

Advokatfirma Bruun & Hjejle
Att.: Partner, advokat Jeppe Skadhauge
Bredgade 38
1260 København K

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 over Energitilsynets afgørelse af 22. juni 2009 om efterregulering m.v. 2007 for Statoil Gazelle Forsyning A/S - anmodning om opsættende virkning, Deres j.nr. 9550689

21. september 2009

J.nr.: 1031-7

Eksp.nr.: 46662

RAK-EKN

Energiklagenævnet modtog den 17. juli 2009 Statoil Gazelle Forsyning A/S' (herefter benævnt SGF) brev af samme dato, hvorved SGF v/advokat Ulrik Lindow Sørensen for advokat Jeppe Skadhauge, Advokatfirma Bruun & Hjejle, klager over Energitilsynets afgørelse af 22. juni 2009. SGF anmoder i den forbindelse om, at klagen tillægges opsættende virkning.

Ved afgørelsen påbød Energitilsynet SGF at opkræve 13.343.331 kr. fra det koncernforbundne selskab Statoil Gazelle A/S som vederlag for 18.631 kunder, der blev overført til Statoil Gazelle A/S. Energitilsynet påbød endvidere SGF at foretage visse ændringer i reguleringsregnskabet for 2007 ved at påbyde nedsættelse af afskrivningerne på goodwill og nedsættelse af nettofinansieringsomkostningerne, samt at sænke prisen på naturgas for forsyningspligt kunderne senest 1. august 2009. Påbuddet har følgende ordlyd:

”Afgørelse

19. Energitilsynet meddeler Statoil Gazelle Forsyning A/S følgende:

20. Energitilsynet finder, at Statoil Gazelle Forsyning A/S i forbindelse med samtykke til direct mail kampagne mod egne kunder har overtrådt NGFL § 28 c, hvorfor forholdet i medfør af bestemmelsen i NGFL § 47 b, skal bringes i orden. Energitilsynet finder det rimeligt forholdet kan bringes i orden ved at beregne dette vederlags størrelse ved at tage udgangspunkt i selskabets værdiansættelse som stammer fra Statoils erhvervelse af aktier i selskabet. Selskabet har i forløbet ikke peget på andre modeller, der bringer forholdet i orden. Derfor påbydes Statoil Gazelle Forsyning A/S at opkræve i alt 13.343.331 kr. fra Statoil Gazelle A/S som vederlag for de 18.631 kunder, der er overført til Statoil Gazelle Forsyning A/S i forbindelse med denne direct mail kampagne, og at dette vederlag anvendes til at nedbringe gælden på 22,3

mio. kr. til Statoil Gazelle A/S (eller anden gæld), således at hovedstolen nedskrives til 8.956.669 kr.

21. Energitilsynet kan godkende Statoil Gazelle Forsyning A/S' reguleringsregnskab for 2007 i medfør af NGFL § 37 b, stk. 2, jf. stk. 1, og jf. § 37, stk. 1. Dog skal der foretages justeringer i de omkostninger, der er anmeldt til Energitilsynet. Idet overflytningen af kunder er foregået i strid med NGFL § 28 c, skal afskrivningen på goodwill nedsættes fra 1.487.000 til 597.078, og nettofinansieringsomkostningerne skal nedsættes fra 1.744.000 til 906.686 kr. Ved fastsættelsen af disse reducerede omkostninger tages der udgangspunkt i den værdiansættelse, som selskabet lagde til grund ved Statoils erhvervelse af aktier i selskabet. Herefter fører tilsynets effektiviseringsbenchmarking til, at der kan identificeres et effektiviseringspotentiale på i alt 8.136.449 kr. Heraf vedrører 6.554.463 kr. gaskøb og 1.581.986 vedrører øvrige omkostninger. Med de udgifter og indtægter, som er godkendt, betyder det også, at selskabet kan overføre en underdækning på i alt 2.481.042 kr. til 2008.

22. Energitilsynet påbyder selskabet at justere de aktuelle salgspriser på naturgas til forsyningspligtkunderne inden 1. august 2009 i medfør af bestemmelsen i NGFL § 41, til et prisniveau, hvor der er korrigeret for ovennævnte lavere gaskøbsomkostninger, lavere afskrivninger på goodwill og lavere nettofinansieringsomkostninger.

SGF har i klagen af 17. juli 2009 principalt anført, at Energitilsynets afgørelse af 22. juni 2009 ophæves, og at SGF' reguleringsregnskab for 2007 godkendes i dets helhed.

Energiklagenævnet tager i den foreliggende afgørelse alene stilling til, hvorvidt SGF' klage af 17. juli 2009 skal tillægges opsættende virkning. Energiklagenævnet vil senere tage stilling til selve klagen.

Til støtte for anmodningen om opsættende virkning har SGF navnlig gjort følgende gældende:

- En foreløbig vurdering giver rimeligt grundlag for SGF' påstand om ophævelse af Energitilsynets afgørelse. SGF har hertil anført, at Energitilsynets afgørelse er en uberettiget og uhjemlet tilbagekaldelse af en begunstigende afgørelse vedrørende SGF' gasindkøb for 2007, jf. Energitilsynets afgørelse af 2. marts 2007. Energitilsynets manglende skønsudøvelse og manglende hensyntagen til naturgasforsyningslo-

21. september 2009

J.nr.: 1031-7

Eksp.nr.: 46662

RAK-EKN

Side 2 af 8

vens forudsætninger om øget konkurrence og kundemobilitet medfører, at afgørelsen lider af en retlig mangel, der medfører afgørelsens ugyldighed. Energitilsynet har ikke foretaget korrekt sagsoplysning, herunder er der ikke dokumentation for størrelsen af vederlaget, i alt 13.343.331 kr., som SGF skal opkræve hos Statoil Gazelle A/S for de overførte kunder. Energitilsynet mangler hjemmel til at give pålæg om justering af gaskøbspriserne, når SGF har en akkumuleret underdækning. Energitilsynet er afskåret fra i en sag om efterregulering for 2007 at lægge vægt på priserne i de efterfølgende år. At tillægge priserne for 2008 og 2009 betydning må følgelig betragtes som irrelevant og usagligt. Desuden er den ”foreløbige benchmarking” for 2008 ikke en endelig afgørelse, og en potentiel overdækning i 2008 vil ikke nødvendigvis bestå også i 2009. En prisreduktion pr. 1. august 2009 vil ikke blot – som antaget af Energitilsynet – påvirke resultatet for 2009, men også fremover, indtil Energiklagenævnets endelige afgørelse foreligger.

- Den påklagede afgørelse ændrer SGF og Statoil Gazelle A/S’ kapitalstruktur og balance væsentligt, hvilket kan være vanskeligt efterfølgende at genoprette, hvis SGF får medhold. En nedskrivning af goodwillen vil reducere SGF’ aktivbeholdning og dermed påvirke egenkapitalen negativt.
- Gennemførelse af den påbudte prisreduktion, hvor der tages højde for lavere gaskøbsomkostninger, lavere afskrivninger på goodwill og lavere nettofinansieringsomkostninger vil med SGF’ årlige gassalg medføre et fald i den årlige indtjening med 10-11 mio. kr. Da SGF i 2008 i forvejen kun havde et resultat på 200.000 kr., kan prisreduktionen få betydning for SGF’ balance og Statoil Gazelle-koncernens solvens.
- Kundernes incitament til at skifte leverandør vil ændre sig, hvis SGF på nuværende tidspunkt skal sænke priserne i overensstemmelse med Energitilsynets afgørelse, idet priserne, hvis SGF får medhold i klagen, ikke alene skal hæves til det nuværende niveau, men endvidere må forhøjes med den underdækning, der er opstået som følge af efterlevelse af Energitilsynets afgørelse. Kundernes leverandørskifte vil medføre stigende priser for de tilbageværende kunder, idet disse skal bære de faste omkostninger alene.
- Energitilsynets påbud om prissænkning forudsætter en genforhandling af gaskontrakten mellem SGF og Statoil Gazelle A/S. Det er imidlertid ikke muligt, uanset SGF’ koncernforhold til Statoil Gazelle A/S, at ændre gaskontrakten midt i dens løbetid. Det af Energitilsynet påpegede personsammenfald mellem forhandlerne fra SGF og Statoil Gazelle A/S ændrer ikke ved muligheden for genforhandling af gaskøbskontrakten, da dette er underkastet markedsmæssige vilkår. En gennemtvungen genforhandling vil i øvrigt medføre, at Statoil Gazelle A/S bliver omfattet af en regulering, som Statoil Gazelle A/S ikke i øvrigt er underlagt.

21. september 2009

J.nr.: 1031-7

Eksp.nr.: 46662

RAK-EKN

Side 3 af 8

- Opkrævning af vederlag for overflyttede kunder fra SGF til Statoil Gazelle A/S vil ud over aftalemæssige konsekvenser også kunne få skattemæssige konsekvenser, idet skattemyndighederne ikke nødvendigvis vil acceptere en efterfølgende genopretning, hvis SGF får medhold i klagen.
- Vedrørende hensynet til forbrugerne bemærkes, at forsyningspligtreguleringen ikke kan begrunde, at dette hensyn skal vægtes højere end hensynet til virksomheden. Endvidere vil det være mere indgribende for SGF at efterkomme afgørelsen, end det vil være for kunderne at afvente udfaldet af klagesagen.
- Priserne skal være i strid med naturgasforsyningslovens regler, før de kan kræves nedsat. Det er ikke tilstrækkeligt for at kræve prisreduktion at henvise til, at priserne for forsyningspligt-kunderne på Fyn er for høje. Energitilsynets henstilling om ikke at tillægge klagen over afgørelsen opsættende virkning ud fra en betragtning om, at kunderne ikke skal betale en eventuelt for høj pris længere end højest nødvendigt, forudsætter således en fejlagtig antagelse af, at den påklagede afgørelse er materielt korrekt.
- Formålet med Energitilsynets afgørelse vil ikke blive forspildt eller miste sin betydning, hvis SGF' klage tillægges opsættende virkning, da det i tilfælde af, at Energiklagenævnet stadfæster Energitilsynets afgørelse, alene vil betyde en udskydelse af, hvornår SGF skal justere sine priser.
- Risiko for skader som følge af uoprettelige handlinger må tillægges større vægt end det offentlige og privates interesser i håndhævelse af et påbud, ligesom det kan tillægges betydning, om der efter en foreløbig vurdering er rimeligt grundlag for klagers påstande, jf. UfR 2000.1203 H og UfR 1994.823 H.
- Energiklagenævnet har tidligere tillagt klager opsættende virkning, jf. afgørelsen af 19. januar 2006 (j.nr. 31-19) vedrørende Naturgas Fyn I/S og afgørelsen af 19. februar 2008 (j.nr. 31-27) vedrørende HNG/MN.

21. september 2009

J.nr.: 1031-7

Eksp.nr.: 46662

RAK-EKN

Side 4 af 8

Energiklagenævnets afgørelser af 19. januar 2006 (j.nr. 31-19) og af 19. februar 2008 (j.nr. 31-27) er offentliggjorte på Energiklagenævnets hjemmeside: www.ekn.dk.

Energitilsynet har ved e-mail af 4. august 2009 fremsendt bemærkninger til SGF' anmodning om opsættende virkning. Energitilsynet finder, at anmodningen om opsættende virkning ikke bør imødekommes.

Energitilsynet har til støtte herfor navnlig anført følgende:

- Priserne hos SGF er markant højere end hos de to andre forsyningspligtselskaber og for at undgå, at forbrugerne ikke længere end nødvendigt skal betale priser, der ligger væsentligt over, hvad andre forsyningspligtkunder betaler, bør klagen ikke tillægges opsættende virkning.
- Da hensynet til at beskytte forbrugerne er et centralt hensyn ved forsyningspligtreguleringen, bør dette hensyn være ganske centralt ved afgørelsen om opsættende virkning.
- Energitilsynets foreløbige benchmarking for 2008 viser, at SGF har haft en overdækning i 2008 på 17.245.001 kr., hvorfor det er nødvendigt for at undgå en tilsvarende overdækning i 2009, at priserne reguleres allerede pr. 1. august 2009 uden opsættende virkning.
- En efterlevelse af påbuddet afskære ikke SGF fra siden hen at genoprette forholdene, herunder ved opskrivning af goodwill, der vil bringe egenkapitalen tilbage på sit oprindelige niveau. Ligeledes vil vederlaget for de overflyttede kunder muliggøre en tilbagebetaling af SGF' gæld, hvilket vil minimere selskabets renteomkostninger.
- Den af SGF varslede omsætningsnedgang på 10-11 mio. kr. vil kun påvirke resultatet negativt, hvis SGF ikke foretager effektiviseringer i det omfang, Energitilsynet anfører. SGF må selv sikre, at den lavere omsætning som følge af prisreduktionen ikke får negative konsekvenser. En gennemførelse af prisreduktionen nu, vil i øvrigt ikke påvirke SGF' resultat for 2009 i et omfang af 10-11 mio. kr., da SGF de første otte måneder af 2009 har opkrævet de højere priser.
- SGF' kunder har allerede på nuværende tidspunkt samme økonomiske incitament til at skifte leverandør, som hvis prisen efter en reduktion i henhold til afgørelsen efterfølgende må hæves igen, hvis SGF får medhold i klagen. SGF har desuden på nuværende tidspunkt overført 18.000 kunder til SGA.
- Genforhandling af gaskøbaftalen må være mulig henset til, at personer, der skal varetage SGF' interesser, er ansat ved SGA. Men selv hvis dette ikke er tilfældet, er en eventuelt manglende genforhandlingsmulighed ikke et argument, der taler for, at klagen skal tillægges opsættende virkning.
- Afslutningsvis bemærkes, at jo længere tid, der går, inden priserne reduceres, des større beløb vil skulle tilbageføres til forbrugerne, og des mere vil det kunne forvride markedet. De høje priser vil desuden kunne medføre, at flere kunder overflyttes til Naturgas Fyn-koncernens handelsselskab, der ikke er reguleret af Naturgasforsyningsloven.

21. september 2009

J.nr.: 1031-7

Eksp.nr.: 46662

RAK-EKN

Side 5 af 8

Energiklagenævnet tager som anført oven for i den foreliggende afgørelse alene stilling til, hvorvidt SGF' klage af 17. juli 2009 skal tillægges opsættende virkning. Energiklagenævnet vil senere tage stilling til selve klagen.

Naturgasforsyningslovens § 51 indeholder ikke bestemmelser om, at en klage til Energiklagenævnet kan tillægges opsættende virkning. Energiklagenævnet træffer således afgørelse om, hvorvidt en klage skal tillægges opsættende virkning efter almindelige forvaltningsretlige regler. Dette retsgrundlag er nærmere beskrevet i den forvaltningsretlige litteratur og i praksis. Der kan bl.a. henvises til "Forvaltningsret" af Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., 2. udgave, 2002, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 985 ff.; hvoraf bl.a. fremgår:

"[...]

I tilfælde hvor der ikke i loven er taget stilling til spørgsmålet om opsættende virkning, har klagen ikke uden videre suspensiv virkning. Spørgsmålet om opsættende virkning må afgøres ud fra en – i nogle tilfælde ganske kompliceret – afvejning af forskellige almindelige hensyn.

...

Der må derfor foretages en konkret afvejning med følgende hovedelementer: 1) vil underinstansens afgørelse i væsentlig grad miste sin betydning, eller vil øjemedet hermed ligefrem forspildes hvis klage har opsættende virkning, og 2) vil klageadgangen blive gjort mere eller mindre illusorisk hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

[...]".

Der henvises tillige til "Forvaltningsret, Almindelige emner" af Jens Garde m.fl., 5. udgave, 1. oplag, 2009, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 326 ff.; hvoraf bl.a. fremgår:

"[...]

Om myndigheden vil tillægge en klage opsættende virkning, beror i øvrigt på en konkret afvejning af en række hensyn. Her må det bl.a. indgå, om en udnyttelse af tilladelsen eller fuldbyrdelse af et påbud eller forbud vil have følger, som vanskeligt lader sig genoprette, hvis rekursorganet senere afgør sagen efter klagerens ønske, f.eks. hvor en tilladelse menes at kunne have sundhedsskadelige følger, eller et påbud vil medføre, at en bygning skal rives ned.

[...]".

Der skal i hvert enkelt tilfælde foretages en konkret og individuel vurdering af sagen.

21. september 2009

J.nr.: 1031-7

Eksp.nr.: 46662

RAK-EKN

Side 6 af 8

Ved afgørelsen af 22. juni 2009 pålagde Energitilsynet SGF at opkræve 13.343.331 kr. hos Statoil Gazelle A/S, og foretage visse ændringer i reguleringsregnskabet for 2007 ved at påbyde nedsættelse af afskrivningerne på goodwill og nedsættelse af nettofinansieringsomkostningerne, samt at sænke prisen på naturgas for forsyningspligt kunderne senest 1. august 2009. SGF har til støtte for anmodningen om at tillægge klagen opsættende virkning bl.a. anført, at en efterlevelse af påbuddet vil have en betydelig økonomisk skadesvirkning for SGF og for det med SGF koncernforbundne selskab Statoil Gazelle A/S, og at en efterlevelse af påbuddet om prisnedsættelse vil kunne føre til kundeflugt.

Energiklagenævnet bemærker, at påbud om regulering af forsyningspligtspriser som udgangspunkt ikke i sig selv kan bevirke, at der er tilstrækkeligt grundlag for at fravige udgangspunktet om, at klage ikke tillægges opsættende virkning. Dette gælder såvel forsyningspligtspriser reguleret af naturgasforsyningsloven som forsyningspligtspriser reguleret af elforsyningsloven. Inden for elforsyningslovens område henvises bl.a. til Energiklagenævnets afgørelser af 14. september 2007 i en række sager om efterregulering af forsyningspligtspriser (j.nr. 11-451, j.nr. 11-453 og j.nr. 11-478), der er offentliggjort på nævnets hjemmeside www.ekn.dk. En fravigelse af dette udgangspunkt kræver, at der foreligger ganske særlige omstændigheder, f.eks. et uopretteligt økonomisk indgreb.

SGF har om selskabets økonomiske situation fremført, at Energitilsynets påbud – herunder påbud om prisreduktion – vil føre til en indtjeningsnedgang i størrelsesordenen 10-11 mio. kr., og at SGF allerede inden efterlevelsen af Energitilsynets afgørelse i 2007 og 2008 havde et resultat på henholdsvis - 3.500.000 kr. og 200.000 kr. Energiklagenævnet finder det på baggrund af disse oplysninger sandsynliggjort, at SGF vil blive bragt i en vanskelig økonomisk situation ved en efterlevelse af Energitilsynets påbud.

Energiklagenævnet finder endvidere, at efterlevelsen af Energitilsynets påbud må antages at ville påvirke balancen, kapitalstrukturen samt egenkapitalen i væsentlig grad for såvel SGF, som Statoil Gazelle A/S, hos hvem SGF bl.a. ifølge Energitilsynets afgørelse skal opkræve 13.343.331 kr.

Energiklagenævnet finder det på denne baggrund sandsynliggjort, at en efterlevelse af Energitilsynets påbud ikke uden betydelige vanskeligheder lader sig genoprette i tilfælde af, at SGF helt eller delvist måtte få medhold i klagen. Efter en konkret vurdering finder Energiklagenævnet, at tilstedeværelsen af en sådan økonomisk risiko i det konkrete tilfælde må tillægges en større vægt end interessen i, at påbuddet håndhæves straks.

21. september 2009

J.nr.: 1031-7

Eksp.nr.: 46662

RAK-EKN

Side 7 af 8

SGF' anmodning om at tillægge klagen af 17. juli 2009 opsættende virkning tages herefter til følge.

Ved denne vurdering er der også taget hensyn til, at der, såfremt Energitilsynets afgørelse tages helt eller delvist til følge, alene vil være tale om en kortere tidsmæssig periodeforskydning omkring forbrugernes gaspriser.

Afgørelsen er truffet af Energiklagenævnets formand på nævnets vegne efter § 6, stk. 3, i Energiklagenævnets forretningsorden (bekendtgørelse nr. 664 af 19. juni 2006).

Afgørelsen kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Søgsmål ved domstolene til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet efter lov om naturgasforsyning eller regler, der er udstedt efter disse love, skal være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Er afgørelsen offentligt bekendtgjort, regnes fristen dog altid fra bekendtgørelsen, jf. § 51, stk. 4 i lov om naturgasforsyning.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

21. september 2009

J.nr.: 1031-7

Eksp.nr.: 46662

RAK-EKN

Side 8 af 8

Med venlig hilsen

Poul K. Egan
Nævnnsformand