

AFGØRELSE

(Varmeforsyning)

energi

KLAGENÆVNET

Frederiksborggade 15
1360 København K

Besøgsadresse:
Linnésgade 18, 3. sal
1361 København K

Tlf 3395 5785
Fax 3395 5799

www.ekn.dk
ekn@ekn.dk

KLAGE FRA EnergiGruppen Jylland Varme A/S over
AFGØRELSE FRA Energitilsynet af 27. maj 2009
OM aktindsigt i korrespondance m.v. mellem Grant Thornton
og Energitilsynet

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

NÆVNETS Nævnformand, dommer Poul K. Egan
SAMMEN- Næstformand, professor, dr.polit. Chr. Hjorth-Andersen
SÆTNING Professor, cand.jur. & Ph.D. Bent Ole Gram Mortensen
I SAGEN Professor, cand.jur. & Ph.D. Birgitte Egelund Olsen
Direktør, cand.oecon. Niels Jørgen Ravn Sørensen

NÆVNETS Energitilsynets afgørelse af 27. maj 2009 ophæves, således
AFGØRELSE at der meddeles klager aktindsigt i korrespondance m.v.
mellem Grant Thornton og Energitilsynet, dog ikke for så
vidt angår oplysninger om Grant Thorntons honorar for bi-
standen.

Advokat Christine Jansby ved advokat Nicolaj Kleist, Advokatfirma Bruun & Hjejle, har på vegne af EnergiGruppen Jylland Varme A/S (herefter benævnt klager) ved brev af 24. juni 2009 indbragt Energitilsynets afgørelse af 27. maj 2009 for Energiklagenævnet. Afgørelsen vedrører afslag på aktindsigt i korrespondancen mellem Grant Thornton Statsautoriseret Revisionsaktieselskab (herefter benævnt Grant Thornton) og Energitilsynet i forbindelse med udarbejdelse af to notater af 7. maj 2009 om rimeligt afkastkrav for EnergiGruppen Jylland Varme A/S og om rimeligt afkastkrav af indskudskapitalen for EnergiGruppen Jylland Varme A/S i perioden 2003-2009.

Sagens baggrund

Denne sag drejer sig om, hvorvidt Energitilsynet i forbindelse med anmodning om aktindsigt med rette har undtaget en række dokumenter fra aktindsigt

under henvisning til forvaltningslovens¹ § 14, stk. 1, nr. 3 (myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres).

Klager anmodede i 2003 Energitilsynet om godkendelse af klagers opgørelse af den frie egenkapital og anmodede samtidig om tilsynets tiltrædelse af, at forrentningen af den frie egenkapital i perioden 1981-2009 indregnes i de fremtidige priser for levering af varme.

Energitilsynet har i samarbejde med Dansk Fjernvarme og Rambøll efterfølgende arbejdet på at udvikle en metode til opgørelsen af indskudskapitalen pr. 1. marts 1981, hvor varmemforsyningslovens prisbestemmelser trådte i kraft. Der blev i den forbindelse udarbejdet en komponentliste, der indgik i "Administrationsgrundlag for opgørelse af fjernvarmeaktiviteter pr. 1. marts 1981." Komponentlisten vurderede levetider og standardpriser for forskellige fjernvarmekomponenter. Administrationsgrundlaget blev vedtaget af Energitilsynet den 29. april 2008.

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Side 2 af 15

Den igangværende sag (hovedsagen) udsprang af klagers reviderede anmodning af 8. september 2008, hvor klager samtidigt anmodede Energitilsynet om godkendelse af, at klagers afskrivningsgrundlag kunne opskrives fra ca. 11 mio. kr. til ca. 600 mio. kr., således at afskrivninger for fremtiden kunne indregnes i priserne for varme.

Energitilsynets sekretariat havde ved udkast af 15. maj 2009 tilkendegivet den opfattelse, at tilsynet ikke har hjemmel til at træffe afgørelse om størrelsen af den frie egenkapital. Klager erklærede ved høringssvar af 29. maj 2009 og 2. juli 2009 sig enig heri. Energitilsynet har ikke før sagen vedrørende klager anvendt administrationsgrundlaget, hvorfor sekretariatets udkast kan anses for ny praksis.

Af udkastet af 15. maj 2009 fremgik det, at Energitilsynets sekretariat havde anmodet Grant Thornton om bistand til udarbejdelse af en model for fastsættelse af en rimelig forrentning af indskudskapital i kollektive varmemforsyninger.

Grant Thorntons rapport, som var vedlagt udkastet som bilag 11, henviste til aftalebrev af 27. marts 2009 mellem Grant Thornton og Energitilsynets sekretariat. Klager fik efter anmodning aktindsigt i dette aftalebrev den 26. maj 2009, dog hvor visse oplysninger var blevet undtaget fra aktindsigt.

Klager anmodede ved brev af 26. maj 2009 om aktindsigt i følgende dokumenter:

¹ Lovbekendtgørelse nr. 1365 af 7. december 2007 om forvaltningsloven med senere ændringer.

- 1) Notater, referat m.v. af mødet afholdt mellem Energitilsynet og Grant Thornton den 26. marts 2009, jf. offentlighedslovens § 6.
- 2) Al korrespondance mellem Energitilsynet og Grant Thornton vedrørende Grant Thorntons udførelse af opdraget beskrevet i aftalebrevet af 27. marts 2009 (herefter benævnt korrespondance m.v.).

Energitilsynet meddelte ved afgørelse af 27. maj 2009 afslag på anmodningen om aktindsigt, idet tilsynet fandt, at brevvekslingen mellem Grant Thornton og Energitilsynet skulle undtages efter forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3.

Energitilsynets afgørelse

Følgende fremgår af Energitilsynets afgørelse af 27. maj 2009:

[...]

De to notater fra Grant Thornton af 7. maj 2009 er udarbejdet til brug for Energitilsynets behandling af sagen om forrentning af indskudskapital i EnergiGruppen Jylland. EnergiGruppen Jylland er part i denne sag. Din anmodning om aktindsigt behandles derfor efter forvaltningsloven.

Sagen om forrentning af indskudskapital i EnergiGruppen Jylland er af stor økonomisk betydning for sagens part. Sekretariatet har derfor da sagen blev indledt vurderet, at der er en stor risiko for, at tilsynets afgørelse bliver genstand for en retssag. Dette har været medvirkende årsag til, at sekretariatet har benyttet ekstern sagkyndig rådgivning,

Efter § 14, stk. 1, nr. 3, i forvaltningsloven omfatter retten til aktindsigt ikke myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af om retssag skal føres.

Energitilsynets sekretariat finder på baggrund heraf, at Energitilsynets brevveksling med Grant Thornton ikke er omfattet af retten til aktindsigt, jf. § 14, stk. 1, nr. 3, i forvaltningsloven.

Vi har gennemgået den øvrige brevveksling med Grant Thornton og mødematerialet. Vi vurderer, at disse ikke bør udleveres efter princippet om meroffentlighed. Vi vurderer videre, at den øvrige brevveksling og mødematerialet ikke indeholder oplysninger, som skal udleveres efter § 11, stk. 1.

Vi giver dig derfor afslag på din anmodning om aktindsigt i notater, referat m.v. af mødet afholdt mellem Energitilsynet og Grant Thornton den 26. marts 2009, og den korrespondance mellem Energitilsynet og Grant Thornton, der ikke allerede er udleveret.

[...]

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Side 3 af 15

Klagers bemærkninger og synspunkter

Klager har overordnet gjort gældende, at Energitilsynet ikke har haft hjemmel til at give afslag på klagers anmodning af 26. maj 2009 om aktindsigt i Energitilsynets korrespondance m.v. med Grant Thornton. Det helt klare udgangspunkt efter både forvaltningsloven og offentlighedsloven er fuld og fri adgang til indsigt i myndighedernes dokumenter. Det kræver udtrykkelig hjemmel at fravige dette udgangspunkt.

Klager har nærmere anført følgende:

- Afslaget på aktindsigt er meddelt med henvisning til forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3. Klager har på baggrund af bestemmelsens ordlyd og forarbejder, samt juridisk litteratur og praksis vedrørende bestemmelsen opstillet følgende tre tilfælde, hvor bestemmelsen kan bringes i anvendelse over for brevveksling med sagkyndige:

1. Brevveksling med sagkyndige til brug for en verserende retssag.
2. Brevveksling med sagkyndige til brug for overvejelse af, om retssag bør føres.
3. Brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivlsspørgsmål, der forventes at kunne blive genstand for en senere retssag.

- Det afgørende for, hvornår et dokument kan være omfattet af undtagelsen er således emnet for og formålet med den sagkyndige bistand. For tilfælde 1 og 2 er den afgørende betingelse, at brevveksling er indhentet i forbindelse med en verserende retssag eller ved overvejelse af, om retssag bør føres, mens det ikke tillægges betydning, hvem den sagkyndige er. Tilfælde 3 gælder derimod udelukkende ved sagkyndig bistand vedrørende juridiske tvivlsspørgsmål.
- Grant Thorntons bistand bestod, jf. aftalebrevet af 27. marts 2009, i at udarbejde en metode til fastsættelse af en rimelig forrentning af indskudskapital i kollektive varmemforsyninger. Energitilsynet vil kunne anvende metoden i varmemforsyningssagerne, bl.a. i forhold til klager, og metoden er således indhentet til brug for en forvaltningsafgørelse og ikke til brug for om en retssag eller overvejelse af, om retssag bør føres. Grant Thorntons bistand ændrer ikke karakter til at være til brug for verserende retssag eller overvejelse af, om retssag bør føres, blot ved den omstændighed, at Energitilsynets afgørelse efter rekurs til Energiklagenævnet kan blive genstand for en retssag.
- Den udvidede fortolkning af § 14, stk. 1, nr. 3, vedrørende juridiske tvivlsspørgsmål finder ikke anvendelse, da Grant Thorntons bistand vedrørte

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Side 4 af 15

udarbejdelse af en økonomisk model. Den udvidede fortolkning kan ikke udstrækkes ud over det, der klart følger af forarbejderne.

- Det forhold, at Grant Thorntons bistand ikke vedrører juridiske tvivsspørgsmål fremgår tillige af, at bistanden ikke omfatter fortolkning af varmemforsyningslovens bestemmelser om priser. Grant Thornton har da heller ikke anvendt sædvanlig juridisk metode. Den juridiske ramme for den økonomisk model om vurdering af optimal gearing er blevet fastlagt i et samarbejde mellem Energitilsynet og Kammeradvokaten. Det har endvidere formodningen imod sig, at Energitilsynet vedrørende juridiske tvivsspørgsmål skulle søge bistand hos et revisionsselskab i stedet for Kammeradvokaten, og at Kammeradvokaten skulle have opfordret hertil.
- Klager påpeger, at Energitilsynets sekretariat har udleveret resultatet af Grant Thorntons bistand i form af to rapporter, hvorfor disse ikke synes omfattet af undtagelsen. Det er dog tvivlsomt, at korrespondancen skulle være omfattet af undtagelsen i videre omfang end selve resultatet af den sagkyndige bistand. Til Energitilsynets bemærkning om, at Grant Thorntons rapporter formentlig ville kunne kræves udleveret i medfør af retsplejelovens § 298 under et civilt søgsmål, bemærker klager, at tilsynet dermed synes at erkende, at de to rapporter ikke kan anses for juridiske responsa, der ikke efter § 298 kan kræves udleveret. Energitilsynet anlægger en tvivlsom fortolkning af retsplejelovens § 298 i forbindelse med korrespondancen med Grant Thornton. Retsplejelovens § 298 anvendes i forarbejderne til undtagelsen fra aktindsigt som begrundelse for den udvidede fortolkning vedrørende juridiske responsa. En generel parallelitet mellem aktindsigtsreglerne i forvaltningsloven og offentlighedsloven over for retsplejelovens § 298 savner grundlag, idet aktindsigtsreglerne er mere vidtgående end muligheden for edition efter retsplejelovens § 298.
- Klager bemærker, at en retssag vil blive anlagt mod Energiklagenævnet og ikke mod Energitilsynet, hvorfor det er tvivlsomt, om tilsynet kan påberåbe sig undtagelsen. Til det af Energitilsynet anførte, hvorefter en sådan retstilstand ville indebære, at undtagelsen i så fald ikke ville kunne anvendes af størstedelen af landets myndigheder, bemærker klager, at den af klager anførte fortolkning har klar støtte i bestemmelsens ordlyd og forarbejder.
- Undtagelsen i forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, har et meget begrænset og specifikt anvendelsesområde, og forudsætter samtidig, at myndigheden har et faktisk behov for en sådan brevveksling. Førsteinstanser, som ikke kan blive part i en retssag, har ikke behov for at indhente sagkyndig bistand, det har alene myndigheder, der er direkte involveret i en retssag.

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Side 5 af 15

- Formålet med Grant Thorntons bistand var at udarbejde en metode til brug for Energitilsynets sagsbehandling, og det følger af bestemmelsens ordlyd og forarbejder, at sagkyndig bistand, der er indhentet til brug for myndighedernes sagsbehandling, ikke er omfattet af undtagelsen.

Energitilsynets bemærkninger og synspunkter

Energitilsynet har ved e-mail af 8. juli 2009 fremsendt bemærkninger til klagen. Energitilsynet har anført, at Energitilsynets afgørelse af 27. juni 2009 bør stadfæstes.

Energitilsynet har til støtte herfor navnlig anført følgende:

- Varmeforsyningslovens² § 20, stk. 1, og afskrivningsbekendtgørelsens³ § 6 giver Energitilsynet hjemmel til at tillade, at en rimelig forrentning af indskudskapitalen indregnes i priserne på levering af varme. Begrebet rimelig forrentning kan ikke fastlægges ud fra en fortolkning af varmforsyningsloven, dens forarbejder og tilhørende bekendtgørelser, hvorfor Energitilsynet flere gange har søgt ekstern rådgivning bl.a. hos ingeniørfirmaet Rambøll. Energitilsynet har ligeledes drøftet juridiske problemstillinger med Kammeradvokaten.
- Den administrative praksis vedrørende rimelig forrentning er begrænset, selvom bestemmelsen har været gældende i 28 år, og da klagers sag var den første af sin art, anbefalede Kammeradvokaten Energitilsynet at søge bistand hos en revisor til fastlæggelse af begrebet rimelig forrentning.
- Klagers advokat har overfor Energitilsynets sekretariat oplyst, at sagen har stor økonomisk betydning for klager og andre klienter, og at disse er indstillet på at indbringe sagen for domstolene, hvis Energitilsynet og Energiklagenævnet ikke giver klager medhold.
- Forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, der er enslydende med offentlighedslovens § 10, stk. 1, nr. 4, afskærer retten til aktindsigt i myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug for retssager eller til overvejelse af, om retssag bør føres. Hensynet bag bestemmelsen er, at offentlige myndigheder på tilsvarende måde som private virksomheder kan modtage sagkyndig bistand for derved at være rustet bedst muligt til den retssag, som sagen med stor sandsynlighed vil afstedkomme. Den af Energitilsynet

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Side 6 af 15

² Lovbekendtgørelse nr. 347 af 17. maj 2005 af lov om varmforsyning.

³ Bekendtgørelse nr. 175 af 18. marts 1991 om driftsmæssige afskrivninger, henlægges til nyinvesteringer og forrentning af indskudskapital i følge lov om varmforsyning.

indhentede bistand har skullet sikre, at tilsynet træffer den mest korrekte og holdbare afgørelse over for klager.

- Klager anfører, at Energitilsynet ikke kan påberåbe sig undtagelsen i § 14, stk. 1, nr. 3, idet en retssag vil blive anlagt mod Energiklagenævnet og ikke Energitilsynet. Tilsynet bemærker hertil, at hvis dette var tilfældet, ville flertallet af landets myndigheder som førstestanser ikke kunne bringe bestemmelsen i anvendelse. En sådan fortolkning savner støtte i lovens forarbejder. Det afgørende for anvendelsen af undtagelsen er, om det offentlige med stor sandsynlighed vil blive part i en retssag, en betingelse, der er opfyldt i nærværende sag.
- Rimelig forrentning i henhold til varmemforsyningslovens § 20, stk. 1, er et juridisk begreb af central betydning for Energitilsynets afgørelse om forrentning af indskudskapital. Det forhold, at Energitilsynets afgørelse vedrørende indregning af en rimelig forrentning er udtrykt ved et beløb i kroner, medfører ikke, at begrebet bliver et økonomisk begreb.
- Grant Thorntons bistand er ydet som led i Energitilsynets interne afklaring af begrebet rimelig forrentning og den efterfølgende konkrete anvendelse i den verserende sag. Grant Thorntons bistand må derfor sidestilles med sagkyndig rådgivning, som ydet af Kammeradvokaten.
- Det fremgår ikke af ordlyden af forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, at der skelnes mellem juridisk bistand og anden bistand.
- I forarbejderne til den tilsvarende bestemmelse i partsoffentlighedslovens § 6, nr. 4 anføres det, at bestemmelsen fortolkes udvidende, når en myndighed indhenter en udtalelse fra Kammeradvokaten om en påtænkt forvaltningsafgørelses lovlighed, selvom det ikke aktuelt forventes, at sagen indbringes for retten, jf. Betænkning 857/1978 om offentlighedslovens revision. Den udvidende fortolkning har, jf. betænkningen, sammenhæng med retsplejelovens § 298 om edition, hvorefter det ikke kan pålægges en part under en retssag at fremlægge et juridisk responsum, hvorfor den udvidede fortolkning antagelig ikke finder anvendelse på andre end juridisk sagkyndige.
- Energitilsynet vurderer, at tilsynet under en retssag ville kunne pålægges at udlevere de to notater efter retsplejelovens § 298, hvorimod korrespondancen næppe ville kunne kræves udleveret. Årsagen hertil er, at klager formentlig ikke ville have den fornødne retlige interesse til at kræve korrespondancen udleveret, ligesom en domstol antagelig ikke ville imødekomme en anmodning fra Energitilsynet eller Energiklagenævnet om udlevering af klagers korrespondance m.v. med klagers revisor. Formålet med §

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Side 7 af 15

14, stk. 1, nr. 3, er, at offentlige myndigheder ligesom private kan anvende sagkyndig bistand i verserende og potentielle sager uden, at dette undergives aktindsigt. Forarbejdernes parallelitet til retsplejelovens § 298 medfører, at den udvidede fortolkning af forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, gælder for korrespondancen om den sagkyndige rådgivning fra Grant Thornton.

Retsgrundlag

Efter forvaltningsloven kan den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet en afgørelse af en forvaltningsmyndighed, forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter, jf. lovens § 9, stk. 1. Undtagelsen af parter aktindsigt i dokumenter, der vedrører myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres, fremgår af forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3. Lovens § 16 regulerer, hvilken myndighed der skal behandle en anmodning om aktindsigt og muligheden for at påklage afgørelser om aktindsigt. Af loven fremgår bl.a. følgende:

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Side 8 af 15

”[...]

Kapitel 4

Partens aktindsigt

Retten til aktindsigt

§ 9. Den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter. Begæringen skal angive den sag, hvis dokumenter den pågældende ønsker at blive gjort bekendt med.

[...]

Omfanget af aktindsigt

§ 10. En parts ret til aktindsigt omfatter med de i §§ 12-15 nævnte undtagelser

- 1) alle dokumenter, der vedrører sagen, herunder genpart af de skrivelser, der er udgået fra myndigheden, når skrivelserne må antages at være kommet frem til adressaten, og
- 2) indførelser i journaler, registre og andre fortegnelser vedrørende den pågældende sags dokumenter.

[...]

Undtagelse af dokumenter

[...]

§ 14. Retten til aktindsigt omfatter ikke:

[...]

3) Myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres.

[...]

Afgørelse af sager om aktindsigt

§ 16. Afgørelsen af, om og i hvilken form en begæring om aktindsigt skal imødekommes, træffes af den myndighed, der i øvrigt har afgørelsen af den pågældende sag.

[...]

Stk. 4. Afgørelser om aktindsigtsspørgsmål kan påklages særskilt til den myndighed, som er klageinstans i forhold til afgørelsen af den sag, begæringen om aktindsigt vedrører. Bestemmelsen i § 11 gælder tilsvarende.

[...]"

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Side 9 af 15

Af Justitsministeriets Vejledning nr. 11740 af 4. december 1986 om forvaltningsloven, pkt. 81, fremgår følgende om forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 4 (nu nr. 3):

"[...]

81. Endelig omfatter retten til aktindsigt efter § 14, stk. 1, nr. 4, ikke myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres.

Undtagelsesadgangen omfatter navnlig brevveksling med sagkyndige om JURIDISKE tvivlsspørgsmål. Bestemmelsen omfatter dog også brevveksling med sagkyndige om tekniske, økonomiske og andre tvivlsspørgsmål. Den afgørende betingelse er i alle tilfælde, at BREVVEKSLINGEN SKER MED HENBLIK PÅ EN RETSSAG eller i forbindelse med overvejselen af, om en retssag, herunder også en voldgiftssag, skal føres.

[...]"

Undtagelsen i forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, er ifølge bestemmelsens forarbejder en videreførelse af den tilsvarende undtagelse i § 5 i offentlighedsloven af 1970. Rækkevidden af undtagelsesbestemmelsen er beskrevet i Betænkning nr. 857/1978 om offentlighedslovens revision. I betænkningen, side 238 ff, anføres det bl.a.:

"[...]

I relation til den tilsvarende bestemmelse i partsoffentlighedslovens § 6, nr. 4, har det været gjort gældende, at denne bestemmelse efter omstændighederne må kunne finde anvendelse, også når et ministerium indhenter en udtalelse fra kammeradvokaten

om en påtænkt forvaltningsafgørelses lovlighed, selv om der på dette tidspunkt ikke er aktuel udsigt til, at sagen vil blive indbragt for domstolene; det forhold, at sagen forelægges for kammeradvokaten, vil i almindelighed indicere, at et senere sagsanlæg betragtes som en mulighed. Praksis er muligvis i overensstemmelse hermed. Se *Eilschou Holm: Det kontradiktoriske Princip i Forvaltningsprocessen* (1968) side 419 note 54, *samme Juristen* 1969 side 170 og den i U.f.R. 1969 side 301 refererede højesteretskendelse. Samme betragtning må efter omstændighederne kunne anlægges i forhold til udtalelser om juridiske tvivlsspørgsmål, der indhentes fra andre advokater eller juridisk sagkyndige, herunder de kommunale sammenslutninger, når de optræder som juridisk konsulent for en kommune.

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Denne udvidende fortolkning af bestemmelsen kan imidlertid næppe finde anvendelse på brevveksling med andre end juridisk sagkyndige, da den må ses i sammenhæng med, at det ikke under et civilt søgsmål kan pålægges en part at fremlægge et juridisk responsum efter reglerne i retsplejelovens § 298.

Side 10 af 15

[...]

Det kan i denne forbindelse nævnes, at det også inden for centraladministrationen i vidt omfang forekommer, at f. eks. et ministerium som led i behandlingen af en sag må søge sagkyndig bistand udefra, undertiden fra private (f.eks. læger, arkitekter og ingeniører), men som oftest fra andre offentlige myndigheder, herunder særligt sagkyndige organer (f. eks. retslægerrådet). I et vist omfang er det i lovgivningen pålagt vedkommende myndighed at indhente sådanne udtalelser. Ved udarbejdelsen af det foreliggende lovforslag har det været klart forudsat, at sådan brevveksling bør være undergivet aktindsigt efter forslagets almindelige regler.

[...]

Indledningsvis bemærkes, at bestemmelsens anvendelsesområde er brevveksling med *sagkyndige* i det angivne øjemed, dvs. til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres. Bestemmelsen kan ikke antages at være begrænset til sagkyndig rådgivning om juridiske tvivlsspørgsmål. Det må således anses for utvivlsomt, at også andre typer af sagkyndige udtalelser f. eks. om tekniske, regnskabsmæssige og lægelige forhold, vil kunne

undtages fra adgangen til aktindsigt med hjemmel i bestemmelsen...

[...]

Det er formentlig en forudsætning for at undtage dokumenter med hjemmel i offentlighedslovens § 5, nr. 7, at det offentlige enten er eller vil kunne blive formelt inddraget i sagen som part, bi-intervenient eller på anden lignende måde. Justitsministeriet har således i sagen *L.A. 1976-543-94* bl. a. udtalt, at brevveksling mellem en offentlig myndighed og en sagkyndig efter ministeriets opfattelse »... i hvert fald kun [vil] være omfattet af undtagelsen, såfremt den vedrører spørgsmål i forbindelse med myndighedens eventuelle inddragelse i retshandlingen som part til varetagelse af det offentliges interesser, f. eks. [i relation til en tvangsauktion] som rekvirent eller panthaver.« Det bemærkes i denne forbindelse, at bestemmelsen antagelig kun er anvendelig i tilfælde, hvor den sagkyndige erklæring indhentes af en myndighed, der er omfattet af loven. Justitsministeriet har således i sagen *L.A. 1977-543-120* givet udtryk for betænkelighed ved at antage, at retslægerådet i et tilfælde, hvor anmodningen om en sagkyndig udtalelse fra rådet var fremsat af en domstol, og hvor rådets udtalelse skulle afgives direkte til retten, kunne afslå en anmodning om aktindsigt med hjemmel i offentlighedslovens § 5, nr. 7.

Undtagelsesadgangen efter § 5, nr. 7, vedrører som nævnt ikke blot brevveksling med sagkyndige i forbindelse med verserende retssager, men også ved *overvejelse af*, om retssag bør føres. Det er givet, at enhver sådan brevveksling om muligheden for en retssag vil være omfattet af bestemmelsen, uanset at sandsynligheden for et sagsanlæg må betegnes som ringe. Det er imidlertid herudover antaget, at også brevveksling med sagkyndige om *juridiske tvivlsspørgsmål*, der ikke har direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg, men hvor dette må underforstås som en nærliggende mulighed i forbindelse med den pågældende sag, vil kunne unddrages adgangen til aktindsigt med hjemmel i § 5, nr. 7. Dette har antagelig størst praktisk betydning i forhold til offentlige myndigheders brevveksling med kammeradvokaten eller andre juridisk sagkyndige om en påtænkt foranstaltningens lovlighed, jfr. herved F.T. 1969/70, tillæg B, sp. 2153 (gengivet ovenfor side 238 f.), *U.f.R. 1969* side 301 samt *kommentaren* side 85 f med yderligere henvisninger. Som her anført må denne udvidende fortolkning af offentlighedslovens § 5, nr. 7, -

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Side 11 af 15

der som nævnt kun omfatter juridiske responsa - ses på baggrund af retsplejelovens editionsregler.

I andre tilfælde end de nævnte er offentlige myndigheders brevveksling med udenforstående sagkyndige derimod som udgangspunkt undergivet aktindsigt efter lovens almindelige regler.
[...]"

Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Klager har ved brev af 26. maj 2009 anmodet Energitilsynet om aktindsigt i Energitilsynets korrespondance m.v. med Grant Thornton vedrørende revisionselskabets bistand i forbindelse med udarbejdelse af en model for fastsættelse af en rimelig forrentning af indskudskapital i kollektive varmforsyninger. Energitilsynet afslog anmodningen med henvisning til forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3.

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Side 12 af 15

Grant Thornton udarbejdede som led i bistanden to notater af 7. maj 2009 om rimelig forrentning af indskudskapital, disse notater var bilagt Energitilsynets notat af 15. maj 2009 som bilag 11 og 12. Klager har modtaget disse notater.

De to notater blev udarbejdet til brug for Energitilsynets afgørelse vedrørende forrentning af klagers indskudskapital. Det er korrespondance m.v. i forbindelse med udarbejdelsen af disse notater, som Energitilsynet ved afgørelsen af 27. maj 2009 meddelte klager afslag på at få aktindsigt i.

Det følger af forvaltningslovens § 16, stk. 4, at afgørelser om aktindsigts spørgsmål kan påklages særskilt til den myndighed, som er klageinstans i forhold til afgørelsen af den sag, som begæringen om aktindsigt vedrører. Efter varmforsyningslovens § 26, stk. 1, er Energiklagenævnet klageinstans for Energitilsynets afgørelser efter varmforsyningsloven, hvorfor Energiklagenævnet har kompetence til at behandle klagen over Energitilsynets afslag af 27. maj 2009 om aktindsigt.

Parters adgang til aktindsigt i afgørelsessager er nærmere reguleret af forvaltningslovens kapitel 4. Som udgangspunkt har parter adgang til at blive gjort bekendt med alle dokumenter m.m., der vedrører sagen, jf. forvaltningslovens § 10, stk. 1, idet der dog i §§ 12-15 er gjort visse undtagelser fra muligheden for aktindsigt.

Efter § 14, stk. 1, nr. 3, omfatter retten til aktindsigt ikke myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres. Af Justitsministeriets vejledning til forvaltningsloven fremgår det, at undtagelsesadgangen navnlig omfatter brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivlsspørgsmål, men at det dog også kan omfatte brevveksling

med sagkyndige om tekniske, økonomiske og andre tvivlsspørgsmål. Den afgørende betingelse for at anvende bestemmelsen er i alle tilfælde, at brevvekslingen sker med henblik på en retssag eller i forbindelse med overvejelsen af, om en retssag, herunder også en voldgiftssag, skal føres.

Klager har gjort gældende, at muligheden for at undtage dokumenter fra parter aktindsigt efter forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, ikke er tilsigtet anvendt af førsteinstansmyndigheder. Energiklagenævnet bemærker, at denne fortolkning ikke ses at have støtte i loven eller dens forarbejder.

Det afgørende kriterium ”med henblik på retssag eller i forbindelse med overvejelse af, om retssag bør føres” er nærmere beskrevet i Betænkning nr. 857/1978 om offentlighedslovens revision. Det er i betænkningen anført, at undtagelsen ikke blot omfatter brevveksling med sagkyndige i verserende sager, men at bestemmelsen tillige omfatter enhver sådan brevveksling, uanset sandsynligheden for et sagsanlæg må betegnes som ringe.

Energitilsynet har i sine bemærkninger til klagen anført, at tilsynet på baggrund af tilkendegivelser fra klagers advokat og revisor vurderede, at sagen vedrørende fastsættelse af forrentning af klagers indskudskapital med stor sandsynlighed ville blive genstand for en retssag.

Grant Thorntons bistand blev, efter det af Energitilsynet oplyste, indhentet, idet tilsynet og dets forgænger Gas- og Varmeprisudvalget kun havde truffet få afgørelser vedrørende rimelig forrentning og at klagers sag er den første af sin art, og dermed ville lægge op til en ny praksis. Grant Thorntons bistand er således ikke indhentet med henblik på en retssag eller i forbindelse med overvejelse af, om retssag skal føres.

Det fremgår af betænkning 857/1978, at det er antaget, at den i loven fastsatte undtagelse i § 14, stk. 1, nr. 3, fortolkes til også at omfatte brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivlsspørgsmål, der ikke har direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg, men hvor dette må underforstås som en nærliggende mulighed i forbindelse med den pågældende sag. Det er i betænkningen anført, at denne udvidede fortolkning antagelig har størst betydning i forhold til offentlige myndigheders brevveksling med Kammeradvokaten eller andre juridisk sagkyndige om en påtænkt foranstaltnings lovlighed. Den udvidede fortolkning støttes på retsplejelovens editionsregler, men omfatter kun juridiske responsa. Det afgørende kriterium for anvendelse af den udvidende fortolkning er således, om brevvekslingen vedrører et juridisk tvivlsspørgsmål.

Energitilsynet har efter det oplyste løbende modtaget rådgivning fra Kammeradvokaten om juridiske problemstillinger, og herunder drøftet begrebet rimelig

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Side 13 af 15

forrentning. Kammeradvokaten har i den forbindelse foreslået Energitilsynet at søge bistand fra en revisor for fastlæggelsen af begrebet rimelig forrentning.

Det er Energiklagenævnets vurdering på baggrund af Grant Thorntons noter, at revisionsselskabets arbejde ikke har bestået i en fastlæggelse af, hvorledes det i varmemforsyningsloven anførte begreb rimelig forrentning skal fortolkes juridisk, men derimod en konkret økonomisk analyse og anbefaling af størrelsen af en rimelig forrentning ud fra klagers økonomiske forhold.

Det er således Energiklagenævnets opfattelse, at Grant Thorntons bistand ikke har vedrørt et juridisk tvivsspørgsmål, hvorfor den udvidende fortolkning af forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, der giver mulighed for at undtage brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivsspørgsmål fra aktindsigt, ikke finder anvendelse på korrespondancen mellem Grant Thornton og Energitilsynet.

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Side 14 af 15

Energiklagenævnet har ved en gennemgang af korrespondancen m.m. mellem Grant Thornton og Energitilsynet fundet oplysninger om Grant Thorntons honorar for den ydede bistand. Energiklagenævnet finder, at Grant Thorntons konkurrenceevne kan lide skade, såfremt revisionsselskabets konkurrenter får adgang til revisionsselskabets priser for bistanden til Energitilsynet. Det er Energiklagenævnets konkrete vurdering, at disse oplysninger ikke er af betydning for klagers ønske om at kende Grant Thorntons udførelse af opdraget i henhold til aftalebrevet af 27. marts 2009. Oplysningerne om Grant Thorntons honorar undtages derfor fra klagers aktindsigt, jf. forvaltningslovens § 15, stk. 1.

Energiklagenævnet har ikke i øvrigt fundet anledning til at fravige forvaltningslovens udgangspunkt, hvorefter parter i afgørelsessager er berettiget til aktindsigt i en sags dokumenter.

Energiklagenævnet bemærker i øvrigt, at Energistyrelsen i afgørelsen af 27. maj 2009 har angivet, at fristen for indgivelse af klage til Energiklagenævnet er fire uger efter, at afgørelsen er meddelt. Energistirelsens afgørelse om meddelelse af aktindsigt er truffet i henhold til forvaltningslovens regler om aktindsigt. Forvaltningslovens § 16, stk. 4, indeholder ikke en frist for indgivelse af klage. Energiklagenævnet skal på denne baggrund bemærke, at det således ikke er korrekt, når Energistyrelsen har angivet, at fristen for indgivelse af klage over styrelsens afgørelse om meddelelse af aktindsigt var fire uger.

Herefter ophæves Energitilsynets afgørelse af 27. maj 2009 og der meddeles klager aktindsigt i korrespondancen mellem Grant Thornton og Energitilsynet. dog ikke for så vidt angår oplysninger om Grant Thorntons honorar for

bistanden. Kopi af korrespondancen m.v. med undtagelse af nærmere oplysninger om Grant Thorntons honorar fremsendes til klager ved særskilt skrivelse.

Energiklagenævnets afgørelse

Energitilsynets afgørelse af 27. maj 2009 om afslag på aktindsigt i korrespondance m.v. mellem Grant Thornton og Energitilsynet ophæves.

Der meddeles klager aktindsigt i korrespondance m.v. mellem Grant Thornton og Energitilsynet, dog ikke for så vidt angår oplysninger om Grant Thorntons honorar for bistanden.

30. november 2009

J.nr.: 1021-229

Eksp.nr.: 46959

RAK-EKN

Sagen har været behandlet på Energiklagenævnets møde den 30. november 2009.

Side 15 af 15

Afgørelsen er truffet i henhold til § 16, stk. 4. i forvaltningsloven.

Afgørelsen kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

P. N. V.

Poul K. Egan
Nævnformand

/ Rasmus Aggersbjerg Kristensen
Fuldmægtig