen retter egne fejl samt medtager klagerne bemærkninger efter udløb af urealistisk korte frister. Da Energitilsynet er en forvaltningsmyndighed med dertil hørende offentligretlige forpligtelser ville enhver anden adfærd have været kritisabel.

Bemærkninger til ”2.1. Meddelelse af afgørelserne”

Energitilsynet anfører, at ”en afgørelse er – som det anføres af klager - meddelt, når den er kommet frem til adressaten”.

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Som det imidlertid tydeligt fremgår af klageskrivelsen, der henviser til den forvaltningsretlige litteratur, kan en forvaltningsafgørelse først få virkning, når den er *meddelt i den foreskrevne form* af den dertil bemyndigede myndighed. En afgørelse er således ikke ”meddelt” allerede, fordi den er kommet frem. En forvaltningsafgørelse skal naturligvis også leve op til de foreskrevne formkrav.

Side 9 af 35

Energitilsynet anfører endvidere med henvisning til den forvaltningsretlige litteratur, at ”efter praksis sidestilles en e-mail, som er placeret i en adressats indbakke, med post, som er kommet frem til adressaten”. Dette synspunkt fremgår imidlertid ikke af den af tilsynet angivne litteraturkilde. Derimod behandles det pågældende sted to kendelser om fortolkning af retsplejelovens regler om beslaglæggelse inden for strafferetsplejen.

Den ene kendelse (U 1998.1613) drejer sig om, hvorvidt et krav om udlevering af e-post fra en internetudbyder skulle behandles efter reglerne om beslaglæggelse (retsplejelovens § 824 m.fl.) eller reglerne om indgreb i meddelelseshemmeligheden (retsplejelovens §§ 780-781). I den forbindelse fandt retten, at den e-post, som den pågældende internetudbyder rådede over, ikke var under forsendelse, hvorfor reglerne om beslaglæggelse skulle finde anvendelse. Kendelsen, der altså vedrørte et fortolkningsspørgsmål inden for strafferetsplejen, har ingen sammenhæng med den problemstilling, som klagerne rejser i deres klageskrivelse af 30. marts 2007; nemlig om Energitilsynet har ”afsluttet” sin efterregulering senest 2006, herunder navnlig om en forvaltningsafgø-

relse, som Energitilsynet har sendt via e-mail uden for normal åbningstid, allerede har retsvirkning fra modtagelsestidspunktet.

Den anden kendelse (U 1999.178) drejede sig om, hvorvidt en e-mail, som en internetudbyder rådede over, var "anden tilsvarende telekommunikation" efter retsplejelovens § 780, stk. 1, nr. 1 (beslaglæggelse). Igen handlede kendelsen ikke om de problemstillinger, som klagerne har rejst i deres klageskrivelse til Energiklagenævnet, men om et fortolkningsspørgsmål inden for straffetsplejen.

Skal retsplejereglerne inddrages i nærværende sag, er det i øvrigt mere relevant at henvise til domstolenes praksis vedrørende anke og kære. I den forbindelse har domstolene anerkendt, at en ankestævning kan indgives ved telefax, *hvis* den er modtaget senest på sidste dag af fristen *i rettens åbningstid*, jf. U 1992.15 V og U 1995.767 V. Herved har domstolene accepteret at fravige kravet om original underskrift, men det er i tilknytning hertil et krav, at den originale ankestævning (*med underskrift*) modtages af retten umiddelbart efter fristens udløb, jf. U 1991.411 H. Der henvises til Bernhard Gomard; Civilprocessen, 5. reviderede udgave, 2000, s. 626.

Bemærkninger til "2.2. Krav om skriftlighed og brug af e-mail"

Energitilsynet anfører, at kravet om skriftlighed er opfyldt ved fremsendelse af e-mail med en pdf-fil.

Som det fremgår af klageskrivelsen er det imidlertid klagernes opfattelse, at kravet om skriftlighed *ikke* er opfyldt i den konkrete situation, hvorfor Energitilsynets efterregulering ikke – som påkrævet – er afsluttet i 2006. I den forbindelse henvises til klageskrivelsens punkt 4, hvor der er henvist til betænkning nr. 1400/2000 om e-signatur og formkrav i lovgivningen samt U 2001B.183 og U 2001.252.

Det må endvidere afvises, at Energitilsynets praksis i sig selv – som antydnet af tilsynet – kan indebære en pligt for selskaberne til at modtage *elektroniske* afgørelser, der har til hensigt at have virkning fra modtagelsestidspunktet, uanset at dette tidspunkt ligger uden for normal kontortid. Hertil må kræves en klar lovhjemmel bl.a. af hensyn til virksomhedernes mulighed for at kende deres retsstilling samt indrette deres postgang. I forlængelse heraf skal det bemærkes – som anført af Energitilsynet [...]

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 10 af 35

– at beregningen af klagefrister jo heller ikke begynder en søndag, men først den efterfølgende hverdag.

Endelig har klagerne hverken direkte eller indirekte givet samtykke til at modtage *elektroniske* forvaltningsafgørelser (ikke at forveksle med skriftlige forvaltningsafgørelser), der har til hensigt at skabe retsvirkning allerede fra et modtagelsestidspunkt, der ligger uden for normal kontortid.”

Til støtte for de subsidiaire påstande om, at Energitilsynets afgørelse skal annulleres som følge af forkert retsanvendelse, har klager anført følgende:

”[...] Elforsyningslovens § 69, stk. 1

Energitilsynet vurderer i alle de påklagede afgørelser, at de forsyningspligtige selskabers omkostninger til porteføljemanagement- og balanceydelse ikke afspejler ”markedsvilkår”, jf. elforsyningslovens § 46, stk. 4. I det omfang omkostningerne til disse ydelser overstiger markedsvilkår, fastslår Energitilsynet med henvisning til elforsyningslovens § 69, stk. 1, at denne del af omkostningerne ikke kan indregnes som en ”nødvendige omkostning” i de forsyningspligtige selskabers priser.

Tilsvarende finder Energitilsynet i forhold til de afgørelser, der vedrører året 2002, at selskabernes accept af en ekstraordinær prisforhøjelse på en fastprisaftale af var en ”urimelig” disposition over for forbrugerne, jf. elforsyningslovens § 77, stk. 4, da dispositionen ikke afspejlede markedsbestemte vilkår, jf. elforsyningslovens § 46, stk. 4. På den baggrund er det Energitilsynets opfattelse, at disse omkostninger ikke kan indregnes om en ”nødvendig omkostning” i priserne efter elforsyningslovens § 69, stk. 1.

Som det fremgår af ordlyden af elforsyningsloven af § 69, stk. 1, som denne bestemmelse fremstod i årene 2000-2004, blev der imidlertid ikke i den relevante periode stillet særlige betingelser for, hvorledes de i § 69, stk. 1, nævnte omkostninger skulle være opstået. Det fulgte således hverken af bestemmelsens ordlyd eller af bemærkningerne til bestemmelsen i det tilhørende lovforslag (L 234 1998-1999), at omkostningerne skulle være ”rimelige” eller ”nødvendige”. Det sidstnævnte udtryk blev først indsat i bestemmelsen ved L 2004 494. Der blev i øvrigt heller ikke i lovteksten til § 69, stk. 1, eller i bemærkningerne til denne bestemmelse i det tilhørende lovforslag stillet forslag om, at omkostningerne skulle være

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 11 af 35

opstået ved dispositioner, der er indgået på "markedsbestemte vilkår".

Sammenfattende kan Energitilsynet således ikke – som det er sket – med hjemmel i elforsyningslovens § 69, stk. 1, afskære indregningen af omkostninger i 2002-2004 med henvisning til deres eventuelle "urimelige" karakter eller manglende overensstemmelse med "markedsvilkår" mv. Derimod kan Energitilsynet efter elforsyningslovens § 72, stk. 2, inddrage effektivitetsbetragtninger i forhold til indregningen af overskud i priserne (se straks nedenfor).

[...] Elforsyningslovens § 72

Elforsyningslovens § 72, som den var udformet i den relevante periode, omhandler de forsyningspligtige virksomheders fastsættelse af priser samt Energitilsynets godkendelse heraf.

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 12 af 35

Det fremgår af lovforarbejderne til bestemmelsen, at "de forsyningspligtige virksomheder kan indregne de 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", jf. lovforslag nr. 234 1998-99, de specielle bemærkninger til § 72. Det fremgår endvidere af de nævnte forarbejder, at Energitilsynets godkendelse "kan ledsages af vilkår, herunder om mere effektive og billige indkøb af elektricitet." Det er med andre ord virksomheden som sådan, der skal vurderes og ikke isolerede dispositioner eller delområder.

Som det bl.a. fremgår af de citerede forarbejder, kan de forsyningspligtige selskaber indregne de kategorier af omkostninger, der er nævnt i § 69. I den forbindelse er det ikke et krav, at de skal være "nødvendige". Et sådant krav fremgår således hverken af lovteksten i §§ 69 eller 72 eller forarbejderne hertil. Det betyder naturligvis ikke, at forsyningspligtselskaberne kan gøre, hvad de vil. Energitilsynet har, som det fremgår, således mulighed for ved beregning af *overskud* at "straffe" en ineffektiv adfærd ved at fastsætte et lavere overskud ud fra en konkret vurdering af et selskabs effektivitet sammenholdt med mulighederne i markedet.

Det er imidlertid ikke denne fremgangsmåde, som Energitilsynet benytter i de påklagede afgørelser. De omkostninger, der angiveligt

er i strid med elforsyningslovens §§ 46, stk. 4, og 77, stk. 4, indgår ikke i en *konkret helhedsvurdering* af de forsyningspligtige selskabers effektivitet, men udelades fra prisberegningen allerede fordi, at de angiveligt ikke – som ”ikke-nødvendige omkostninger” – kan henføres under § 69, stk. 1. En sådan fremgangsmåde er i strid med elforsyningslovens § 72, da Energitilsynet herved undlader at foretage den påkrævede konkrete effektivitetsvurdering af den samlede virksomhed i de enkelte forsyningselskaber, og da omkostninger, der angiveligt er udtryk for ineffektivitet, fratrækkes kredsen af omkostninger, der kan henføres under § 69, stk. 1, og ikke – som loven kræver – det mulige overskud.

[...] Elforsyningslovens § 77, stk. 4

For god ordens skyld skal det bemærkes, at Energitilsynets afgørelser ...[...] ikke udgør selvstændige afgørelser efter elforsyningslovens § 77, stk. 4. Efter afgørelsernes formulering inddrages denne bestemmelse alene som led i afgrænsningen af hvilke omkostninger, der kan henføres under elforsyningslovens § 69, stk. 1. Energitilsynet giver således i 2005-afgørelsen og de [...] påklagede afgørelser udtryk for, at en overtrædelse af elforsyningslovens § 46, stk. 4, (markedsbestemte vilkår) også udgør en urimelig disposition efter elforsyningslovens § 77, stk. 4.

[...] Elforsyningslovens § 46, stk. 4

[...]

Energitilsynets fortolkning af denne bestemmelse må forstås således, at en aftale ikke er på markedsvilkår, hvis den afviger fra Energitilsynets gennemsnitlige vilkår. I relation til priser indebærer det, at en pris ikke må afvige fra Energitilsynets referencepris. Referenceprisen er en gennemsnitspris, udregnet på grundlag af oplysninger modtaget efter elforsyningslovens § 76, stk. 1, nr. 1.

En sådan fortolkning er imidlertid udtryk for en forkert retsanvendelse, idet der ikke kan sættes lighedstegn mellem gennemsnitlige vilkår og markedsvilkår. Det afgørende må være, om vilkårene helt eller delvist er fastsat på grundlag af *ikke-kommercielle hensyn*.

En pris kan således godt være højere end Energitilsynets referencepris, uden at det automatisk heraf kan udledes, at aftalen ikke er indgået på markedsvilkår. Det skyldes to forhold:

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 13 af 35

For det første er markedsmekanismer ofte den direkte årsag til, at nogle markedsaktører enten kun kan opnå ringere vilkår end de gennemsnitlige vilkår, eller at nogle markedsaktører kan opnå bedre vilkår end de gennemsnitlige vilkår. Faktorer som en virksomheds størrelse, den indkøbte mængde og forhandlingsstyrke er eksempler på forhold, som kan føre til, at en markedsaktør opnår vilkår, der afviger fra de gennemsnitlige vilkår. Denne afvigelse kan ikke siges at være udtryk for, at der ikke er tale om markedsvilkår, idet det er markedsmekanismer, der er årsag til afvigelsen.

For det andet kan vilkår afvige fra gennemsnitlige vilkår som følge af, at en part i et længerevarende samarbejdsforhold i enkelte tilfælde bevidst vælger enten at tilbyde bedre vilkår eller at acceptere ringere vilkår end, hvad der kunne opnås andre steder. En sådan adfærd er begrundet i et ønske om at bevare det gode samarbejde, fordi dette samlet set vurderes at være det mest fordelagtige i det lange løb. I de fleste tilfælde vil gode samarbejdsrelationer således ikke kunne fastholdes, hvis hver part insisterer på til enhver tid at opnå vilkår, der svarer til bedst, kendt alternativ.

[...]

Et led i at bevare et godt samarbejde er således også, at man tænker enkeltstående dispositioner ind i en større sammenhæng. Der er ofte forskel på, hvad der er økonomisk optimalt på kort sigt og på lang sigt.

[...]

Hvis Energitilsynets fortolkning af elforsyningslovens § 46, stk. 4, lægges til grund, vil det føre til en vilkårlig prisregulering. Kollektive elforsyningsvirksomheder, der har ageret professionelt og ud fra almindelige kommercielle hensyn, vil således kunne blive prisreguleret, fordi en given aftale er ringere end Energitilsynets beregnede gennemsnitspris.

Det er derfor min opfattelse, at vurderingen efter forsyningslovens § 46, stk. 4, må gå på, om aftalevilkår har været påvirket af ikke-kommercielle hensyn som f.eks. et ønske om krydssubsidiering mellem koncernforbundne virksomheder. Herved begrænses opgaven naturligt til at se på dispositioner, som væsentligt afgiver fra det, der opfattes som markedsvilkår. Som følge heraf vil kontrollen kunne foregå uden risiko for vilkårlighed.

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 14 af 35

Min fortolkning af elforsyningslovens § 46, stk. 4, støttes i øvrigt af forarbejderne til elforsyningsloven. [...]

Det følger af disse forarbejder, at formålet med elforsyningslovens § 46, stk. 4, (i bemærkningerne § 46, stk. 3), er at forhindre omgåelse af elforsyningslovens prisbestemmelser. Det indebærer, at elforsyningslovens § 46, stk. 4, kun er overtrådt, hvis hensigten med dispositionen er omgåelse.

Hvis en sådan hensigt ikke foreligger, er der "blot" tale om, at der som følge af inkompetence, manglende forhandlingsdygtighed eller lignende er opnået en dårlig aftale. I et sådan tilfælde vil det være urimeligt at prisregulere den kollektive elforsyningsvirksomhed for den fulde forskel mellem det, der opfattes som markedsvilkår og de opnåede vilkår. Det skyldes, at en dårlig aftale på et område kan opvejes af en god aftale på et andet område. I tilfælde af inkompetence, manglende forhandlingsdygtighed osv. bør en prisregulering således ske på grundlag af en samlet vurdering af den kollektive elforsyningsvirksomheds aftalevilkår/-priser. Herved undgås det, at den kollektive elforsyningsvirksomhed straffes for dårlige aftaler uden samtidig at blive belønnet for gode aftaler.

I Energitilsynets vurdering af, om der foreligger omgåelseshensigt, vil det selvfølgelig kunne indgå som et bevisdatum, at en pris (vilkår) afgiver væsentligt fra det, der opfattes som markedsvilkår, men forskellen indebærer ikke i sig selv, at elforsyningslovens § 46, stk. 4, er overtrådt."

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 15 af 35

Til støtte for den mere subsidiære påstand om, at klager ikke i relation til prisen på porteføljeforvaltningsaftalen har handlet i strid med dagældende Efl § 46, stk. 4, har klager gjort samme synspunkter – herunder vedrørende bevisbyrde og processuel skadevirkning - gældende som i klagesagen vedrørende Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2005, der – som beskrevet ovenfor under "Sagens problemstillinger" – er afgjort af Energiklagenævnet den 25. februar 2008 under j.nr. 11-373.

Til støtte for den mere subsidiære påstand om, at klager ikke i relation til prisforhøjelsen på fastprisaftalen har handlet i strid med dagældende Efl § 46, stk. 4, har klager gjort samme synspunkter – herunder vedrørende bevisbyrde og processuel skadevirkning - gældende som i klagesagen vedrørende Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2005, der – som beskrevet ovenfor

under "Sagens problemstillinger" – er afgjort af Energiklagenævnet den 25. februar 2008 under j.nr. 11-373.

Til støtte for den mest subsidiære påstand om, at Energitilsynets afgørelse i relation til prisen på porteføljeforvaltningsaftalen bør ændres således, at efterreguleringen reduceres til et beløb efter Energiklagenævnets skøn, har klager gjort samme synspunkter gældende som i klagesagen vedrørende Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2005, der – som beskrevet ovenfor under "Sagens problemstillinger" – er afgjort af Energiklagenævnet den 25. februar 2008 under j.nr. 11-373.

Klagers begrundelse for den påståede reduktion af efterreguleringen er således også i nærværende sag, at den porteføljeforvaltning, Nordjysk Elhandel forestod i forhold til klager, omfattede flere ydelser end de standardaftaler om porteføljeforvaltning, som Energitilsynets referencepris relaterer sig til, hvorfor prisen på porteføljeforvaltningsaftalen kun kan sammenlignes med Energitilsynets referencepris for så vidt angår den del af Nordjysk Elhandels ydelse, som udgør standardydelsen. I tilslutning hertil har klager som tidligere henvist til en af revisor Lars Poulsen udarbejdet opgørelse, hvori revisoren har forsøgt at adskille omkostningerne til henholdsvis porteføljeforvaltningsaftalens standardydelse og merydelser, hvilken opgørelse ifølge klager kan danne udgangspunkt for et skøn over, om og i hvilket omfang klager har afholdt omkostninger til porteføljeforvaltning på ikke-markedsmæssige vilkår.

Til støtte for den mest subsidiære påstand om, at Energitilsynets afgørelse i relation til prisforhøjelsen på fastprisaftalen af april 2002 bør ændres således, at efterreguleringen reduceres til et beløb, der er videreført til forbrugerne, efter Energiklagenævnets skøn, har klager anført

"I forbindelse med min og klienternes gennemgang af Energitilsynets afgørelser har vi indtil videre opdaget enkelte fejl, som vi formoder, at Energitilsynet ønsker at berigtige i løbet af klageprocessen.

I den forbindelse skal det bemærkes i forhold til Energitilsynets afgørelse af 30. december 2006 vedrørende efterregulering for 2002 for AKE Forsyning A/S [...], at Energitilsynet har undladt at tage højde for, at dette selskab ikke har videresendt prisforhøjelsen for el-indkøb fra Nordjysk Elhandel A/S på [...] kr./kWh for perioden juli-december 2002, men derimod kun har foretaget en

10. marts 2008

J.nr.: 11-478
Eksp.nr.: 34261
SNK-EKN

Side 16 af 35

prisstigning på [...] kr./kWh for perioden august-november 2002
og [...] kr./kWh for december 2002.

AKE Forsyning A/S' egne beregninger vedrørende den ekstraordinære prisforhøjelse på indkøbsprisen i 2002 viser et merprovenu på [...] kr. (prisforhøjelse over for AKE Forsyning A/S' kunder for august-december). AKE Forsyning A/S har dermed ikke opnået et merprovenu på [...] kr., som angivet af Energitilsynet i den nævnte afgørelse af 30. december 2006. Energitilsynet har således ikke været opmærksom på, at den ekstraordinære prisforhøjelse på indkøbsprisen ikke er sendt videre til kunderne i forholdet én til én.

[...]

Da Energitilsynet tidligere har tilkendegivet over for mig, at efterreguleringerne vil blive reduceret, hvis de pågældende omkostninger faktisk ikke er blevet sendt videre til forbrugerne, forventer vi, at Energitilsynet vil imødekomme vores anmodning om en berigtigelse. Er dette ikke tilfældet, skal vi anmode om, at også disse fejl indgår i nærværende klagesag."

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 17 af 35

Andetsteds har klager vedrørende samme spørgsmål anført:

"For det tilfælde, at Energiklagenævnet trods ovenstående finder, at prisforhøjelsen udgør en overtrædelse af elforsyningslovens § 46, stk. 4, henledes opmærksomheden på, at de forsyningspligtige selskaber ikke i fuldt omfang har videreført denne til forbrugerne. I den forbindelse skal det bemærkes, at en overtrædelse af elforsyningslovens § 46, stk. 4, kun kan foreligge, i det omfang prisforhøjelsen er videreført til forbrugerne. Statsautoriseret revisor Lars Poulsen har udarbejdet en redegørelse, hvoraf det fremgår, i hvilket omfang prisforhøjelsen er videreført (bilag A)."

Af det nævnte bilag A fremgår det vedrørende klager bl.a.:

"Ake Forsyning A/S hævdede pr. 1. august 2002 prisen med DKK [...] /MWh og med et samlet salg i resten af året på [...] MWh, kan tilbagebetalingskravet opgøres til DKK [...] eller DKK [...] mindre end opgjort af Energitilsynet. [...]"

Energitilsynets bemærkninger

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

Vedrørende klagers principale påstande om, at afgørelsen skal annulleres som følge af, at efterreguleringen ikke er afsluttet i 2006, har Energitilsynet udtalt følgende:

"1. Sagsforløbet

I perioden 14. til 20. november 2006 fremsendte Energitilsynet (pr. e-mail) konkrete afgørelser vedr. efterreguleringen for perioden 2002 til 2004 i høring ved de pågældende selskaber [...]. I høringsafgørelserne fastsatte en uges frist til fremsendelse af bemærkninger. I den forbindelse bemærkes, at tilsynets vurderinger – som anført i afgørelserne – i vid udstrækning var foretaget på grundlag af Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2005 vedr. selskabernes elindkøb fra Nordjysk Elhandel A/S, jf. også Energiklagenævnets j.nr. 11-373.

Grundlaget for de konkrete afgørelser vedr. efterreguleringen for perioden 2002 til 2004 var således kendt for selskaberne og grundigt oplyst ved den meget omfattende korrespondance mellem selskaberne og tilsynet forud for afgørelsen af 31. oktober 2005. På denne baggrund vurderede tilsynet en uges høringsfrist som værende rimelig.

Den 22. november 2006 fremsendte klager foreløbige bemærkninger (pr. e-mail) til høringsafgørelserne, og samtidigt anmodede klager om aktindsigt i sagernes dokumenter [...].

Samme dag imødekom Energitilsynets klagers anmodning om aktindsigt og desuden forlængede tilsynet høringsfristerne for sagerne således, at klagers endelige bemærkninger skulle være tilsynet i hænde den 28. november 2006 (jf. e-mails af 22. og 23. november 2006 fra Michael Arentsen [...]).

I brev af 24. november 2006 anmodede klager om yderligere udsættelse af høringsfristen [...]. Tilsynet imødekom klagers anmodning om udsættelse i e-mail af 27. november 2006 således, at høringsfristen nu forlængedes til den 30. november [...].

Den 29. november 2006 fremsendte klager yderligere bemærkninger (pr. e-mail), og anmodede desuden Energitilsynet om at udsættes sagsbehandlingen, indtil selskaberne var fremkommet

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 18 af 35

med videre udtalelser i sagerne (e-mail af 29. november 2006 fra René Dejbjerg Pedersen [...]).

Ved e-mail af 30. november 2006 anmodede tilsynet klager om mere præcist at konkretisere, hvilket materiale, selskaberne ønskede aktindsigt i, eftersom allerede fremsendte akter sammen selskabernes egne årsberetninger efter tilsynets vurdering fuldt ud udgjorde afgørelsesgrundlaget [...]. Samtidig anmodedes klager om at fremsende denne konkretisering ikke senere end den 5. december 2006.

I e-mail ligeledes af 30. november 2006 erindrede tilsynet endvidere selskaberne om muligheden for indregning af uudnyttet avance efter anmodning [...].

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Ved e-mail af 5. december 2006 anførte klager, at det fremsendte materiale ikke gav anledning til yderligere anmodning om aktindsigt, idet klager dog fortsat efterlyste "*underliggende beretninger*" [...]. I e-mail af 6. december redegjorde tilsynet for, at klager allerede var i besiddelse af "*underliggende beretninger*", og i samme forbindelse berigtigedes en fejl i høringsafgørelserne til gunst for selskaberne [...]. Tilsynet fastsatte endvidere i denne e-mail en endelig frist for fremsendelse af evt. supplerende bemærkninger til høringsafgørelserne til den 15. december 2006.

Side 19 af 35

Først den 18. december 2006 fremsendte klager (pr. e-mail) supplerende bemærkninger til høringsafgørelserne (e-mail af 18. december fra Elin Vester [...]). Til trods for, at tilsynet så sig fuldt berettiget til efter den 15. december 2006 at træffe afgørelse på det foreliggende grundlag, tog tilsynet klagers supplerende bemærkninger i betragtning. Således vurderedes selskabernes supplerende bemærkninger, og afgørelserne ændredes til gunst for selskaberne. Ligeledes fremførte tilsynet en konkret vurdering af spørgsmålet om indregning af evt. uudnyttet avance for hvert enkelt selskab.

På denne baggrund traf Energitilsynet endelige afgørelser 30. december 2006.

Det er Energitilsynets klare opfattelse, at dette sagsforløb viser, at tilsynet har handlet aktivt og fleksibelt i relation til sagernes oplysning. Ikke mindst fremhæves det, at selskabernes bemærkninger blev taget i betragtning til trods for fristoverskridelser og

selvom julen 2006 naturligvis satte begrænsninger for tilsynets rådige ressourcer.

2. Bemærkninger til klagers anbringende om, at afgørelserne er truffet for sent

Efter overgangsbestemmelsen til lov nr. 494 af 9. juni 2004 skulle efterreguleringen for perioden 2002 til 2004 afsluttes inden udgangen af 2006.

Dette krav er opfyldt med Energitilsynets afgørelser af 30. december 2006 meddelt ved e-mails af 31. december 2006.

2.1. Meddelelse af afgørelserne

En afgørelse er – som det anføres af klager – meddelt, når den er kommet frem til adressaten. Det er imidlertid ikke en forudsætning, at afgørelsen skal være kommet til adressatens kundskab, jf. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 2. udgave, 2002, s. 611.

Efter praksis sidestilles en e-mail, som er placeret i en adressats indbakke, med post, som er kommet frem til adressaten, jf. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 2. udgave, 2002, s. 591.

Det er derfor Energitilsynets opfattelse, at afgørelserne er kommet frem til selskaberne inden udgangen af 2006. Eneste konsekvens ved, at afgørelserne blev meddelt en søndag var, at klagefristen da forlængedes til førstkommande mandag efter udløbet af de fire ugers frist, jf. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 2. udgave, 2002, s. 973.

2.2. Krav om skriftlighed og brug af e-mail

Det er korrekt – som det også anføres af klager – at tilsynets afgørelser skal meddeles skriftligt, jf. Energitilsynets forretningsorden § 9, stk. 1. Dette krav ser tilsynet fuldt ud opfyldt ved, at afgørelserne fremsendes pr. e-mail vedhæftet afgørelsen i form af et uredigerbart dokument (pdf).

Energitilsynet har elektronisk sagsbehandling, hvilket bl.a. medfører, at alle akter i sager, herunder afgørelser, alene opbevares i elektronisk form. Således journaliseres alle ind- og udgående meddelelser elektronisk. Det elektroniske journalsystem opfylder alle sikkerhedsmæssige krav til sagsbehandlingen.

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 20 af 35

De fremsendte afgørelser er alle journaliserede den 31. december 2006, jf. feltet "SJSendHandler" i mailhovedet på fremsendte e-mails [...]. Afgørelsernes autencitet kan således til enhver tid bekræftes ved udskrift fra journalsystemet.

Det bemærkes endvidere, at brugen af e-mail til fremsendelse af afgørelser er fuldt ud i overensstemmelse med tilsynets praksis. Således benytter tilsynet helt generelt e-mail i forbindelse med sagers oplysning og afgørelse. Som eksempel kan nævnes, at tilsynet hvert kvartal fremsender afgørelser pr. e-mail til samtlige elhandelsvirksomheder med forsyningspligt vedrørende priskon-trollen efter Elforsyningslovens § 72. Det skal også nævnes, at korrespondancen i det oven for beskrevne sagsforløb helt overve-jende er foregået pr. mail. Det er derfor helt nyt for tilsynet, at de her gældende selskaber ikke anerkender denne kommunikati-onsform.

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 21 af 35

Det er på denne baggrund Energitilsynets påstand, at brugen af e-mail til meddelelse af afgørelser ikke medfører ugyldighed."

Vedrørende klagers påstande i øvrigt, har Energitilsynet henvist til sine tidli-gere udtalelser i klagesagen vedrørende Energitilsynets afgørelse af 31. okto-ber 2005, der – som beskrevet ovenfor under "Sagens problemstillinger" – er afgjort af Energiklagenævnet den 25. februar 2008 under j.nr. 11-373.

Energiklagenævnet ses ikke at have kommenteret klagers anmodning om be-rigtigelse af angivelige fejl i opgørelsen af det tilbageføringskrav, der relaterer sig til prisforhøjelsen på fastprisaftalen, jf. herved klagers angivelse af, at prisforhøjelsen ikke er videreført til forbrugerne i fuldt omfang, hvorfor der bør ske en reduktion af det beløb, der skal efterreguleres, som klager mest subsidiært har nedlagt påstand om.

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. 767 af 28. august 2001, 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.

[...]

§ 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 bevil-
lingerne, samt grundlaget for fastsættelsen af disse, herunder le-
veringsaftaler 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

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 22 af 35

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 Energitilsynets klagenævn kan i forbindelse med behandling af en klage eller i forbindelse med udøvelsen af tilsyn hos bevillingspligtige virksomheder, andre elproduktionsvirksomheder, elhandelsvirksomheder og berørte forbrugere indhente oplysninger, som er nødvendige til varetagelsen af deres opgaver.

[...]"

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 23 af 35

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 priser. 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 for-

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 24 af 35

tjeneste 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.
[...]"

"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 bevilingerne skal anmeldes, eksempelvis priser for balanceringsydelse 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 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."

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 25 af 35

Lov nr. 494 af 9. juni 2004 om ændring af lov om elforsyning, lov om naturgasforsyning og lov om varmemforsyning, § 4, stk. 4, lyder som følger:

"§ 4

[...]

Stk. 4. Efterregulering af de forsyningspligtige virksomheders priser for perioden fra 2002 indtil ikrafttrædelsen af denne lovs prisregulering af forsyningspligtige virksomheder sker efter de hidtil gældende regler. Efterreguleringen sker i den enkelte virksomheds priser, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 1, henholdsvis indkalkuleres i Energitilsynets fastsættelse af den enkelte virksomheds balancerings- og administrationsbidrag, jf. elforsyningslovens § 72, stk. 2 og 3. Denne efterregulering afsluttes senest i 2006. [...]

[...]"

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 26 af 35

Af *"Betænkning afgivet af Det Energipolitiske Udvalg den 26. maj 2004 over Forslag til lov om ændring af lov om elforsyning, lov om naturgasforsyning og lov om varmemforsyning"*, bemærkningerne *"Til nr. 24"*, 6. afsnit, fremgår følgende om baggrunden for den citerede § 4, stk. 4:

"For så vidt angår det foreslåede stk. 03 [stk. 4 i den vedtagne lov], kan forsyningspligtige virksomheder i dag i henhold til gældende lovs prisbestemmelser i deres priser indkalkulere et overskud, som er rimeligt i forhold til omsætningens størrelse og effektiviteten ved indkøb af elektricitet og andre omkostninger. Overskuddet, der skal godkendes af Energitilsynet, fastsættes ud fra en konkret vurdering af den enkelte forsyningspligtige virksomheds effektivitet sammenholdt med de muligheder, som virksomhederne har haft for at agere effektivt i markedet. Det har således været forudsat, at virksomhederne agerer effektivt ved deres indkøb af elektricitet, og at de afsøger mulighederne for lang- og kortsigtede aftaler.

Energitilsynet, der godkender prisfastsættelsen efter anmeldelse, jf. den gældende lovs § 72, stk. 2, har ikke afsluttet efterreguleringen af virksomhederne for 2002, 2003 og indeværende år. Der er således behov for en overgangsbestemmelse, der muliggør, at Energitilsynet kan færdigbehandle og afslutte efterreguleringen i henhold til de nugældende regler. Overgangsbestemmelsen sikrer, at virksomhederne afregner eventuelle tilgodehavender eller skyldige beløb med forbrugerne.

Med det foreslåede stk. 03 [stk. 4 i den vedtagne lov] gøres det muligt for Energitilsynet at gennemføre efterreguleringen efter de nugældende regler også efter ikrafttrædelsen af lovforslagets ændrede prisregulering af forsyningspligtige virksomheder. Efterreguleringen skal ske i den enkelte virksomheds priser, jf. elforsyningslovens § 72 ,stk. 1, henholdsvis indkalkuleres i Energitilsynets fastsættelse af den enkelte virksomheds balancerings- og administrationsbidrag, som en virksomhed kan opkræve i henhold til ændringsforslaget foreslåede § 72, stk. 2 og 3. Efterreguleringen fordeles forholdsmæssigt på såvel timemålte som ikke timemålte forbrugere. Denne efterregulering vil skulle afsluttes senest i 2006.”

Bestemmelsen i lov nr. 494 af 9. juni 2004 om ændring af lov om elforsyning, lov om naturgasforsyning og lov om varmforsyning. § 4, stk. 4, 3. pkt., er senere ved lov nr. 520 af 7. juni 2006 om ændring af lov om elforsyning m.fl, § 8, ændret til følgende ordlyd, som i henhold til samme lovs § 9, jf. bekendtgørelse nr. 531 af 8. juni 2006, trådte i kraft den 15. juni 2006:

”Energitilsynets afgørelser om efterregulering skal foreligge senest i 2006.”

Om baggrund for ændringen fremgår det af lovforslagets (LSF 156 2005/1) bemærkninger til § 8:

”Overgangsbestemmelsen i § 4, stk. 4, om efterregulering af de forsyningspligtige virksomheders priser for perioden 2002-2004 blev indsat for at gøre det muligt for Energitilsynet at gennemføre efterreguleringen efter de dagældende regler også efter ikrafttrædelsen af den ændrede prisregulering af forsyningspligtige virksomheder. Overgangsbestemmelsen sikrer, at virksomhederne afregner eventuelle tilgodehavender eller skyldige beløb med forbrugere.

For at der ikke skal være tvivl om, at der er mulighed for at klage over de afgørelser, som Energitilsynet måtte træffe ultimo 2006 i forbindelse med efterreguleringen, og at Energitilsynet har mulighed for at håndhæve afgørelserne overfor virksomhederne, foreslås teksten i bestemmelsen præciseret.

Energitilsynet skal ifølge bestemmelsen have afsluttet sin sagsbehandling og have truffet afgørelse i sagerne senest i 2006. Bestemmelsen er ikke til hinder for, at Energitilsynet også efter den angivne frist håndhæver sine afgørelser om efterregulering. Be-

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 27 af 35

stemmelsen sætter ikke begrænsninger for Energiklagenævnets behandling af en påklaget tilsynsafgørelse og afskærer ikke Energitilsynet fra at behandle en sag, som måtte blive hjemvist af Energiklagenævnet til fornyet behandling i Energitilsynet. Bestemmelsen begrænser ej heller adgangen til at indbringe en klagesag for domstolene.”

Energiklagenævnets bemærkninger

Mundtlig forhandling m.v.

Klager har fremsat anmodning om mundtlig forhandling og i forbindelse hermed om førelse af vidner direkte for Energiklagenævnet.

Vedrørende førelsen af vidner bemærker Energiklagenævnet, at der efter fast praksis, som er i overensstemmelse med det i *Retsplejerådets betænkning 1401/2001: Reform af den civile retspleje I, kapitel 4, Forvaltningsdomstole. Administrative nævn, afsnit 3.2.1.*, anførte, ikke kan ske direkte bevisførelse for nævnet i form af vidneforklaringer, hverken under strafansvar eller uden strafansvar. Nævnet afslår under henvisning hertil klagers anmodning om vidneførelse for nævnet.

Det bemærkes i relation hertil, at Energiklagenævnet ved behandlingen af klagen vedrørende Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2005 under Energiklagenævnets j.nr. 11-373 - hvilken sag er omtalt ovenfor under ”Sagens problemstillinger” - har haft lejlighed til at gøre sig bekendt med en række skriftlige vidneerklæringer, som klager har fremsendt til denne sag. Disse vidneerklæringer er imidlertid efter nævnets opfattelse uden relevans for afgørelsen af nærværende sag.

Vedrørende spørgsmålet om mundtlig forhandling finder nævnet, at sagen foreligger fuldt oplyst på skriftligt grundlag. Nævner skønner, at der ved en mundtlig forhandling ikke vil kunne fremkomme væsentlige nye og væsentlige faktiske oplysninger, som vil kunne få betydning for sagens afgørelse. Nævnet imødekommer derfor ikke klagers anmodning om mundtlig forhandling.

Klagers principale påstande

Klager har principalt påstået, at den påklagede afgørelse skal annulleres, fordi den er fremkommet for sent. Klager har til støtte herfor henvist til, at Energitilsynets efterregulering af forsyningspligtselskabernes priser for perioden 2002 – 2004 i henhold til lov nr. 494 af 9. juni 2004 skulle ”afsluttes” senest i 2006, hvilket krav ikke er opfyldt, idet afgørelsen ikke inden udløbet af 2006

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 28 af 35

blev meddelt klager skriftligt på traditionel måde, men kun fremsendt pr. e-mail den 31. december 2006 til klagers kontor uden for normal kontortid.

Energiklagenævnet bemærker hertil følgende:

Ordlyden af lov nr. 494 af 9. juni 2004, § 4, stk. 4, 3. pkt., er – som det fremgår af redegørelsen ovenfor under "Retsgrundlaget" – med virkning fra 15. juni 2006 ændret til, at *"Energitilsynets afgørelser om efterregulering skal foreligge senest i 2006"*. Af de ligeledes ovenfor citerede bemærkninger til ændringen af bestemmelsen fremgår det bl.a., at *"bestemmelsen ikke er til hinder for, at Energitilsynet også efter den angivne frist håndhæver sine afgørelser om efterregulering"*.

Energiklagenævnet finder ikke, at der under disse omstændigheder kan hæves noget krav om, at afgørelsen skal være bekendtgjort over for parten inden udgangen af 2006, når blot afgørelsen er truffet inden årets udløb og dernæst, som en betingelse for håndhævelsen, bekendtgøres for parten.

Energiklagenævnet bemærker i denne forbindelse tillige, at det af forarbejderne til bestemmelsen såvel i dens tidligere som nuværende udgave tydeligt fremgår, at bestemmelsen ikke er indført til varetagelse af de forsyningspligtige virksomheders interesse i ekstinktion, men for at sikre, at virksomhederne afregner eventuelle tilgodehavender eller skyldige beløb med forbrugerne.

Det bemærkes i tilslutning hertil, at klager – som det fremgår af parternes beskrivelse af sagsforløbet frem til afgørelsen den 30. december 2006 – ikke kan have været i nogen form for berettiget tvivl om, at afgørelsen var på vej, eller hvad indholdet af afgørelsen kunne antages at blive, hvorfor klager ej heller kan have næret nogen berettiget forventning om, at elmyndigheden ville undlade at foretage efterregulering inden udløbet af den hertil ifølge overgangsbestemmelsen fastsatte periode.

Vedrørende spørgsmålet om bekendtgørelsesformen er det efter Energiklagenævnets opfattelse en almindeligt gældende regel, at forvaltningen kan kommunikere med parten i den form, parten selv har anvendt. Når henses til klagers anvendelse af e-mail i sin kommunikation med Energitilsynet forud for sagens afgørelse, finder Energiklagenævnet herefter, at den til klager pr. e-mail fremsendte afgørelse opfylder kravet om skriftlighed ifølge Energitilsynets forretningsordning § 9, stk. 1. Det bemærkes herved, at der ikke i den

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 29 af 35

konkrete situation har været grundlag for berettiget tvivl om afgørelsens autenticitet eller lignende, ligesom bekendtgørelsesformen i det hele taget har sikret klagers muligheder for at få fuld indsigt i den trufne afgørelse.

Det er ifølge forvaltningsrettens almindelige regler ikke noget krav, at afgørelsen for at kunne anses for meddelt skal være kommet til kundskab, men kun at den skal være kommet frem til vedkommende part. Energiklagenævnet finder på denne baggrund, at afgørelsen i nærværende sag må anses som meddelt klager søndag den 31. december 2006, hvor den ubestridt er kommet frem til klager, uanset om dette tidspunkt er uden for almindelig kontortid. Energiklagenævnet er således af den opfattelse, at også bekendtgørelsen af afgørelsen har fundet sted i 2006 og dermed under alle omstændigheder inden overgangsperiodens udløb.

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Energiklagenævnet afviser med disse bemærkninger klagers principale påstande om annullation af den påklagede afgørelse.

Side 30 af 35

Klagers subsidiære påstande

Klager har subsidiært påstået, at den påklagede afgørelse skal annulleres som følge af forkert retsanvendelse, idet Energitilsynet har anvendt dagældende EfL § 69, stk. 1, og andre bestemmelser i loven forkert, jf. nærmere klagers ovenfor under "Klagen til Energiklagenævnet" citerede synspunkter.

Hertil bemærker Energiklagenævnet:

Energiklagenævnet er af den opfattelse, at der i EfL § 69, stk. 1, også i 2002 måtte indlæses et i sammenhængen naturligt krav om, at en omkostning for at kunne indregnes i elprisen skulle have karakter af en nødvendig omkostning.

Energiklagenævnet kan ikke tilslutte sig klagers opfattelse af, at dagældende EfL § 46, stk. 4, kun er overtrådt, hvis hensigten med dispositionen rent subjektivt er omgåelse, hvilket kriterium efter Energiklagenævnets opfattelse er helt utilstrækkeligt i forhold til bestemmelsens formål, som er at beskytte forbrugerne mod kunstigt høje elpriser.

Energiklagenævnet kan heller ikke tilslutte sig klagers opfattelse af, at det er i strid med dagældende EfL § 72 at foretage særskilte vurderinger af de delelementer, der indgår i elprisen. Tværtimod finder Energiklagenævnet, at hensy-

net til den kontrol, energimyndighederne efter elforsyningsloven skal udøve i forbrugerbeskyttelsesøjemed, tilsiger gennemsigtighed i aftalevilkår m.v., herunder at en given disposition skal kunne vurderes og forsvares på egne præmisser.

Energiklagenævnet kan derimod tiltræde princippet om, at en forsyningspligtvirksomhed ikke bør "straffes" for "dårlige aftaler" uden samtidig at blive "belønnet" for "gode aftaler" i forbindelse med den effektivitetsvurdering, som efter EfL § 72, stk. 1, danner grundlag for fastsættelsen af et rimeligt overskud.

Det fremgår ikke umiddelbart af den påklagede afgørelse, hvilken betydning Energitilsynet i forbindelse med effektivitetsvurderingen og fastsættelsen af et rimeligt overskud i henhold EfL § 72, stk. 1, har tillagt omfanget af de omkostninger, som er fundet ikke-nødvendige, og som derfor ikke er blevet godkendt til indregning i elprisen efter EfL § 69, stk. 1.

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 31 af 35

Da en afklaring af dette spørgsmål har væsentlig betydning for Energiklagenævnets prøvelse af, om den af Energitilsynet anvendte metode er i overensstemmelse med elforsyningsloven, og om den for klager opgjorte efterregulering herefter er korrekt, vil sagen af denne grund være at hjemvise til Energitilsynet for en nærmere afklaring af eller eventuel fornyet afgørelse på dette punkt.

Klagers mere subsidiære påstand vedrørende prisen på porteføljeforvaltningsaftalen

Klager har mere subsidiært i relation til prisen på porteføljeforvaltningsaftalen nedlagt påstand om, at klager ikke som følge af den med Nordjysk Elhandel aftalte pris kan anses at have handlet i strid med dagældende EfL § 46, stk. 4.

Som nævnt ovenfor under "Sagens problemstillinger" har Energiklagenævnet allerede den 25. februar 2008* truffet afgørelse vedrørende dette spørgsmål i sagen vedrørende påklage af Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2005, der er behandlet under Energiklagenævnets j.nr. 11-373. Energiklagenævnet har ifølge denne afgørelse ligesom Energitilsynet vurderet, at den mellem klager og Nordjysk Elhandel aftalte pris for porteføljeforvaltning for 2002 er i strid med EfL § 46, stk. 4. Energiklagenævnet har i konsekvens heraf endvi-

* Berigtiget den 1. april 2008.

dere fundet, at prisen på porteføljeforvaltningsaftalen kun kan indregnes som en nødvendig omkostning i klagerne forsyningspligtpriser for 2002 med 5,00 DKK/MWh. For nærmere oplysninger om præmisserne for Energiklagenævnets vurdering henvises til afgørelsen.

Klagers mere subsidiære påstand vedrørende prisforhøjelsen på fastprisaftalen

Klager har mere subsidiært i relation til prisforhøjelsen på fastprisaftalen nedlagt påstand om, at klager ikke ved sin accept af prisforhøjelsen på fastprisaftalen af april 2002 har handlet i strid med den dagældende EfL § 46, stk. 4.

Som nævnt ovenfor under "Sagens problemstillinger" har Energiklagenævnet allerede den 25. februar 2008* truffet afgørelse vedrørende dette spørgsmål i sagen vedrørende påklage af Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2005, der er behandlet under Energiklagenævnets j.nr. 11-373. Energiklagenævnet har ifølge denne afgørelse ligesom Energitilsynet vurderet, at klager ved sin accept af prisforhøjelsen på fastprisaftalen af april 2002 med Nordjysk Elhandel har handlet i strid med EfL § 46, stk. 4. For nærmere oplysninger om præmisserne for Energiklagenævnets vurdering henvises til afgørelsen.

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 32 af 35

Klagers mest subsidiære påstand vedrørende prisen på porteføljeforvaltningsaftalen

Klager har mest subsidiært i relation til prisen på porteføljeforvaltningsaftalen nedlagt påstand om, at efterreguleringen bør reduceres med et beløb efter Energiklagenævnets skøn. Klager har til støtte herfor gjort samme synspunkter gældende som i klagesagen vedrørende Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2005, der – som beskrevet ovenfor under "Sagens problemstillinger" – er afgjort af Energiklagenævnet den 25. februar 2008 under j.nr. 11-373.

Klagers begrundelse for den påståede reduktion af efterreguleringen er således også i nærværende sag, at den porteføljeforvaltning, Nordjysk Elhandel forestod i forhold til klager, omfattede flere ydelser end de standardaftaler om porteføljeforvaltning, Energitilsynets referencepris relaterer sig til, hvorfor pri-

* Berigtiget den 1. april 2008.

sen på porteføljeforvaltningsaftalen kun kan sammenlignes med Energitilsynets referencepris for så vidt angår den del af Nordjysk Elhandels ydelse, som udgør standardydelsen. I tilslutning hertil har klager ligesom i den tidligere klagesag henvist til en af revisor Lars Poulsen udarbejdet opgørelse, hvori revisoren har forsøgt at adskille omkostningerne til henholdsvis porteføljeforvaltningsaftalens standardydelse og merydelser, hvilken opgørelse ifølge klager kan danne udgangspunkt for et skøn over, om og i hvilket omfang klager har afholdt omkostninger til porteføljeforvaltning på ikke-markedsmæssige vilkår.

Da Energiklagenævnet allerede ved den nævnte tidligere afgørelse har taget stilling til disse synspunkter, og idet der ikke fra klagers side er fremkommet yderligere anbringender med selvstændig betydning for den aktuelt påklagede afgørelse, kan Energiklagenævnet i det hele henholde sig til den allerede truffede afgørelse, hvorved der ikke er fundet grundlag for en reduktion som af klager påstået. For nærmere oplysninger om præmisserne for Energiklagenævnets vurdering henvises til afgørelsen.

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 33 af 35

Klagers mest subsidiære påstand vedrørende prisforhøjelsen på fastprisaftalen

Klager har mest subsidiært i relation til prisforhøjelsen på fastprisaftalen påstået, at efterreguleringen bør reduceres til et beløb, der er videreført til forbrugerne, efter Energiklagenævnets skøn. Klager har som baggrund herfor oplyst, at klager ikke i fuldt omfang har videresendt prisforhøjelsen til forbrugerne, og har fremlagt diverse oplysninger i så henseende.

Klager har desuden oplyst, at Energitilsynet tidligere over for klager har tilkendegivet, at efterreguleringerne ville blive reduceret i det omfang, de pågældende omkostninger rent faktisk ikke er ført videre til forbrugerne, hvorfor klager har forventet, at Energitilsynet ville imødekomme en berigtigelse i forbindelse med nærværende klagesags behandling.

Energitilsynet ses ikke at have reageret på disse udtalelser fra klagers side.

Energiklagenævnet bemærker følgende:

Energiklagenævnet har i sin tidligere omtalte afgørelse under j.nr. 11-373 udtalt, at dagældende EfL § 46, stk. 4, efter sin ordlyd må anses at have generel gyldighed for alle aftaler, som kollektive elforsyningsvirksomheder indgår med

andre virksomheder, men at et krav om tilbagebetaling i sagens natur kun kan komme på tale i det omfang, en unødvendig omkostning som følge af aftaleindgåelse i strid med EfL § 46, stk. 4, faktisk er indgået som en del af elprisen, jf. dagældende EfL § 69, stk. 1.

Energiklagenævnet kan således principielt tilslutte sig, at efterreguleringen bør finde sted under hensyntagen til, hvor stor en del af prisforhøjelsen på fastprisaftalen af april 2002, der er videreført til forbrugerne.

De oplysninger, klager er fremkommet med i så henseende, er – som det fremgår af det ovenfor under "Klagen til Energiklagenævnet" citerede – ikke enslydende, hvorfor Energiklagenævnet ikke umiddelbart finder at kunne basere nogen afgørelse herpå. Hertil kommer, at Energitilsynet har undladt at forholde sig til spørgsmålet om korrektion af den trufne afgørelse på dette punkt, hvilke samlede omstændigheder efter Energiklagenævnets opfattelse taler for en hjemvisning af sagen til afklaring af, om og i hvilket omfang der måtte være grundlag for en reduktion som af klager påstået.

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 34 af 35

Konklusion

Sagen vil i overensstemmelse med ovenstående bemærkninger være at hjemvise til afklaring af

- hvorvidt der er grundlag for en reduktion af efterreguleringsbeløbet som følge af, at klager ikke i fuldt omfang har videreført prisforhøjelsen på fastprisaftalen af april 2002 til forbrugerne
- hvilken betydning Energitilsynet i forbindelse med effektivitetsvurderingen og fastsættelsen af et rimeligt overskud i henhold til dagældende EfL § 72, stk. 1, har tillagt omfanget af de omkostninger, der er fundet ikke-nødvendige og derfor ikke kan godkendes til indregning i elprisen efter dagældende EfL § 69 stk. 1

samt til eventuel fornyet afgørelse på disse punkter.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af den 30. december 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.

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.

10. marts 2008

J.nr.: 11-478

Eksp.nr.: 34261

SNK-EKN

Side 35 af 35

P. N. V.

Poul K. Egan
Nævnformand

/ Henrik Chieu
Sekretariatschef