

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 2003

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-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. & 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 2003.

Sagens materielle hovedproblemstilling drejer sig om, hvorvidt den mellem klager og Nordjysk Elhandel A/S (herefter benævnt "Nordjysk Elhandel") aftalte pris for porteføljeforvaltning for 2003 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.

Sagen involverer endvidere en række spørgsmål af mere formel karakter, herunder vedrørende bevisbyrde og processuel skadevirkning, samt i øvrigt stillingtagen til klagers påstande om annullation af den påklagede afgørelse,

principalt fordi den er fremkommet for sent, subsidiært som følge af forkert retsanvendelse.

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

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 2 af 42

Den påklagede afgørelse

Energitilsynet traf den 30. december 2006 over for klager følgende

"Afgørelse

Energitilsynet godkender hermed AKE Forsyning A/S prisfastsættelse for 2003 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 virksom-

hedens 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 2003 indkøbt elektricitet/porteføljemanagement mv. fra Nordjysk Elhandel A/S.

AKE Forsyning A/S havde faktiske omkostninger til porteføljemanagement og balancehåndtering vedr. ordinære forsyningspligt-kunder på [...] DKK/MWh.

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

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 2003.

Side 3 af 42

[...]

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 ([...] - [...]), 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, idet principperne og vurderingerne i pkt. 53 ff. og pkt. 111 ff. i denne afgørelse ligeledes finder anvendelse for 2003. [Energiklagenævnets j.nr. 11-373]

I overensstemmelse med principperne i Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2005, er det derfor Energitilsynets sekretariats vurdering, at AKE Forsyning A/S skal tilbageføre ikke-nødvendige omkostninger på [...] DKK/MWh til forbrugerne vedr. 2003. Da AKE Forsyning A/S havde et salg på [...] MWh til ordinære forsyningspligt-kunder skal der på denne baggrund tilbageføres et beløb på [...] mio. DKK ([...] x [...]).

[...]

Samlet vurdering vedrørende 2003

Den samlede efterregulering vedr. ikke-nødvendige omkostninger for 2003 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 2003, at virksomhedens rimelige overskud før skat i 2003 – på baggrund af en benchmarking af AKE Forsyning A/S effektivitet [...], kan udgøre op til [...] mio. DKK svarende til [...] DKK/MWh og en egenkapitalforrentning på 4,3 %. AKE Forsyning A/S realiserede i 2003 et overskud på [...] mio. DKK. Virksomheden har således en uudnyttet avance for 2003 på i alt [...] mio. DKK. Netto udgør selskabets samlede efterregulering for 2003 derfor [...] mio. DKK ([...] – [...]).”

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 4 af 42

Klagen til Energiklagenævnet

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

Principal: Energitilsynets afgørelse om efterregulering annulleres som følge af, at efterreguleringen 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 om efterregulering ændres således, at efterreguleringen reduceres til et beløb efter Energiklagenævnets skøn.

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

"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 efterregulering 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 indføjelse 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.)

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 5 af 42

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.”

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 6 af 42

Som en reaktion på Energitilsynets udtalelser herom – hvilke er citeret nedenfor under ”Energitilsynets bemærkninger” - har klager videre til støtte for den principale annullationspåstand 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 efterregulering 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 klager om aktindsigt i afgørelsessagernes dokumenter den 22. november 2007. Det fremsendte materiale fra Energitilsynet var imidlertid ikke fyldestgørende, og den 24. november 2007 anmodede klager 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 klager ønskede kopi af.

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

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 klagers 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”.

Som det imidlertid tydeligt fremgår af klageskrivelsen, der henviser til den forvaltningsretlige litteratur, kan en forvaltningsafgø-

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 7 af 42

relse 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.

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 klager rejser i deres klageskrivelse af 30. marts 2007; nemlig om Energitilsynet har "afsluttet" sin efterregulering senest i 2006, herunder navnlig om en forvaltningsafgørelse, 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 klager har rejst i deres klageskrivelse til Energi-klagenævnet, men om et fortolkningsspørgsmål inden for strafferetsplejen.

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

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 8 af 42

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 klagers 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.

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 9 af 42

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 lov-hjemmel 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 [...] – at beregningen af klagefrister jo heller ikke begynder en søndag, men først den efterfølgende hverdag.

Endelig har klager 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 den subsidiære påstand 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 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 lovtæksten til § 69, stk. 1, eller i bemærkningerne til denne bestemmelse i det tilhørende lovforslag stillet forslag om, at omkostningerne skulle være 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.

Det fremgår af lovforarbejderne til bestemmelsen, at "de forsyningspligtige virksomheder kan indregne de kategorier af omkost-

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 10 af 42

ninger, 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 lovtjeksten 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 forsyningsselskaber, 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. Energi-

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 11 af 42

tilsynet 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.

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

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*.

Side 12 af 42

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:

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.

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 13 af 42

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.

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) afviger væsentligt fra det, der opfattes som markedsvilkår, men forskellen indebærer ikke i sig selv, at elforsyningslovens § 46, stk. 4, er overtrådt.”

Til støtte for den mere subsidiære påstand om, at klager ikke har handlet i strid med dagældende EfL § 46, stk. 4, har klager gjort gældende,

at Energitilsynet har fortolket og anvendt EfL § 46, stk. 4, og andre bestemmelser i elforsyningsloven forkert, jf. herved klagers allerede ovenfor citerede bemærkninger i så henseende.

at prisen på porteføljeforvaltningsaftalen ikke var fastsat ud fra ikke-kommercielle hensyn.

Klager har herunder bl.a. anført følgende:

”De forsyningspligtige selskabers fortolkning af elforsyningslovens § 46, stk. 4 indebærer, at bestemmelsen kun er overtrådt, hvis en disposition helt eller delvist er båret af ikke-kommercielle hensyn.

Det er de forsyningspligtige selskabers opfattelse, at prisen på porteføljeforvaltningsaftalen på baggrund af denne fortolkning ikke udgør en overtrædelse af elforsyningslovens § 46, stk. 4.

Energitilsynet forsøger på to måder at sandsynliggøre, at det modsatte er tilfældet.

1) For det første påpeges det, at Nordjysk Elhandel A/S har indgået porteføljeforvaltningsaftaler med kommercielle kunder til væsentligt lavere priser end de priser, de Forsyningspligtige selskaber har betalt.

2) For det andet påpeges det, at prisen på porteføljeforvaltningsaftalen er væsentligt højere end den referencepris, som Energitilsynet sammenligner med.

De påpegede forskelle skyldes imidlertid, at der er tale om ydelser, der ikke kan sammenlignes. Ydelserne til Nordjysk Elhandel A/S

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 14 af 42

kommercielle kunder svarer til de ydelser, som leveres i henhold til en standardaftale om porteføljeforvaltning. Tilsvarende er Energitilsynets referencepriser baseret på ydelser, som leveres i henhold til en standardaftale. Ydelserne til de Forsyningspligtige selskaber omfatter imidlertid væsentligt mere end dette.

En standardaftale om porteføljeforvaltning omfatter følgende ydelser:

- (1) Prognosticering af dagligt forbrug
- (2) Håndtering af spotkøb (fysisk el)
- (3) Balance- og måleværdihåndtering
- (4) Finansiell afdækning (efter aftalt strategi)
- (5) Rapportering
- (6) Afregning

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

De forsyningspligtige selskaber er enige i, at disse ydelser vil kunne leveres af flere udbydere på markedet til en pris på maksimalt 5 DKK/MWh.

Side 15 af 42

Men Nordjysk Elhandel leverer herudover følgende ydelser:

- (1) Afholdelse af møder i direktørgruppen
- (2) Deltagelse af Hydro på møder i direktørgruppen
- (3) Levering af analyser fra Hydro
- (4) Afholdelse af møder i balancegruppen
- (5) Deltagelse på repræsentantskabs- og bestyrelsesmøder hos de Forsyningspligtige selskaber
- (6) Diverse koordineringsopgaver (eksempelvis ved anskaffelse af fælles IT-system i 2002)
- (7) Kontakt til eksterne parter på vegne af de Forsyningspligtige selskaber (Energitilsynet, advokat, revisor m.v.)
- (8) Kampagnestøtte herunder fast tilbudspris

I det følgende uddybes en række af disse punkter.

Nordjysk Elhandel A/S afholder 10 – 12 gange om året *møder for direktørgruppen*. Disse møder har to formål. For det første at orientere om primært aktuelle markedsforhold. For det andet at uddanne direktørerne i relation til det liberaliserede elmarked. Nordjysk Elhandel A/S har på møderne været repræsenteret med 2-3 personer. Forberedelsen af møder er tillige varetaget af Nordjysk Elhandel A/S (lokaler, fortæring m.v.)

Det var et led i uddannelsen af direktørerne, at Nordjysk Elhandel A/S havde indgået en *konsulentaftale med Hydro*. De var på hvert møde i direktørgruppen repræsenteret med 2 deltagere med erfaring i og kompetence inden for det liberaliserede elmarked. Endvidere leverede Hydro analyser og rapporter vedrørende markedet.

Energitilsynet bemærker i afgørelsens pkt. 133, at ydelsen fra Hydro er solgt til en væsentlig lavere pris til to af Nordjysk Elhandel A/S' kommercielle kunder ([...] og [...]). Det skyldes imidlertid til forhold. For det første var det ikke en del af ydelsen til disse virksomheder, at Hydro skulle deltage på møder. For det andet fik de aldrig leveret analyser. Det viste sig således, at Hydro ikke kunne levere analysen til en pris, som kunne indeholdes i den pris, virksomhederne havde betalt. [...] og [...] skulle derfor have betalt en betydelig merpris, hvis de skulle have haft leveret analyser. Ved en efterfølgende genforhandling er analysedelen udgået af aftalen.

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 16 af 42

Ud over møder i direktørgruppen har Nordjysk Elhandel A/S afholdt en række *møder med personalet i de forsyningspligtige selskaber*. Formålet med disse møder har også været både orientering og uddannelse. Nordjysk Elhandel A/S har f.eks. uddannet selskabernes personale i håndtering af elforbrugere med egenproduktion. Undervisning i dette emne har indebåret, at personale i Nordjysk Elhandel A/S har skullet sætte sig ind i det komplicerede regelsæt, som gælder på dette område.

Nordjysk Elhandel A/S har endvidere *stået til rådighed som konsulent* i en række henseender. Det var blandt andet tilfældet, da de Forsyningspligtige selskaber skulle have anskaffet et fælles måleværdihåndteringssystem. I forbindelse hermed varetog Nordjysk Elhandel A/S koordinering, afsøgning af marked, indhentning af tilbud, udarbejdelse af anbefaling, kontraktforhandling og gennemførelse af selve købet.

Endelig har Nordjysk Elhandel A/S til brug for de forsyningspligtige selskabers *kundekampagner* stillet tilbud på faste priser, som har haft en gyldighedsperiode på 2-3 uger. Disse tilbud har været forbundet med en betydelig risiko for Nordjysk Elhandel A/S. Særligt denne risiko er afspejlet i den fortjeneste, Nordjysk Elhandel A/S har oppebåret på porteføljeforvaltningsaftalen.

De merydelser, Nordjysk Elhandel A/S har leveret, kunne de Forsyningspligtige selskaber også have modtaget ved enten selv at indgå konsulentaftaler eller ved at ansætte og uddanne eget per-

sonale. Denne fremgangsmåde har andre selskaber fulgt. De forsyningspligtige selskaber har imidlertid valgt at gå sammen om at løse opgaverne for herved at opnå stordriftsfordele. Man vurderede således, at selskaberne havde en størrelse, som ville gøre det for dyrt at løse opgaverne på egen hånd.

Ovenstående viser, at det ikke er korrekt, at andre elselskaber og kommercielle kunder hos Nordjysk Elhandel A/S har kunnet købe porteføljeforvaltning til en væsentlig lavere pris.

[...]"

Endvidere har klager til støtte for den mere subsidiære påstand om, at klager ikke har handlet i strid med den daværende EfL § 46, stk. 4, gjort følgende hovedsynspunkt gældende:

at porteføljeforvaltningsaftalen ikke er sammenlignelig med de standardaftaler, som Energitilsynets referencepris er udregnet på grundlag af.

Klager har herunder bl.a. anført følgende:

"Energitilsynets fortolkning af elforsyningslovens § 46, stk. 4, indebærer, at bestemmelsen er overtrådt, hvis en ydelse er indkøbt til en pris, der overstiger Energitilsynets referencepris. Energitilsynet har opgjort, at de forsyningspligtige selskabers omkostning til porteføljeforvaltningsaftalen er højere end referenceprisen [...].

Opgørelsen er imidlertid baseret på den forudsætning, at porteføljeforvaltningsaftalen er sammenlignelig med de standardaftaler, som Energitilsynets referencepris er udregnet på grundlag af. Denne forudsætning er forkert [...].

Energitilsynet anfører desuden [...], at HHE Forsyning A/S har opnået konkurrencedygtige priser efter at have bragt samarbejdet med Nordjysk Elhandel A/S til ophør (er udokumenteret). Denne sammenligning bygger også på den forudsætning om sammenlignelige ydelser. Eftersom det imidlertid ikke er muligt at købe de ydelser, Nordjysk Elhandel A/S leverer fra andre leverandører, har HHE Forsyning A/S efter samarbejdets ophør enten måtte løse disse opgaver via eget personale eller bestille ekstern konsulentrådgivning. Omkostningerne hertil indgår således ikke i prisen på en evt. standardporteføljeforvaltningsaftale, som HHE Forsyning A/S har købt ved en anden leverandør end Nordjysk Elhan-

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 17 af 42

del A/S. Derfor kan prisen herpå ikke sammenlignes med den pris, de Forsyningspligtige selskaber betaler til Nordjysk Elhandel A/S.

Prisen på porteføljeforvaltningsaftalen leveret af Nordjysk Elhandel A/S kan således kun sammenlignes med Energitilsynets referencepris, for så vidt angår den del af ydelsen, som udgør standardydelsen.

[...]

I relation til vurdering af, om porteføljeforvaltningsaftalen er indgået på markedsvilkår, fremhæver Energitilsynet, at de Forsyningspligtige selskaber er forpligtet til at afsøge markedet for alternativer. Dette har de forsyningspligtige selskaber også gjort. De har på dette grundlag valgt at indgå en længerevarende samarbejdsaftale. Dette er i overensstemmelse med, hvad lovgiver har forudsat. Energitilsynet anfører således selv [...], at det af lovens forarbejder [...] fremgår, at:

*"det forudsættes at virksomheden agerer effektivt ved køb af elektricitet og at den herunder afsøger mulighederne for **lang-** og **kort-**sigtede aftaler..."* (min understregning))

På den baggrund kan det ikke i relation til en prisregulering tillægges nogen selvstændig betydning, at de forsyningspligtige selskaber i relation til porteføljeforvaltning ikke har afsøgt markedet på samme måde, som man ville have gjort, hvis man ikke indgik i et fast samarbejde. En sådan praksis er i øvrigt både almindelig og nødvendig for at realisere stordriftsfordele på en porteføljeforvaltningsaftale. Det ville således ikke været muligt at opnå stordriftsfordele, hvis Nordjysk Elhandel A/S i opstartsfasen ikke kunne regne med, at de Forsyningspligtige selskaber ville købe de i aftalen omhandlede ydelser.

[...]"

Til støtte for den mest subsidiære påstand om, at Energitilsynets afgørelse bør ændres således, at efterreguleringen reduceres til et beløb efter Energitilsynets skøn, har klager ligeledes gjort gældende, 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

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 18 af 42

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

Mere generelt har klager til støtte for klagen gjort gældende

at Energitilsynet bærer bevisbyrden for de omstridte forhold, som påberåbes af tilsynet, herunder for at aftaler ikke er indgået på markedsmæssige vilkår som foreskrevet i dagældende EfL § 46, stk. 4, og

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 19 af 42

at der ikke i sagen er grundlag for at statuere processuel skadevirkning over for klager, idet der ikke kan påvises hjemmel til at afkræve klager yderligere skriftlige oplysninger, end hvad denne har bidraget med til sagen.

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 mel-

lem 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 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 [...].

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-

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 20 af 42

mail en endelig frist for fremsendelse af evt. supplerende bemærkninger til høringsafgørelserne til den 15. december 2006.

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.

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 21 af 42

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.

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 priskontrollen efter Elforsyningslovens § 72. Det skal også nævnes, at korrespondancen i det oven for beskrevne sagsforløb helt overvejende er foregået pr. mail. Det er derfor helt nyt for tilsynet, at de her gældende selskaber ikke anerkender denne kommunikationsform.

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 tidligere udtalelser i klagesagen vedrørende Energitilsynets afgørelse af 31. oktober 2005, hvorved Energitilsynet tog generel stilling til, om de forsyningspligt-

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 22 af 42

selskaber (herunder klager), der i 2002 aftog el fra Nordjysk Elhandel A/S havde forbrudt sig mod dagældende Efl § 46, stk. 4, for så vidt angik 1) accepten af en prisforhøjelse på en fastprisaftale og 2) prisen for porteføljevaltning. Energitilsynet vurderede for begge forholds vedkommende, at Efl § 46, stk. 4, var tilsidesat. Klagesagen blev behandlet og afgørelsen stadfæstet af Energiklagenævnet den 25. februar 2008 under j.nr. 11-373.

Vedrørende klagers mere subsidiære påstand om, at klager ikke har handlet i strid med den dagældende Efl § 46, stk. 4, samt vedrørende klagers mest subsidiære påstand om, at efterreguleringen bør reduceres til et beløb efter Energiklagenævnets skøn, har Energitilsynet i denne tidligere klagesag bl.a. udtalt følgende:

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 23 af 42

"[...] Energitilsynets afgørelse vedrørende omkostninger til porteføljevaltningsaftalen hviler tilsvarende på en vurdering af, om aftalen er indgået på markedsbestemte vilkår.

[...] Tilsynet har noteret sig, at porteføljevaltningsydelser omfattet af den konkrete aftale mellem Nordjysk Elhandel A/S og forsyningspligtselskaberne, ikke afviger fra standardmæssige ydelser, og at priser og vilkår i denne aftale derfor er fuldt sammenlignelige med andre porteføljevaltningsaftaler.

[...] Energitilsynet har baseret sin afgørelse på en sammenligning af 26 andre porteføljevaltningsaftaler indgået i perioden 2002 – 2005. Energitilsynets afgørelse er således baseret på et bredt og repræsentativt udvalg af aftaler mellem selskaber.

[...] Energitilsynet har ved sammenligningen af de forskellige porteføljevaltningsaftaler kunnet konstatere, at ingen andre aflepriser for porteføljevaltning inkl. omkostninger til balancehåndtering overstiger 5,00 DKK/MWh for Vestdanmark for aftaler indgået mellem uafhængige parter.

[...] Nordjysk Elhandel's forvaltningspris på [...] DKK/MWh overstiger således markedspriseniveauet med [...] DKK/MWh, eller [...] %.

[...] Derfor vurderer Energitilsynet, at et prisniveau på ikke over 5,00 DKK/MWh er i overensstemmelse med markedsbestemte vilkår for aftaler vedr. indkøb af porteføljevaltningsydelser.

[...] Tilsynet finder ikke, at klager har sandsynliggjort, at porteføljeforvaltningsaftalen afspejler markedsbestemte vilkår i henhold til elforsyningslovens § 46, stk. 4, og finder det henset til den signifikante prisforskel ubetænkeligt at lægge til grund for afgørelsen, at prisen ikke er fastsat på markedsvilkår.

[...] Desuden har klager ikke dokumenteret at have undersøgt eller afprøvet markedet for porteføljeforvaltningsydelser.

[...] Tilsynet fandt herefter, ud fra en samlet vurdering, at forsyningspligtselskabernes meromkostninger ved de nævnte dispositioner ikke kunne indregnes som nødvendige omkostninger i selskabets priser.”

”[...]

[...] Det fremgår af den konkrete porteføljeforvaltningsaftale mellem Nordjysk Elhandel A/S og forsyningspligtselskaberne, at den alene omfatter standardydelser. Derimod er de øvrige ydelser, som nævnes i ankeskriftet [...], ikke nævnt i porteføljeforvaltningsaftalen, hvorfor de ikke kan påvirke prisfastsættelsen af denne aftale.

[...]”

Vedrørende klagers synspunkt om, at Energitilsynet bærer bevisbyrden for omstridte forhold, som påberåbes af tilsynet og herunder for, at aftaler ikke er indgået på markeds-mæssige vilkår, **og at** der ikke i sagen er grundlag for at statuere processuel skadevirkning over for klager, har Energitilsynet i den ovennævnte tidligere klagesag udtalt følgende:

”[...] Videre anfører klager, at elforsyningslovens § 84 ikke er en bevisbyrderegel, hvorfor det som udgangspunkt ikke er de forsyningspligtige selskaber, der har bevisbyrden for, at deres forklaringer er sandfærdige.

[...] I henhold til officialprincippet har myndigheden ansvaret for, at sagerne oplyses i tilstrækkeligt omfang, inden der træffes afgørelse. Det påhviler således den enkelte myndighed at fremskaffe fornødne oplysninger om den foreliggende sag, bl.a. ved at parterne medvirker til sagens oplysning.

[...] Elforsyningslovens § 84 giver Energitilsynet adgang til at pålægge parterne en oplysningspligt. Oplysningspligten omfatter alle oplysninger, som myndigheden skønner nødvendige for myndig-

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 24 af 42

hedsudøvelsen. Hvor langt oplysningspligten rækker, må afgøres ved sædvanlig fortolkning og ud fra almindelige retsgrundsætninger, herunder proportionalitetsprincippet.

[...] En sag skal undersøges af myndigheden netop så langt, som det er nødvendigt i det enkelte tilfælde for at træffe en forsvarlig og materielt rigtig afgørelse. En afgørelse må dog ikke bygge på formodninger, forudsætninger eller antagelser, som ikke har tilstrækkelig støtte i de tilvejebragte faktiske oplysninger. Den der vil påberåbe sig et bestemt hændelsesforløb, har bevisbyrden herfor.

[...] Det påhviler således ikke myndigheden at bevise, at afgivne forklaringer ikke er sandfærdige, når disse ikke kan dokumenteres eller sandsynliggøres.

[...] Energitilsynet har med henblik på oplysningen af sagen, jf. Efl § 84, ved gentagne henvendelser søgt at få parterne til at frembringe dokumentation for [...], at forsyningspligtselskaberne i denne situation eller tidligere har afsøgt markedet for konkurrerende tilbud på porteføljeforvaltningsydelsen. Dette har parterne imidlertid afvist med den begrundelse, at det ikke har været muligt at fremskaffe de pågældende oplysninger.

[...] Parterne i sagen er professionelle erhvervsvirksomheder, som er vidende om, at de i henhold til lovgivningen var og er underlagt et tilsyn. Dette tilsyn forudsætter, at selskaberne kan sandsynliggøre og dokumentere de forhold, der har betydning for prisfastsættelsen, hvilket er en forudsætning for at Energitilsynet kan udøve sine beføjelser i henhold til elforsyningsloven.

[...] Parterne burde således kunne fremskaffe den efterspurgte dokumentation, og tilsynet må kunne stille krav om, at parterne skriftligt kan dokumentere deres påstande. Parterne har imidlertid ikke været i stand til at dokumentere deres forklaringer.

[...] På denne baggrund er tilsynet uforstående over for klagers anmodning om vidneafhøring for Energiklagenævnet, idet anmodningen savner grundlag.

[...] Bl.a. på baggrund heraf har Energitilsynets sekretariat under sagsforberedelsen med hjemmel i elforsyningslovens § 82, stk. 6 bl.a. indhentet sagkyndig bistand fra revisionsfirmaet Grant Thornton og har undersøgt priser og betalingsvilkår for andre ak-

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 25 af 42

tører på markedet, ligesom der er foretaget partshøring over samtlige oplysninger i sagen.

[...] Under disse omstændigheder har Energitilsynet således truffet afgørelse på et sagligt og forsvarligt grundlag.

[...]"

Supplerende faktiske oplysninger m.v.

Vedrørende relationerne m.v. mellem klager og Nordjysk Elhandel, har klager bl.a. oplyst følgende:

"[...]

Indledningvis redegøres for de juridiske enheder, som indgår i denne sag:

- (1) - AKE Forsyning A/S (ejet af Aalborg Kommune, Elforsyningen-AKE Net),
 - BOE Forsyning A/S (ejet af BOE Net A/S),
 - Frederikshavn Forsyningspligt A/S (ejet af Frederikshavn Elnet A/S),
 - Sæby Forsyningspligt A/S (ejet af Sæby Kommunale Elforsyning),
 - Nordthy Energi A/S (ejet af Thy-Mors El-Net A/S)

er forsyningspligtige virksomheder, jf. elforsyningslovens § 5.

- (2) Nordjysk Elhandel A/S er et almindeligt, kommercielt selskab. Det er i dag ejet af:
- Aalborg Kommune, Elforsyning – AKE Net (52,2 %)
 - BOE Service A/S (15 %)
 - Frederikshavn Forsyning A/S (11,3 %)
 - Sæby Kommunale Elforsyning (2,6 %)
 - Thy Mors Energi A.m.b.a. (13,4 %)

Via aktionæroverenskomst og udformningen af vedtægterne for Nordjysk Elhandel A/S er det sikret, at ingen enkeltaktionær kan udøve bestemmende indflydelse i Nordjysk Elhandel A/S. [...]"

"[...] Nordjysk Elhandel A/S blev stiftet med blandt andet det formål at forberede indkøb af elektricitet til ejerkredsens forsyningspligtige selskaber samt NTPA-kunder i ejerkredsens egne forsyningsområder. Baggrunden var, at elmarkedet fra 1. januar 1999 blev delvis frit som følge af ændret lovgivning.

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 26 af 42

Nordjysk Elhandel A/S blev i lighed med mange andre elhandels-selskaber stiftet for, at man i fællesskab kunne løse en række opgaver billigt, som det ellers ville være for dyrt for et lille eller mellemstort forsyningspligtigt selskab at løse på egen hånd. Det var således blandt andet nødvendigt at uddanne personale til at operere på et marked, som man i Danmark ikke havde nogen erfaring med, og som også i de øvrige skandinaviske lande var under opbygning.

Målet var gennem fælles indkøb og aktiviteter at tilbyde forbrugere en lav elpris.

[...]

Konkret blev indkøbene til de Forsyningspligtige selskaber varetaget af et direktørudvalg. I dette udvalg sad direktørerne eller andre repræsentanter for de Forsyningspligtige selskaber og direktøren for Nordjysk Elhandel A/S.

På møderne kom direktøren i Nordjysk Elhandel A/S med anbefalinger om dækningskøb. På grundlag heraf tog direktørudvalget stilling til, hvilken indkøbsstrategi der skulle følges. Endvidere orienterede direktøren i Nordjysk Elhandel A/S om beholdningen af kontrakter, som allerede var indkøbt på grundlag af tidligere møder i direktørgruppen, aktuelle priser og på grundlag deraf forsyningspligtselskabernes forventede købspriser, ligesom markedssituationen (andre forsyningspligtselskabers priser) blev drøftet.

(Det fremhæves i den forbindelse, at Energitilsynet [...] misforstår den rolle, Nordjysk Elhandel A/S havde. Der var ikke tale om, at de Forsyningspligtige selskaber var bundet til én leverandør af el. Nordjysk Elhandel A/S indkøbte el **på vegne af** de Forsyningspligtige selskaber efter deres anvisninger).

Ud over indkøbsstrategien for el drøftede direktørudvalget også strategien for de øvrige elementer i basisprisen. [...]

[...]

Kontrakterne i dækningspuljen var indgået mellem Nordjysk Elhandel og elproducenterne/Nord Pool. Men de tilhørte de Forsyningspligtige selskaber. Indkøbene blev således reelt foretaget på

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 27 af 42

grundlag af de mundtlige aftaler indgået på direktørudvalgsmøderne.

I direktørgruppen indgik tre forsyningspligtige selskaber, som var ejet af kommunale elforsyninger. Disse var omfattet af reglerne om offentlighed i forvaltningen. Derfor blev der af konkurrencemæssige hensyn ikke udarbejdet referater fra den del af møderne.

[...]"

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:

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 28 af 42

"[...]

§ 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.

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 29 af 42

§ 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 tilsva-
rende 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 forhand-
ling med parterne give påbud om ændring heraf.

Stk. 4. Energitilsynet kan træffe bestemmelse om, at en kollek-
tiv 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 over-
skud til ændring af priserne.

[...]

§ 84. Økonomi- og erhvervsministeriet, Energitilsynet og Energi-
klagenævnet kan i forbindelse med behandling af en klage eller i
forbindelse med udøvelsen af tilsyn hos bevillingspligtige virk-
somheder, andre elproduktionsvirksomheder, elhandelsvirk-
somheder og berørte forbrugere indhente oplysninger, som er
nødvendige til varetagelsen af deres opgaver.

[...]"

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 virksom-

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 30 af 42

heden 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 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.
[...]

”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 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 forsynings-

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 31 af 42

pligtvirksomheder. 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."

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 32 af 42

Lov nr. 494 af 9. juni 2004 om ændring af lov om elforsyning, lov om naturgasforsyning og lov om varmforsyning, § 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. [...]

[...]"

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 varmforsyning"*, 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."

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 33 af 42

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 forbrugerne.

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. Bestemmelsen 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.”

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 34 af 42

Energiklagenævnets bemærkninger

Mundtlig forhandling m.v.

Klager har fremsat anmodning om mundtlig forhandling, ligesom klager har tilkendegivet, at klager ønsker at føre en række vidner for Energiklagenævnet, *”hvis Energiklagenævnet anser det for nødvendigt med en bevisførelse for, at der er forskel i ydelserne”*. Energiklagenævnet forstår ordet *”ydelser”*, som refererende til de porteføljeforvaltningsydelser, som klager modtog fra Nordjysk Elhandel, og som klager hævder omfattede andet og mere end de såkaldte standardydelser, Energitilsynets referencepris relaterer sig til.

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.

Videre bemærkes, 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 "Energitilsynets bemærkninger" - har haft lejlighed til at gøre sig bekendt med en række skriftlige vidneerklæringer, som klager har fremsendt til denne tidligere sag - herunder erklæringer fra direktør Knud Sloth, AKE Forsyning A/S, direktør Bo Lyng Rydahl, Nordjysk Elhandel A/S, og statsautoriseret revisor Lars Poulsen, Mortensen og Beierholm, vedrørende prisen på porteføljeaftalen, hvoraf det samstemmende fra de nævnte personer fremgår, at aftalen udover de såkaldte standardydelse omfattede sådanne merydelser, som er beskrevet ovenfor under "Klagen til Energiklagenævnet".

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 35 af 42

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 mundtligt forhandling.

Klagers principale påstand

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 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 hævdes 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.

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

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.

Side 36 af 42

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 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.

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

Klagers subsidiaire påstand

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 2003 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 hensynet 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.

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 37 af 42

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.

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.

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Klagers mere subsidiære påstand

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 for porteføljeforvaltning kan anses at have handlet i strid med dagældende EfL § 46, stk. 4. Klager har til støtte herfor overordnet gjort gældende, **at** Energitilsynet har fortolket og anvendt EfL § 46, stk. 4, og andre bestemmelser i elforsyningsloven forkert, **at** prisen på porteføljeforvaltningsaftalen ikke var fastsat ud fra ikke-kommercielle hensyn, **og at** porteføljeforvaltningsaftalen ikke er sammenlignelig med de standardaftaler, Energitilsynets referencepris er udregnet på baggrund af.

Side 38 af 42

Hertil bemærker Energiklagenævnet følgende:

Som ovenfor anført kan Energiklagenævnet ikke tilslutte sig klagers opfattelse af, at EfL § 46, stk. 4, kun er tilsidesat, hvis hensigten med dispositionen rent subjektivt har været at omgå elforsyningslovens bestemmelser.

Det er efter Energiklagenævnets opfattelse desuden irrelevant for vurderingen af, hvorvidt klager har handlet i strid med EfL § 46, stk. 4, om Nordjysk Elhandel – som klager udtrykker det – ”ikke har tjent penge” på porteføljeforvaltningsaftalen.

Afgørende for, om EfL § 46, stk. 4, i det konkrete tilfælde er tilsidesat, er efter Energiklagenævnets opfattelse, om klager har betalt overpris for ydelsen, set i forhold til hvad den kunne købes for andetsteds på markedet.

Klager har ikke dokumenteret at have afsøgt markedet for ydelser af den pågældende art for det omhandlede år, på hvilken baggrund Energiklagenævnet må lægge til grund, at en sådan afsøgning ikke har fundet sted. Klager kan således ikke med henvisning til en sådan afsøgning dokumentere, at den pris, der er betalt, er på linje med eller eventuelt lavere end de alternativer, der kunne komme på tale.

Klager har gjort gældende, at det ikke er op til klager at dokumentere, at porteføljeforvaltningsaftalen er indgået på markedsvilkår, men derimod op til energimyndighederne at dokumentere, hvis den ikke er det.

Efter Energiklagenævnets opfattelse skal spørgsmålet om bevisbyrde ses i lyset af følgende omstændigheder: Klager er som forsyningspligtvirksomhed ifølge offentlig bevilling bekendt med at være underkastet den efter elforsyningsloven gældende prisgodkendelse og i forbindelse hermed kravet efter EfL § 46, stk. 4. Klager er herunder desuden bekendt med de dokumentationskrav m.v., der kan stilles til forsyningspligtselskaberne ifølge dagældende EfL § 76, jf. bekendtgørelse nr. 90 af 7. februar 2000 og Energitilsynets anmeldelseskemaer, samt dagældende EfL § 84. Når klager herefter undlader at afsøge markedet og i stedet indgår en mundtlig aftale med en interesseforbundet og ren kommerciel virksomhed til en pris, som ligger markant over en af Energitilsynet efter saglige kriterier opgjort referencepris for den omhandlede ydelse, må det være op til klager at dokumentere, at prisen desuagtet ikke er højere end prisen for ydelsen på markedet i øvrigt. Denne dokumentation kan i sagens natur være vanskelig at frembringe, eftersom markedet netop ikke blev afsøgt forud for aftalens indgåelse. Ulemperne ved dokumentationens fravær findes imidlertid naturligt at måtte falde på det forsyningspligtselskab, som undlod at afsøge markedet forud for aftaleindgåelsen, hvorved der endvidere henvises til de forbrugerbeskyttelseshensyn, som ligger bag ordningen for prisgodkendelse.

Klager har til støtte for, at man ikke har betalt for meget for den pågældende ydelse, henvist til, at ydelsen omfattede andet og mere end de standardaftaler om porteføljeforvaltning, hvortil Energitilsynets referencepris relaterer sig.

Uden nærmere at forholde sig til, hvorvidt det er korrekt at antage, at den mellem klager og Nordjysk Elhandel indgåede aftale om porteføljeforvaltning reelt omfattede andre, nødvendige ydelser end sædvanligt for sådanne aftaler, konstaterer Energiklagenævnet, at klager under alle omstændigheder mang-

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 39 af 42

ler at dokumentere, at markedsprisen for de samlede porteføljeforvaltningsydelser, klager modtog fra Nordjysk Elhandel, oversteg de 5,00 DKK/MWh, som referenceprisen – der ifølge Energitilsynet ikke er nogen gennemsnitspris, men en maksimumspris – androg for Vestdanmark i 2003.

Energiklagenævnet finder på baggrund af ovenstående, at klager for så vidt angår den del af prisen på porteføljeforvaltningsaftalen, som overstiger referenceprisen på 5,00 DKK/MWh, må anses at have handlet i strid med dagældende EfL § 46, stk. 4.

Klagers mest subsidiære påstand

Klager har mest subsidiært i relation til prisen på porteføljeforvaltningsaftalen nedlagt påstand om, at efterreguleringen skal reduceres til et beløb efter Energiklagenævnets skøn. Til støtte herfor har klager gjort gældende, at prisen på porteføljeforvaltningsaftalen kun kan sammenlignes med Energitilsynets referencepris for så vidt angår den del af Nordjysk Elhandels ydelser, som udgør standardydelsen. Klager har til belysning heraf henvist til en af revisor Lars Poulsen udarbejdet opgørelse, hvori revisoren har forsøgt at adskille omkostningerne til henholdsvis porteføljeforvaltningsaftalens standardydelser 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.

Hertil bemærker Energiklagenævnet følgende:

Energiklagenævnet finder af de grunde, der er redegjort for i relation til klagers mere subsidiære påstand, ikke grundlag for nogen skønsmæssig reduktion som påstået.

Konklusion

Sagen vil i overensstemmelse med ovenstående bemærkninger være at hjemvise til Energitilsynet til afklaring af, 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 dette punkt.

Energiklagenævnets afgørelse

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 40 af 42

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.

28. januar 2008

J.nr.: 11-479

Eksp.nr.: 34391

SSH-EKN

Side 41 af 42

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

P. N. V.

Poul K. Egan
Nævnformand

/ Henrik Chieu
Sekretariatschef